

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL RETAINER O CONTRATO POR SERVICIOS DE ABOGADO

RESUMEN: El presente informe tiene como fin brindar un acercamiento al tema de retainer figura del derecho anglosajón, en el cual se pacta el adelanto del pago de honorarios de abogado. De este modo se consigna un artículo completo sobre el contrato de Iguala, figura similar en el derecho latino.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Concepto de Retainer.....	1
b)El contrato de Iguala.....	1

1 DOCTRINA

a) Concepto de Retainer

[DICCIONARIO REVISTA JUDICIAL]¹

"RETAINER" Voz ing. Anticipo, en concepto de gastos u honorarios, a un abogado.

b) El contrato de Iguala

[MAINO SCHAIVETTI]²

128. Generalidades.- Los servicios que suministran los abogados, a virtud del artículo 2118, del Código Civil, se reglan por las normas prescritas al mandato, de manera que el contrato de iguala, se regirá en cuanto a su celebración, efectos y terminación, por las disposiciones ordenadas para esa relación contractual.

129. Objeto.- De consiguiente, si se habla de características del contrato de iguala, habrá de entrarse necesariamente al estudio del mandato o mejor dicho, del mandato con remuneración convenida, estudio que permitirá resolver en la práctica, infinidad de casos que dicen relación con los contratos de iguala.

La obligación de remunerar que corresponde al mandante, creemos poder presentarla bajo un aspecto enteramente nuevo. Esta obligación, cuando se examina el mandato, no suele concedérsele la importancia que tiene debido a que la atención se concentra casi exclusivamente, en las obligaciones que tiene el mandatario con respecto a su comitente. Nuestro estudio sobre el contrato de iguala, contrato éste que llama la atención por la diversidad de formas que adquiere la estipulación de honorarios, es el que nos ha conducido a observar con más detalle, la obligación de honorarios que compete al cliente, obligación que presenta el mayor interés entre todas las que origina el contrato.

130: Características: Contrato bilateral.- En el contrato de iguala, las partes se obligan desde un principio recíprocamente, una a suministrar los servicios profesionales y la otra, a pagar por estos servicios, la remuneración convenida (273). Si se rige por las normas del mandato, cabe preguntarse:

131. ¿Puede ser bilateral el mandato?.- A excepción de casi todas las legislaciones del mundo, el mandato en el Código Civil chileno, da nacimiento a una obligación esencial, la de gestionar los negocios encomendados y a una obligación de su naturaleza, la de remunerar los servicios prestados, de consiguiente, el mandato es generalmente bilateral, salvo que las partes hayan convenido o se desprenda del tenor del contrato, la gratuidad.

De la definición dada en el artículo 2116, del Código Civil: «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», pareciera desprenderse que sólo uno de los

contratantes se obliga; sin embargo, la disposición 2116, debe necesariamente complementarse con la que de inmediato le sigue, la 2117, que dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez.

Este último precepto legal, consigna el pensamiento del legislador de suponer que todos los servicios que se prestan son retribuidos. Si las partes ni la ley, han fijado la remuneración, deberá ésta determinarse en atención a la costumbre y a falta de ella, al criterio del juez, en forma que cualquier mandato que se celebre, envuelve en sí dos obligaciones, una de realizar los asuntos encargados que compete al mandatario y otra, la del mandante de recompensar a éste, salvo los casos indicados más arriba. La jurisprudencia es abundante y uniforme sobre el punto (274).

Lo dicho no obsta para que el mandato pueda ser un contrato unilateral, que sería el caso en que los servicios se suministrarán gratuitamente, porque sólo el mandatario tendría entonces la obligación de dar cumplimiento a lo encargado por el comitente y éste, en nada se comprometería.

Para clasificar un contrato en unilateral o bilateral, debe atenderse sólo al momento de la gestación del mismo y no a las obligaciones que posteriormente se produzcan, así, por ejemplo, la obligación que tiene el mandante de indemnizar al mandatario de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y, por causa del mandato, no altera en nada esta distinción; es una obligación que puede o no nacer, dependerá su existencia de una circunstancia posterior, cual es de sufrir pérdidas el mandatario sin culpa y por causa del mandato.

El artículo 1709, del Código Civil español declara que «a falta de pacto en contrario, se supone gratuito» el mandato; el Código italiano establece que «el mandato es gratuito si no existe pacto contrario» (artículo 1739); el francés dispone que el mandato es gratuito, si no hay convención en contrario» (artículo 1986), y en el proyecto franco-italiano de las obligaciones, «el mandatario no tiene derecho a retribución, salvo convención o disposición contraria de la ley» (artículo 567).

Todos estos códigos extranjeros, consideran el mandato gratuito naturalmente (275), a la inversa del nuestro que lo supone remunerado, teniéndose que acordar por las partes la gratuidad. El Código alemán, va más lejos todavía, estimando la gratuidad de los servicios como el elemento esencial del mandato, en forma que siempre éste contrato será unilateral (276).

132. Oneroso. El contrato de iguala es oneroso, porque tiene «por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro» (artículo 1440, del Código Civil), el abogado prometiendo su actividad y el cliente una determinada remuneración:

El contrato de iguala puede ser CONMUTATIVO, que es el caso más general, cuando la remuneración convenida se mira como equivalente de los servicios por suministrar y ALEATORIO, cuando la obligación de los honorarios que compete al cliente, «consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida» (artículo 1441 del Código Civil), como la iguala, cuota litis y victoria litis.

Estas características son propias del mandato, debido a que el artículo 2117, del Código Civil, permite a las partes acordar la retribución que estimen conveniente, sin restricción o limitación alguna.

133. Principal.- Esto es, no accesorio, porque «subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención» (Artículo 1442 del Código Civil).

134. Título traslativo de dominio.- El contrato de iguala es un título traslativo de dominio, debido a que el mandato retribuido tiene ese carácter. Se acostumbra a estudiar extensamente las obligaciones que contrae el mandatario y poco se habla de las del mandante y nada de la obligación de remunerar que tiene éste respecto de su mandatario. Es explicable que así ocurra, ya que las obligaciones que le competen al mandatario son las más importantes en el contrato, porque existen tanto en el mandato retribuido como en el gratuito y también por otra causa, la obligación de remunerar del comitente, tiene por objeto comúnmente una cantidad de dinero, situación que no motiva casi dificultades. Mas, al hablar del contrato de iguala, la cuestión es distinta.

En muchos de estos contratos el cliente (mandante) no debe una cantidad de dinero, sino que determinados derechos personales, otras veces inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos, lo que hace cobrar gran interés al asunto.

El artículo 2117, del Código Civil, autoriza ampliamente a las partes, para determinar la remuneración, cualquiera que ella sea; en nada afecta al contrato de mandato celebrado; podrá, por tanto, consistir en dinero o especies, en derechos reales o personales, etc., que siempre el contrato será un mandato; no se desnaturaliza.

Sabemos, por otra parte, que conforme a la legislación chilena, para obtener el dominio sobre las cosas se requiere un título y un modo de adquirir (277). El título es la causa inmediata, la circunstancia que coloca al adquirente en situación de realizar el hecho que ha de darle el dominio sobre la cosa y, el modo, en cambio, es la causa inmediata, es ese hecho que verifica la adquisición del dominio.

Los títulos pueden ser: constitutivos de dominio, o sea, aquellos que por si mismos lo originan, como la ocupación, prescripción y accesión; traslaticios de dominio, aquellos que por su naturaleza sirven para transferirlos, como la venta, donación entre vivos, etc.; de mera tenencia, o sea, mediante los cuales una cosa se coloca a disposición de otra persona para que goce o use de ella, pero reconociendo siempre dominio ajeno, y por último declarativos, que se limitan, como su nombre lo indica, simplemente a declarar o reconocer un derecho que ya existía, como las sentencias judiciales, adjudicaciones de partición, etc.

En cuanto a los modos de adquirir, la única clasificación que de ellos se hace que nos interesa, es la que distingue entre modos originarios y derivativos. Los primeros, son los que no suponen un dominio anterior, porque éste tiene inicio en el adquirente. La prescripción, la ocupación y accesión pertenecen a estos modos de adquirir y que son a su vez títulos constitutivos de dominio, debido a que se confunden en todos ellos, el título con el modo. Los segundos, son aquellos que suponen un dominio anterior, el adquirente obtiene la propiedad de manos de su antecesor, no tiene un nuevo dominio sino que es el mismo que tenía la persona, que se

lo transfirió, es el traspaso del dominio de un individuo a otro como es la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Ahora, el contrato que da origen a una obligación de «dar», constituye un título traslativo de dominio. Se habla de «obligación de dar», tomada en un sentido jurídico, para diferenciarla de «obligación de entregar» que sólo implica el simple traspaso de una cosa a manos de otra persona. «Entregar» es un término genérico, es el acto material, no así «dar», que es una expresión que envuelve el compromiso de transferir el dominio de una cosa corporal o incorporal o constituir un derecho real en favor del acreedor.

Consiguientemente, todo acto jurídico y en nuestro caso, todo contrato que dé nacimiento a una obligación de dar, o en otra forma, que coloque al deudor en la necesidad de transferir el dominio sobre una cosa o de constituir un derecho real en favor del acreedor, es un título traslativo de dominio.

Previas estas explicaciones volvemos a nuestro punto. El contrato de mandato encierra en sí, una obligación de hacer que es de su esencia y que corresponde al mandatario y una obligación de dar que es de su naturaleza, la de recompensar el comitente a la persona que gestiona sus asuntos. Por regla general como se ha dicho, la retribución comprende una cantidad de dinero, bien mueble que el mandante debe transferir a su mandatario, en términos que éste se haga dueño de dicha suma. Ahora se pregunta, conforme a los principios del Derecho chileno: ¿En virtud de que título y modo, el mandatario adquiere el dominio sobre ese bien mueble?. Si el honorario consiste, usando del ejemplo de Pothier, en el Thesaurus de Meerman, ¿cómo se hace dueño el abogado de esta obra? Indudablemente, debe existir un título y un modo de adquirir para que se produzca el cambio de sujeto del dominio.

En cuanto al modo, puede afirmarse, sin duda alguna, que es la tradición. El mandatario (Abogado) no tiene un dominio nuevo sobre la cosa, sino que es el mismo que tenía su antecesor sobre ella. No puede hablarse, entonces, de modos originarios, sino que tiene que buscarse la solución en algún modo derivativo y como la sucesión por causa de muerte no tiene aplicación en este caso, queda únicamente la tradición, que es sólo modo de adquirir derivativo entre vivos. Tenemos, en consecuencia, que el modo por el cuál el mandatario (Abogado) adquiere la propiedad sobre la

suma de dinero o el Thesaurus de Meerman, es la tradición. Concurren todos sus requisitos, excepción hecha por ahora del título traslativo que ya veremos; concurrencia de dos personas (mandante, cliente) y adquirente (mandatario, abogado); consentimiento de los mismos; entrega de la cosa. y el requisito especial que contempla el artículo 684 del Código Civil, relativo a la tradición de cosas corporales muebles, que una de las partes signifique a la otra que le transfiere el dominio, debiendo figurar esta transferencia, por uno de los medios que en ese artículo se enumeran.

Para los ejemplos citados, es de aplicación el número uno: «Permitiéndose la aprehensión material de una cosa presente».

Respecto al título, creemos por nuestra parte, que se trata del mandato retribuido. La obligación de remunerar que tiene el mandante, emana directa e inmediatamente del contrato de mandato, en términos tales que la obligación existe no obstante la falta de estipulación de los contratantes. Es una obligación de su naturaleza, que se entiende «pertenerle, sin necesidad de una cláusula especial». (278).

El acuerdo de las partes encaminado a determinar la cantidad y el objeto de la remuneración, no degenera ni desnaturaliza el mandato en otra relación contractual. El propio legislador, en el artículo 2117 del Código Civil, les permite estipular el honorario que deseen y estimen por conveniente.

De manera que el mandante que promete transferirle al mandatario, en recompensa de los servicios que va a prestar, dinero o una obra literaria, una cuota de un inmueble o constituirlo usufructuario de un fundo, etc., significa tal promesa una obligación de dar; el mandante se ha puesto en la necesidad jurídica de transferirle el dominio, de hacerlo propietario o constituirlo titular de un derecho real de usufructo o uso. Esta obligación no nace «por disposición de la ley» ni por el «hecho voluntario de la persona que se obliga», sino «del concurso real de las voluntades de dos» personas (279); en una palabra, de un contrato, de un mandato.

Envolviendo por tanto el mandato retribuido, una obligación de dar, debe necesariamente concluirse, que se trata de un título traslativo de dominio, que habilita al mandatario para adquirir

la propiedad del objeto u objetos materia de sus honorarios.

135. Distinción con la compraventa.- El contrato de iguala (mandato con retribución convenida) no puede confundirse con la compraventa. Si bien es cierto que el elemento precio, es común a ambos contratos, la compraventa supone cosas y el contrato de iguala, en cambio, servicios.

136. Con la permuta:- Una situación semejante a la anterior, ofrece la permuta, que es el «contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro» (artículo 1897 del Código Civil). En el contrato de iguala, la obligación de honorarios puede recaer sobre una especie o cuerpo cierto, pero que se cambiaría o permutaría por servicios y no por otra especie o cuerpo cierto.

137. Con la sociedad.- Tampoco puede el contrato de iguala asimilarse a la sociedad o compañía, debido a que no se reúnen las tres condiciones esenciales a ella: el aporte o mejor dicho, que los contratantes se hayan obligado a aportar algo, la participación en los beneficios y la «affectis societatis».

Tomemos de ejemplo dos igualas para demostrar la efectividad de la negación que se hace, una en que se han convenido honorarios fijos y otra en que se promete una cuota de lo que se obtenga. En la primera, puede considerarse como aporte u obligación de aportar, el cliente, los derechos que van a ser materia del juicio y el abogado, la actividad que desempeñará en su defensa; en cuanto a la condición de participar en los beneficios en este caso, no se cumple, porque el honorario establecido, se deberá, obténgase o no éxito en el pleito, en otros términos, exista, o no beneficios. El artículo 2086 lo dice expresamente: «Si por el acto constitutivo de la sociedad se asegura a una persona que ofrece su industria una cantidad fija que deba pagársele íntegramente aun cuando la sociedad se halle en pérdida, se mirará esta cantidad como el precio de su industria, y el que la ejerce no será considerado como socio». Tampoco se reúne, el requisito esencial tercero del contrato de sociedad. En la segunda, que es una iguala a cuota litis, no sólo se llena la primera condición, sino también la segunda, ya que la utilidad del socio Abogado, depende del éxito o fracaso de las operaciones sociales, participa de un porcentaje en lo que se obtenga del juicio y pierde dicho porcentaje y su actividad, si nada se obtiene; pero el tercer elemento o la

intención de formar sociedad no se cumple, el Abogado y el cliente no desean reunirse para formar un ente, una persona distinta de ellos, sino mantener sus individualidades en las gestiones, asignándose una cuota proporcional de lo que se obtenga, a título de remuneración por los servicios que suministre el Letrado. El factor «affectis societatis, es el más característico de la compañía y el que ha permitido distinguirlo de otros contratos, que aparentemente mucha, se le asemejan. Lo dicho respecto de las igualas a honorarios fijos y a cuota litis, es aplicable a todas las demás que carecen de la «affectis societatis», y a otras todavía, que ni siquiera reúnen el segundo elemento, la participación en los beneficios.

138. Con la donación y en especial, con las llamadas remuneratorias. El contrato de donación es aquel por el cual «una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta»; es un contrato gratuito, a la inversa del mandato retribuido (contrato de iguala) que es oneroso, porque ambas partes se gravan en beneficio de la otra. (280).

La donación entre vivos, supone esencialmente que uno de los contratantes, el donante, se desprenda de algo de su patrimonio, en forma que le signifique un empobrecimiento y a su vez que este algo, vaya efectivamente a enriquecer el patrimonio de la otra parte, el donatario. Estas condiciones son esenciales, en términos tales, que si faltan no se estará frente a un contrato de esta especie (281). De las disposiciones que reglamentan la donación en nuestro Código, se deduce ésta conclusión y muy en especial del artículo 1398: «No hay donación si, habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero» (282).

Ahora, las donaciones remuneratorias que define la ley, en el artículo 1433 del Código Civil: «las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse», no pueden tener efecto, cuando el donante ya se encontraba obligado a retribuir los servicios del prestatario, en virtud de otro contrato, porque lo que transfiriere no empobrecería su patrimonio ni enriquecería el del prestatario, ya que hablando jurídicamente, éste último poseía un crédito y el otro una deuda en su patrimonio; no se trataría de

una liberalidad, sino que del mero cumplimiento de una obligación pre-existente.

El mandante (cliente), que paga la remuneración estipulada o la fijada por la ley, la usual o la que determina el Tribunal, está dando cumplimiento lisa y llanamente, a la obligación nacida del mandato y no de otra relación contractual.

La retribución convenida en el mandato, no es la estipulación de un contrato de donación remuneratoria; recuérdese que la obligación de pagar honorarios en el mandato existe no obstante el silencio de las partes al respecto, es una obligación que se subentiende en el contrato, es de su naturaleza; en cambio, por disposición formal del legislador, la donación entre vivos «no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes» (283), y como no hay en el mandato, precepto alguno que así lo manifieste, se habrá de concluir que la donación remuneratoria nada tiene que ver con la obligación de pagar honorarios que tiene el mandante (cliente).

Mas todavía, la donación remuneratoria no es un contrato consensual sino solemne, requiere escritura privada o pública, según los casos y que en ella conste, que se trata de una donación remuneratoria, que se especifiquen los servicios, circunstancias todas, que establece el artículo 1433 del Código Civil: «Si no constare por escritura pública o privada, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaran los servicios, la donación SE ENTENDERÁ GRATUITA». En el mandato, la obligación de honorarios, no se encuentra sujeta a solemnidad alguna y, puede probarse por todos los medios que franquea la ley y aún, pactada verbalmente por ejemplo, la remuneración que recibe el mandatario, no se rige de ningún modo por las normas de la donación gratuita, la insinuación, la rescindibilidad, etc., no tienen aplicación.

139. Situación al respecto de otros contratos. El arrendamiento de servicios, locatio operarum o contrato de trabajo, es también un título traslativo de dominio, con relación a la renta o salario, que percibe el que suministra el trabajo. Las mismas razones apuntadas para el mandato, justifican esta afirmación.

No puede decirse lo mismo, del arrendamiento de cosas, del mutuo a

interés y del censo, con respecto a la renta que recibe el arrendador, al interés que percibe el mutuante y al canon que obtiene el censualista. No adquieren esos bienes por la tradición ni tienen por título el respectivo contrato, sino que se hacen dueños por uno de los modos de adquirir originarios, en que el título que habilita la adquisición se encuentra confundido con el modo, que es la accesión.

El legislador, al tratar en el Título V, Libro II del Código Civil, de la accesión, declara que es un modo de adquirir «por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se juntan a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles» (artículo 643), y más adelante en los artículos 647 y 648, contempla precisamente los casos propuestos, en lo relativo a la manera como adquieren las rentas, intereses y cánones respectivamente. Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido», «los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen de la misma manera y con la misma limitación que los naturales».

Si el arrendador adquiere la renta, el mutuante el interés, el censualista el canon, por el modo de adquirir llamado accesión, tal criterio es totalmente inaplicable al caso de la retribución que percibe el mandatario o arrendatario de servicios. La remuneración que reciben no tiene cabida en la definición dada por el artículo 643 del Código Civil.

140. Ejemplos y conclusiones. Aceptado que el contrato de iguala (mandato retribuido), es un título traslativo de dominio, pasaremos a estudiar sus consecuencias que no son pocas, por medio de ejemplos.

PRIMER CASO : En un juicio de reivindicación de un inmueble, la parte reivindicante celebra con el Abogado un contrato de iguala, por el cual uno de ellos, el Letrado, se obliga a defender a su cliente en todos los trámites del juicio, hasta el reconocimiento definitivo de su derecho de dominio sobre el bien raíz que se pretende, y el otro, en pago de los servicios que le van a ser suministrados, promete transferirle una cuota del inmueble para el caso de resultar dueño, o en otras palabras, de obtener el reconocimiento judicial de sus pretensiones.

Sabemos que el contrato de iguala se rige por las disposiciones del mandato y por tanto, la estipulación de honorarios acordada, en este caso, es perfectamente lícita a virtud del artículo 2117 del Código Civil, tantas veces citado, que permite a las partes determinar a su arbitrio la recompensa que debe pagarse. No es un ejemplo de los llamados «de laboratorio», porque en la práctica ocurre con bastante frecuencia concluir semejantes igualas (284).

Seguido el juicio hasta su terminación y reconocido el derecho reclamado por el reivindicante en la sentencia ejecutoriada, llega el momento para el cliente de dar cumplimiento a la obligación contraída, en virtud del contrato de la iguala. Al abogado, para adquirir el dominio sobre la cuota de la finca prometida, le es necesario, sin contar con el título traslativo que ya lo tiene, que el cliente le haga la tradición del mismo, porque de lo contrario sólo tendría un derecho personal en contra de éste.

Para efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces, según nuestro Código Civil debe procederse a la «inscripción del título en el Registro del Conservador», del mismo modo que los demás derechos reales constituidos sobre inmuebles (285). De manera que la cuota de la finca prometida por el cliente, debe inscribirse a nombre del Abogado, para que éste adquiera el derecho real de dominio sobre ella.

Con arreglo al artículo 52 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces, deben inscribirse en el Registro: 1.º Los títulos traslativos de dominio de los bienes raíces: Ahora, para llevar a efecto la inscripción, según el artículo 57, «se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo...»; de consiguiente se presentará al Conservador de Bienes Raíces, para que proceda a inscribir la cuota correspondiente al Letrado, la copia auténtica del contrato de iguala, que a esta altura debe constar ya por escritura pública (286). Es un título traslativo de dominio, contiene una obligación de dar, de transferir la propiedad de una parte de un determinado inmueble y conforme al artículo 52 citado, debe inscribirse. El Conservador si se ajusta a los principios establecidos en la ley, inscribirá dicho contrato de iguala por las mismas causas porque inscribe, los contratos de compraventa, permuta, donación, etc., que recaen sobre bienes raíces.

Practicada la inscripción, el abogado pide que se determine materialmente su cuota o en otras palabras, no quiere continuar en la indivisión. Si ambos copropietarios no llegan a determinarla de común acuerdo, sería necesario proceder al nombramiento de un partidor, originándose así un juicio llamado de partición (287). En el supuesto caso que así ocurriera, efectuadas en la sentencia las adjudicaciones correspondientes, los condueños (cliente y abogado) deberían practicar una nueva inscripción por la parte adjudicada, en el Registro Conservatorio que, por su situación corresponda a dicha parte, presentándose al efecto el respectivo acto de partición.

SEGUNDO CASO: Por un contrato de iguala, el cliente se obliga a ceder al Letrado una cuota de los derechos personales o créditos que tiene en su contra de otra persona, o bien de derechos litigiosos, en pago de los servicios que éste va a suministrar como patrocinante de sus derechos en el juicio A.

Para transferir los derechos personales o créditos, o litigiosos, es menester en nuestro derecho, cómo en el caso de los derechos reales, que concurren un título traslativo y un modo de adquirir. La cesión de derechos que reglamenta el Título XXV del Libro IV del Código Civil, no es, como en otros Códigos extranjeros, la compraventa de derechos incorporales, es decir un contrato generador de obligaciones, sino el modo de efectuar la tradición de los derechos personales. Es la opinión generalmente admitida (288).

De manera que la cesión de los derechos prometidos por el cliente al Abogado, requiere un título traslativo de dominio para que éste pueda adquirirlos, porque de lo contrario, la sola cesión (tradición) no le confiere la propiedad sobre ellos, y este título no puede ser otro, que el contrato de iguala celebrado con su cliente; éste se ha obligado a transferirle la cuota de un crédito que tiene contra un tercero, y el contrato concluido que generó las obligaciones, transferir parte de derechos personales y prestar determinados servicios, fue la iguala estipulada; ella constituye el título que habilitará la cesión para que opere la adquisición del dominio en manos del Abogado.

En la práctica se celebran con frecuencia estos contratos de iguala, pero suele ocurrir con la misma frecuencia que no sepa, a ciencia cierta, a virtud de qué título se adquieren los derechos

cedidos.

Antes de cerrar este acápite, podríamos decir que bajo otro aspecto, más propio quizás del contrato de mandato, ya que puede presentarse tanto en el gratuito como en el remunerado, pueda considerársele, también, como un título traslativo de dominio. Por el momento, no trataremos tal aspecto, por no tener directa relación con la materia que nos ocupa, pero seducidos por el interés y la novedad que presenta la cuestión, consignaremos a grandes rasgos en la nota (289), nuestras observaciones al respecto.

141. Es consensual.- Por último, la iguala es un contrato consensual, esto es, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Los artículos 2124 y 2123, lo establecen expresamente: «el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa, o tácita»; «el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra».

142. Excepciones.- Las excepciones al carácter consensual del mandato, nada tienen que ver con el contrato de iguala, como son las que constituyen el mandato judicial y aquel que se da para la compra o venta de bienes raíces.

Las solemnidades prescritas al mandato judicial se contienen en los artículos 7 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; en cambio, las que se deben cumplir en el otorgamiento del mandato de compra o venta de bienes raíces, no se consignan expresamente en la ley, sino que se deducen del artículo 1801 del Código Civil. A primera vista, pareciera servir la solución dada idénticamente para resolver los casos de contratos de iguala y el resto de mandatos retribuidos, cuya remuneración recaiga sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, pero no es así. Los Tribunales de la República han establecido uniformemente que el mandato para la compraventa de bienes inmuebles, debe otorgarse por escritura pública, por cuanto, habiendo el legislador exigido en el inciso 2.º del artículo 1801, que el consentimiento de toda clase de contratos sea dado por escritura pública, de la misma manera debe ser el mandato extendido, porque es en el momento de otorgarse la representación que el mandante

próximo vendedor o comprador, da su consentimiento (290).

Si el contrato de iguala es consensual, ya que las excepciones anotadas no dicen en relación con él, cuando tenga por objeto la obligación de honorarios transferir una parte o el todo de un inmueble al Abogado o constituirlo usufructuario por ejemplo, ¿no deberá tal contrato, celebrarse por escritura pública? ¿será necesaria, para que el contrato se perfeccione, o por el contrario no se requerirá cumplir solemnidad alguna?

143. Situación relativa a los bienes muebles.- Si la remuneración estipulada en el contrato de iguala versa sobre bienes muebles, el contrato no queda sujeto a formalidad alguna en nuestro Código Civil. La enajenación de las cosas muebles, en general, no queda subordinada al cumplimiento de solemnidades, es un principio que nos viene del Derecho Romano y del Derecho Francés medioeval, que estimaron en todo momento la fortuna mueble como secundaria, preocupándose sólo los legisladores de la protección de los inmuebles que constituían en aquellas épocas la principal riqueza de los ciudadanos.

Sin perjuicio de lo dicho, existen preceptos legales que ordenan llenar algunas formalidades para la validez de los actos o contratos que recaigan sobre determinados bienes muebles, a los cuales debería también sujetarse el contrato de iguala, como sería el caso, que la retribución convenida tuviera por objeto la transferencia al Abogado, de regadores de agua, porque, según la Ley de Asociación de Canalistas de 8 de Noviembre de 1908, «los actos y contratos traslaticios de dominio de regadores de agua, se perfeccionarán por escritura pública» (artículo 1.º).

144. A los inmuebles.- SI la obligación de honorarios versa sobre bienes raíces o sobre la constitución de derechos reales sobre ellos, ¿deberá el contrato de iguala celebrarse por escritura pública? Veremos ahora sólo lo que se refiere a la enajenación de los inmuebles, dejando para más «delante el estudio de los otros derechos reales.

Contestando a la pregunta hecha, decimos que nó, por varias consideraciones. Es efectivo, en realidad, que el sistema general seguido por nuestro Código Civil, expuesto por lo demás en el mensaje enviado al Congreso, establece como solemnidad

indispensable para la enajenación de los bienes inmuebles, el otorgamiento de escritura pública. Sin embargo, las solemnidades son materia de derecho estricto, de consiguiente sólo existen cuándo el legislador expresamente las ha previsto. El valor jurídico del mensaje, es sólo relativo, no constituye una ley por cuanto la aprobación legislativa no ha recaído sobre él, será indudablemente si, un elemento importante en la interpretación de los preceptos legales, pero nada más.

En el título del mandato, no sólo no se encuentran disposiciones que hagan referencia a solemnidades para su perfeccionamiento, sino que existen artículos en que de una manera expresa y terminante se establece el carácter por entero consensual del contrato, como puede verse en los números 2123 y 2124 ya copiados.

Reconocemos que una situación de esta naturaleza puede entorpecer el buen funcionamiento de los organismos dispuestos por el Código Civil, para proteger y dar a conocer el verdadero estado de los bienes raíces, pero la solución no puede ser buscada en el título mismo que origina la obligación de dar, que no tendría asidero alguno en la ley, sino en el modo de adquirir éstos bienes.

Se sabe que en Chile, para que se opere la transferencia del dominio sobre los inmuebles o derechos reales constituidos, en ellos por actos entre vivos, se requiere un título traslativo de dominio y su inscripción en el Registro del Conservador, inscripción que representa la tradición del derecho, el modo de adquirir: «Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del Título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo, y del derecho de hipoteca» (artículo 686, inciso 1.º y 2.º del Código Civil).

Ahora, ¿qué extensión tiene el término «Título», empleado en la ley? El precepto 690 de la misma compilación y 57 del Reglamento Conservatorio lo establecen. El primero dispone: «para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo, y del decreto judicial en su caso», y más adelante, «la inscripción... expresará además la oficina o archivo en que se guarde el título original»; y el segundo, «para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo»... De manera, que el artículo 686, al

hablar de título, no se refiere a un simple instrumento o documento en que conste el contrato que sirve de título traslativo de dominio, sino a un instrumento público o auténtico, ya que sólo de ellos es posible dar «una copia auténtica», y que se guardan en «oficina o archivo» público, excepción hecha en este caso, de aquellos documentos protocolizados, que si bien se guardan en archivo público, no dejan por esto de perder su carácter de instrumentos privados (291) corroboran además esta afirmación, los artículos 13, 62, 78, 82, 85 y 87 del Reglamento.

De esta suerte, el contrato de iguala que envuelve la obligación de enajenar bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, celebrado verbalmente o escriturado en instrumento privado, carece de la fuerza de efectuar la tradición del derecho que se enajena y sólo será posible la inscripción del título en el Conservador, si el contrato es reducido previamente a escritura pública.

Entiéndase bien, la solemnidad de la escritura pública no pertenece al contrato de iguala, que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, naciendo las obligaciones respectivas desde ese momento, sino a una operación posterior al contrato, ni es ella tampoco necesaria para establecer judicialmente, la existencia de dicha relación contractual.

La ley establece la solemnidad de la escritura pública para el único efecto de operar la tradición de determinados bienes o derechos que se enajenan, haciendo completa abstracción del acto jurídico que danacimiento a esas obligaciones.

El papel que desempeña la escritura pública en la compraventa o en la permuta, por ejemplo, es totalmente diverso al caso del contrato de iguala; allá es una condición esencial del contrato, a tal punto, que sin su cumplimiento no se entiende que las partes hayan consentido y mientras no se otorgue, no se entenderá perfeccionado el contrato; por el contrario acá, el contrato de iguala se reputa perfecto una vez producido el acuerdo de voluntades y la escritura pública interviene, para el único efecto de poder realizar la tradición del derecho prometido por el cliente.

Como dijimos anteriormente, tampoco puede ser considerada como un medio de prueba indispensable, para establecer la existencia del

contrato de iguala, debido a que la ley nada ha dicho al respecto y en consecuencia, son de rigurosa aplicación las normas generales contenidas en el Título XXI «De la Prueba de las Obligaciones», Libro IV del Código Civil (292).

De manera que una vez establecida la obligación de honorarios, que consiste en la transferencia del todo (293) o parte de un inmueble, el Abogado por cualquiera de los medios que franquea la ley, si el cliente se allana a darle cumplimiento, deberá reducir a escritura pública el contrato de iguala estipulado, que le permitirá efectuar la tradición (inscripción en el Registro Conservatorio), dando así, íntegra ejecución al compromiso contraído; en cambio, si se niega a hacerlo, el Abogado se valdrá del artículo 1553 del Código Civil, que trata de la ejecución de las obligaciones de hacer, para compeler al cliente a su cumplimiento.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 559 reglamenta una tramitación para obtener del deudor (cliente) la subinscripción de la escritura pública, pudiendo, en último caso, proceder a su nombre, el juez que conoce del litigio (294).

Una situación muy semejante a la del contrato de iguala (mandato cuya remuneración versa sobre inmuebles) ofrece la transacción, en que el legislador tampoco exigió la solemnidad de la escritura pública, cuando recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos (295).

145. Posición equívoca de la jurisprudencia.- Los Tribunales de la República en los casos que se les han presentado, han confundido lamentablemente el título traslativo de dominio con el modo de adquirir, al ordenar la solemnidad de la escritura pública que el legislador sólo dispone para la tradición de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, al contrato de iguala. Tal criterio es inaceptable y, lo repetimos, las solemnidades son objeto de derecho estricto, y por lo tanto, no es posible jurídicamente ordenar cumplirlas por analogía.

En virtud de un contrato de iguala, se habían cedido a don Victorino Lastarria, algunas barras de pertenencias mineras. Revocado por sus clientes el mandato, se suscitó un juicio, en el cual el señor Lastarria afirmaba que no podía privársele de las

barras mineras ya transferidas. La Corte de Apelaciones de La Serena, revocando la sentencia del juez de Copiapó, rechazó las argumentaciones del señor Lastarria, declarando en el considerando séptimo de su fallo: «Que aunque el documento privado de fs. 102, por el cual F. Contreras cedió a V. Lastarria media barra en cada una de las indicadas minas en remuneración de servicios profesionales, carece de valor, por cuanto en él se transfiere sin la solemnidad de la escritura pública, la propiedad de un inmueble» (296).

Idéntico criterio fue seguido en un contrato de iguala, en que el marido encargaba al Abogado la dirección de un juicio sobre reivindicación de terrenos de la mujer, prometiéndole a título de honorarios, una parte de las tierras que en el juicio se pudieran obtener. Ganado el pleito, el Abogado entró en posesión del lote de terreno convenido; pero el marido entabló acción reivindicatoria y obtuvo sentencia devolutoria. La Corte de Apelaciones de Concepción, confirmando la sentencia de primera instancia, estableció en uno de sus considerandos: «Que la escritura privada de fs. 2, no es un título en manera alguna traslativo de dominio a favor del demandado, pues no fue extendido en escritura pública, ni se obtuvo la autorización judicial correspondiente» (297).

Estos dos fallos son del siglo pasado y por desgracia no se ha ofrecido ocasión a nuestros Tribunales desde esa época hasta nuestros días, de considerar la cuestión que se expone, situación que impide conocer el actual sentir de la jurisprudencia sobre la materia.

146. Del usufructo sobre bienes raíces: relativo a su constitución.- Se puede estipular en el contrato de iguala, que la remuneración consistirá en constituir usufructuario de un inmueble al Abogado, en pago de sus servicios profesionales. Tal obligación puede nacer lícitamente de este contrato; no sólo el artículo 2117 del Código Civil lo autorizaría, sino también, el 766: «El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: 3.º Por donación, venta ú otro acto entre vivos».

Pueden presentarse dos situaciones a raíz de la constitución del derecho real de usufructo: una, en que el cliente se obliga desde luego hacer titular del usufructo al Letrado y la otra, en que la constitución del derecho queda subordinada al cumplimiento total

de la obligación del Abogado o al éxito de sus gestiones.

147. Primer caso.- Si a virtud del contrato, el cliente se obliga a constituir desde luego, ante de la prestación de los servicios, en usufructuario del inmueble al Abogado, el contrato de iguala excepcionalmente deberá otorgarse en «instrumento público inscrito», y esto, no en conformidad a las disposiciones que lo rigen, ya que no se requiere solemnidad alguna para su celebración, sino con arreglo a los preceptos que reglamentan la constitución del derecho real de usufructo sobre bienes raíces (298).

148. Segundo caso. En cambio, si el cliente ha prometido sólo constituir usufructuario al Abogado, para el día en que haya suministrado todos sus servicios profesionales o haya obtenido con ellos el éxito que se esperaba, el contrato no debe reunir para su celebración otras solemnidades que las establecidas en el artículo 1554 del Código Civil y de ningún modo la escritura pública inscrita, porque ella sólo se exige para la constitución misma, del usufructo y no para la promesa de constituirlo.

El Abogado patrocinante, una vez satisfechas las condiciones impuestas, si el cliente no se allana a dar cumplimiento a la obligación contraída, podrá, de la misma manera que para efectuar la tradición del dominio sobre un bien raíz, compelerlo a suscribir el instrumento público requerido por la ley y a practicar la inscripción correspondiente en el Registro del Conservador (299).

149. Relativo a su transferencia.- El derecho de usufructo puede ser transferido a cualquier título, lo dice el artículo 793 del Código Civil: «El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito», salvo el caso en que el constituyente se lo prohíba y no lo releve de la prohibición (inciso 7.º, artículo 793):

Prometido por el usufructuario cliente, el todo o parte de su derecho al Abogado, a título de honorarios, el contrato de iguala no deberá someterse a ninguna solemnidad, ya que el legislador nada ha prescrito para la transferencia del usufructo, presentándose una situación semejante a la ya estudiada del dominio, esto es, que para verificar la tradición de dicho

derecho, será preciso reducir el contrato a escritura pública, a virtud del inciso 2.º del artículo 686 del Código Civil, que así lo exige.

150. Del derecho real de uso y habitación.- Con arreglo al artículo 812 del Código Civil, «los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo», de suerte que el contrato de iguala puede asimismo originarlos, siéndole aplicable todo lo dicho precedentemente del usufructo, excepción hecha del acápite 149 sobre la transferencia, porque son derechos personalísimos que se constituyen en exclusiva atención a la persona que va a ser titular, de ahí que el artículo 819 establezca: «Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse».

151. De la enajenación de minas.- El artículo 71 del Decreto Ley N.º 488, de 24 de Agosto de 1932, establece que «la pertenencia es un inmueble distinto y separado del terreno superficial, aunque aquélla y éste pertenezcan a un solo dueño, se rige por las mismas leyes que los demás bienes raíces, salvo las disposiciones especiales de este Código».

No conteniendo este Código ningún precepto general que establezca que el título que origina la transferencia de la propiedad minera o derechos reales constituidos en ellos deba constar por escritura pública y no habiendo, por otra parte, reglamentado el contrato de mandato, o mejor, la obligación de remunerar que tiene el mandante, el contrato de iguala que versa sobre minas o derechos reales sobre ellas, se sujetará, a virtud del artículo 71 ya mencionado y 4 del Código Civil, a las normas que regulen el mandato en esta última compilación indicada.

Respecto a la tradición de estos derechos, el Decreto Ley N.º 488 instituyó el Registro Conservatorio de Minas, que se rige «en cuanto le sean aplicables, por las mismas disposiciones que reglan el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, sin perjuicio de las especiales que contiene el presente título» (300). En consecuencia, el contrato de iguala celebrado verbalmente o en instrumento privado, deberá reducirse a escritura pública para el solo efecto de operar la tradición, debiéndose practicar la inscripción correspondiente, en el Registro de Propiedad, si se trata del dominio, ya que en él se anotan las transferencias de la

propiedad minera y si, en cambio, se trata del derecho de usufructo, la inscripción deberá hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, como dice expresamente el artículo 149 del Reglamento (301).

152. De la cesión de créditos. La remuneración convenida en el contrato de iguala, puede consistir en derechos personales que el cliente se obliga a transferir al abogado por su actividad profesional; en tal caso no sólo el contrato no debe reunir solemnidad alguna para su perfeccionamiento sino que tampoco queda sometido a ellas para el efecto de operar la tradición de los derechos, como ocurriría con los derechos reales sobre inmuebles.

El Código Civil, en el artículo 1901 y siguientes, reglamenta la tradición de los derechos personales, disponiendo que «la cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario, sino en virtud de la entrega del título». Esta exigencia de la ley ha hecho pensar a muchos que si no existe constancia escrita de los derechos que se transfieren, no sería posible efectuar la cesión de los mismos, por la imposibilidad de la entrega del título. Sin embargo, la opinión más generalizada está por sostener que la cesión puede verificarse, aún no constando por escrito los derechos que se ceden, porque hará las veces de «entrega del título» el convenio accesorio al contrato traslativo que puede o no ser escriturado, «por el cual una parte, con facultad e intención de transferir el dominio, traspasa el crédito a la otra que por su parte, tiene facultad e intención de adquirirlo y lo recibe» (302).

Cualquiera que sea la solución que se dé, en manera alguna afecta a la cuestión planteada, ya que en todo caso la exigencia del documento en que constan los derechos que se ceden, diría relación con el acto jurídico que los origina y no con el contrato de iguala, que sirve de título traslativo para efectuar la tradición.

El artículo 1902 estatuye que «la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste». Con la entrega del título la cesión ha quedado perfecta, pero la ley dispone que no podrá hacerse valer ante terceros, si no lleva a cabo la notificación al deudor o se obtiene su aceptación. Vemos, entonces, que tanto la notificación cómo la aceptación, no son

formalidades esenciales para que la cesión se opere, porque ésta se produce por la sola entrega del título.

Las disposiciones 1903 y 1904 del Código Civil, se dedican a reglamentar la notificación y a establecer lo que se entiende por aceptación.

153. De la cesión de derechos litigiosos.- EL artículo 1911 del Código Civil la define: «se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente». La ley, al no especificar mayormente, entiende comprender tanto a los derechos personales o créditos como a los derechos reales (303). Tanto en uno como en otro caso, la cesión de estos derechos se rige por las normas prescritas en la cesión de simples créditos o derechos personales (304), ofreciendo el contrato de iguala una situación análoga a la estudiada precedentemente.

Notas

(273)

C. C. Art. 1439: «El contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente».

(274)

G. T. S. 1586, p. 1118, 1879; S. 1859, p. 1129, 1129, 1887; S. 3097, p. 2103, 1887; S. 1218, p. 994, 1888; S. 3011, p. 1020, 1888; S. 595, p. 337, 1889; S. 993, p. 651, 1889; S. 2668, p. 41, 1890; S. 18, p. 12, 1892; S. 138, p. 83, 1892; «Todo servicio se presume remunerado a no ser que se pruebe lo Contrario, prueba que en éste caso no ha producido el demandado»; S. 2403, p. 268, 1892; S. 2408, p. 268, 1893. «Que todo trabajo debe ser retribuido, pues a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro. R. D. y J. Año 1922, T. XIX, Seg. parte, Sec. 1.º. Ni siquiera la calidad de hijo natural o simplemente ilegítimo, ha hecho suponer a los

tribunales, que los servicios que prestaban a su padre natural o ilegítimo, eran gratuitos. Ver G. T. S. 3630. p. 814, 1889; R. D. y J. T. XXX, 1933, seg. parte, sec. 2.^a., pág. 159; T. XXXI, 1934, seg. parte. Sec. 1.^a pág. 11.

(275)

En el inc. 2.º del Art. 1709 del Código español, se establece: «No obstante lo dicho, si el mandatario tiene por objeto el desempeño de varios servicios que se remuneran generalmente, se entenderá éste retribuido

(276)

art. 662 del Código Alemán: «Mandato es el contrato por el cual una de las partes se obliga hacia la otra, a la gestión gratuita de negocios que se le encargan.

(277)

Es un punto sobre el cual están de acuerdo todos los autores.

LUIS CLARO SOLAR.- «Explicaciones de Derecho Civil chileno comparado». T. VII de la obra, T. II «De los bienes». Edit. Stgo. de Cavile, 1932, págs. 264 y 477 y ss:

ALESSANDRI R.-«De los bienes», Versiones taquigráficas. Edit. Stgo. de Chile., págs. 47 y ss

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ.- Ob. cit., T. I., pág. 313 y 314.

(278)

C. C. Art. 1444: «Se distinguen en cada contrato cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales...: son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales de él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial ...».

(279)

C. C. Art. 1437: «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado, y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido

injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».

(280)

Por un contrato de iguala, el señor X prometió a su abogado, a título de honorarios, la décima parte del carbón del fundo «Las Higueras», como el 10% de los derechos que adquiriera en lo futuro en terrenos contiguos. Demandando el abogado a los herederos, demanda a la que no se dió lugar, alegaron éstos, entre otras excepciones, que el contrato celebrado por su padre era una donación, a la que faltaba las solemnidades prescritas por la ley. La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva, rechazó tal consideración, estableciendo: «II. Que en cuanto a las otras alegaciones que hacen los demandados, no tienen tampoco asidero legal, especialmente la relacionada con el carácter de donación que tendría lo estipulado por el señor X en favor del demandante, por cuanto tal cláusula no importa, en realidad, «UNA DONACIÓN». R. D. y J. T. XXV, 1928, Seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 175.

(281)

La jurisprudencia ha sido uniforme sobre este punto: Puede verse en la R. D. y J. T. VIII, 1911, seg. parte. Sec. 1.^o, pág. 359: «Es requisito esencial para que haya donación, que por una parte haya disminución de patrimonio, y por la otra, aumento. T. XXVII, 1930, seg. parte. Sec. 1.^a, págs. 487 y ss.: «De modo que al renunciar el ejercicio de esa expectativa o posibilidad, no se hace donación, no se disminuye su patrimonio ni se aumenta el del marido, como no dona el que repudia una herencia o legado, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero». Idem T. XXXVIII, 1931, seg. parte. Sec. 1.^a, págs. 591 y SS; T. XXVI, 1929, seg. parte. Sec. seg., págs. 38 y SS, etc.

(282)

No debe confundirse tampoco el mandato gratuito con la donación. Este último contrato implica para el donante el desprendimiento de algo de su patrimonio, en forma que enriquezca al del donatario; debe «existir la transferencia de bienes de un patrimonio a otro». PLANIOL, RIPERT Y TRASBOT (Donations et Testaments. T. V., N.^o 263), hablando de los servicios gratuitos, declaran que no constituyen el objeto de una donación, porque no se verifica

ninguna transferencia de valor de un patrimonio a otro, es exactamente a la inversa de la liberalidad: falta de enriquecimiento y no un empobrecimiento y no un enriquecimiento del otro. Estos actos de cortesía, que son la moneda corriente de la vida diaria, de los cuales a menudo es difícil calcular el valor pecuniario, no disminuyen la situación patrimonial del obligado; ni la de su familia, desde que ningún valor pecuniario ha entrado, todavía en su patrimonio, en el momento en que se realiza el acto a título gratuito». Don Andrés Bello, en el artículo publicado en Los Lunes, (Loc. cit.), escribe: «Pudiera creerse que el mandato gratuito es una donación de servicios, y que tiene por eso un carácter esencialmente diverso, pero no es así. El donante no contrae responsabilidad alguna para su donatario, como el mandatario para con el mandante. Cuando hay verdadera donación de servicios, lo incompleto, lo imperfecto de la obra, no da derecho alguno al donatario para exigir una indemnización. Hay, pues, una esencial diferencia entre la donación de servicios y el mandato gratuito».

(283)

Art. 1393 del C. C. Otra, aplicación de este criterio, se encuentra en el art. 2299: «Del que da lo que no debe, no se presume que lo done, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho»

(284)

Puede verse en la G. de T.- S. 2885, p). 1362, 1875; S. 1125; p. 689, 1881; S. 2781, p. 1541, 1881; S. 1765; p. 1235, 1879; S. 1416, p. 978, 1879; S. 2781, p. 1539, 1881; S. 3556, p. 2031, 1883; etc.

(285)

Art. 686 del C. C.: «Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo, y del derecho de hipoteca. Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minas».

(286)

Ver acápite N.º 144 de esta memoria.

(287)

Puede leerse sentencia N.º 1125, pág. 689, de 1881, de la Corte de Ap. de Stgo. en la G. T. Se estipuló que el honorario sería la tercera parte de lo que obtuviera en los juicios defendidos. En uno de ellos se obtuvo la posesión de una chacra. El abogado demandó el cumplimiento de la iguala y que se procediera al nombramiento de partidor, para que practicara la división y entrega de la tercera parte de ese fundo. Se dió lugar a la demanda, declarándose que el demandado debía entregar la tercera parte de la chacra, quedando obligado el demandante a restituir en la misma proporción, en caso que el cliente fuere vencido en alguno de los pleitos pendientes, que tuviesen relación con la tercera parte mandada entregar. La sentencia se apoyó en los arts. 1545, 1546, 2158 N.º 3.º, 2313 y 1325 del C. C.

(288)

A. ALESSANDRI R.-Loc. cit., (90). «De los contratos», pág. 157 y ss.

A. BARROS ERRÁZURIZ.-Loc. cit., (90). T. III, pág. 188.-

GABRIEL PALMA ROGERS.- Cit. por Alejandro Silva en su memoria de prueba. «De la cesión de derechos». Ed. Stgo. de Chile, 1933, par. 22, N.º 17.

A. SILVA BASCUÑAN.- En la interesante memoria anotada, pág. 12, N.º 14 y SS Esta materia es tratada extensamente; aparecen las diversas opiniones de los juristas con sus respectivas refutaciones.

R. D. y J. T. XXXII, Seg. parte. Se e. 1.^a, pág. 337. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de cesación en el fondo, consignó en la sentencia de 3 de mayo de 1935, cond. 4.º: «...es en realidad, la de una compraventa de derechos personales o créditos, pues la cesión no constituye un contrato propiamente tal, sino que es la forma de efectuar la tradición de tales derechos como los dispone expresamente el artículo 699 del C. C.».

(289)

Se ha demostrado ya que la representación en el mandato, no es

requisito en nuestro derecho de su esencia, pudiendo el mandatario obrar en las gestiones encomendadas en su propio nombre, sin la representación de su mandante, como expresamente lo establece el Art. 2151 del C. C.: «El mandatario en el ejercicio de su cargo, puede contratar A SU PROPIO NOMBRE o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante», y del mismo modo, los arts. 254 y 255 del C. de Comercio, que tratan de los comisionistas. Indudablemente que el que obra a su propio nombre sólo adquiere derechos y contrae obligaciones para sí, es él el que contrata y sabemos que sólo la representación es la que tiene el poder suficiente para que el representante pueda afectar el patrimonio del representado en los mismos términos como si éste hubiera contratado. «El comisionista que obra a su propio nombre se obliga PERSONAL Y EXCLUSIVAMENTE A FAVOR de las personas que contraten con él, aun cuando el comitente se halle presente a la celebración del contrato, se haga conocer como interesado en el negocio, o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta» (art. 255 C. Com.). Ahora, para que el representante pueda obligar a su representado, le ES INDISPENSABLE declarar que obra en su nombre y no en el suyo. Lo que una persona ejecuta A NOMBRE DE OTRA, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que se hubiese contratado él mismo. (Art. 1448 C. C.). Pongamos un ejemplo: Una persona celebra un contrato de mandato con otra, por el cual el mandatario se obliga a realizar la compra de un determinado inmueble sin la representación del mandante, por especiales consideraciones de éste y a pagársele por las gestiones encomendadas una tal remuneración. Efectuada la compra por el mandatario, procede inscribir su título en el Conservador de Bienes Raíces. El mandante ante la negativa del mandatario de transferirle la propiedad comprada, deduce ante los Tribunales la acción judicial correspondiente. ¿Cuál es esta acción? Creemos que la que nace del mandato mismo; el contrato le significa al mandatario dos obligaciones: una para comprar para sí el inmueble encargado, ya que el mandante se negó expresamente a que obrara en su nombre, y la otra, transferirle el bien raíz adquirido al mandante. Realizó el primer servicio y no acepta el segundo, esto es, transferir el dominio adquirido a su comitente. Exigirá éste, entonces, judicialmente, el cumplimiento del contrato de mandato estipulado. Acogida la acción entablada, o si se quiere, dispuesto el mandatario a darle cumplimiento, se levanta una nueva interrogante: ¿A que título adquiere el mandante la propiedad del inmueble, de que era dueño su mandatario, que la obtuvo para sí, actuando en su propio nombre y no en su representación? ¿Cuál será el título traslativo de dominio, cuya copia auténtica habrá de presentarse al Conservador para que practique la inscripción?

Estimarnos, sin duda, que es el mandato; él encierra una obligación de dar, de transferir el dominio; es el título traslativo que habilitará al comitente para que adquiera por medio de la tradición la propiedad del inmueble. Antes de la tradición sólo tiene un derecho personal en contra del mandatario, para compelerlo al cumplimiento de su obligación, a efectuarle la tradición de la cosa objeto del mandato. La única solución netamente jurídica que puede aplicarse al caso del mandatario que obra en su propio nombre, adquiriendo para sí bienes que le han sido encargados y que luego debe transferir a su comitente, es solamente ésta, no hay otra.

En la jurisprudencia de los Tribunales, se encuentra una interesante sentencia sobre la materia, pero que no resuelve de lleno el punto; pero tanto el caso propuesto como algunos considerandos de las sentencias de primera instancia, de la C. Ap. de Stgo. y C. Suprema, son dignos de un profundo estudio. Sólo haremos a continuación una breve reseña del juicio y algunas observaciones al margen, dejando para otra ocasión un estudio más detenido. HISTORIA: La firma comercial Zarhi Hnos. celebró en el año 1923 con la Soc. Lües Hnos., por escritura pública, un contrato de mandato por el cual Lües Hnos. se comprometía, por encargo de Zarhi Hnos., a comprar el activo y el pasivo de la quiebra de Salvador Nazar, debiendo obrar a su propio nombre, debido a que el mandante no podía «presentar directamente las proposiciones de convenio de la quiebra por sus relaciones con el fallido, y la no aceptación de los acreedores». Proveída convenientemente de fondos para llevar a cabo las gestiones confiadas, la firma comercial Lües Hnos. procedió a comprar el activo y pasivo de la quiebra de Salvador Nazar, cediendo a continuación dichos derechos y obligaciones a Zarhi Hnos. Tiempo después se promovió juicio por el mandante, alegando principalmente que la cesión hecha a él por el mandatario, tenía por título un contrato de compraventa, compraventa que debía resolverse con indemnización de perjuicios por falta de cumplimiento, ya que no se le habían entregado ciertos créditos, facturas y comprobaciones de la quiebra Nazar. La Soc. demandada se excepcionó, sosteniendo que había actuado como mandataria de Zarhi Hnos., y que si había obrado a su propio nombre en la compra, no era circunstancia que desnaturalizara el mandato celebrado, a virtud del Art. 2151 del C. C., y que en cuanto a los créditos reclamados, le consta a los socios, como testigos presenciales de la escritura de compraventa, que no le fueron entregados. Ampliando la demanda, Zarhi Hnos., manteniendo su punto de vista, pide que la venta hecha por Lües Hnos. se declare

nula por faltarle un requisito indispensable cómo lo es el precio y subsidiariamente, la resolución.

En el consid. 12 de la sent. de 1.^a inst. se declara: «Que si bien Lües Hnos. aparecen celebrando el contrato de 6 de Julio de 1923, por el cual adquirieron el activo y pasivo de la quiebra Nazar, sin indicar que procedían en ese acto a nombre o representación de Zarhi Hnos., 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», y en el consid. 10. había dicho: que, por consiguiente, debe considerarse incorporada en este mandato de cesión, la cláusula según la cual Tamín Lües intervino en los trámites del convenio por cuenta de Zarhi Hnos., quedando así de manifiesto que los demandados gestionaron la adquisición de los créditos de la quiebra Nazar, EN REPRESENTACIÓN DE LOS DEMANDANTES». (Esta afirmación es inexacta. La Soc. Lües Hnos., al actuar en su propio nombre, adquirió para sí y no para su mandante, porque no obró en su representación. El art. 1448 del C. C. lo establece claramente: «lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella..., produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo, principio que se sigue igualmente en el Art. 2151: «si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante». ¿Por que no se obliga al mandante? ¿Cuál es la causa que impide al remitente responder ante terceros? La verdadera causa, y la única, es que el mandante no ha intervenido en dicho contrato y nada ha adquirido y en nada se ha obligado; sólo el mandatario es el que contrata, el que adquiere y el que se obliga; y al ejecutarlo no hace sino dar comienzo a la realización de las gestiones encomendadas. Con razón puede decir, más adelante, el ahogado de Zarhi Hnos., al formalizar el recurso de casación: «No discuto que mis representados le confirieron un mandato a Lües Hnos. para adquirir el activo de la quiebra Nazar, pero nadie puede discutir, tampoco, ni la sentencia lo niega, que Lües Hnos.: contrataron a su propio nombre con dicha quiebra». Entonces, conforme al art. 151 del C. C., no nació vínculo jurídico ninguno entre mis representados y la quiebra Nazar; los ligados por ese contrato de Lües con la quiebra Nazar, NO FUERON SINO LOS DIRECTAMENTE CONTRATANTES. (Lües y. Nazar). La sent. de seg. inst. reprodujo varios consid. De la de primera, entre ellos los copiados, agregando otros, algunos de los cuales, por mera casualidad, coinciden con nuestra doctrina, como el consid. 7c: «...cualquiera que fuera lo resuelto, con referencia a la segunda de las escrituras celebradas entre las partes da de cesión), ya que, como tantas veces se ha repetido, ELLA SE REALIZÓ COMO

CONSECUENCIA OBLIGADA DE LA PRIMERA y, por, tanto, es lógico resolver que sólo proceden las acciones propias del mandato», y el consid. 5.º «...las acciones que pueden hacer valer las partes no podrían ser las mismas que aisladamente precedieran, sino solo las derivadas de la falta de cumplimiento de la escritura GENERADORA DE TODOS LOS ACTOS EJECUTADOS EN CUMPLIMIENTO DE ELLA...». En el Rec. De Cas. Fondo, el abogado de la Soc. demandante volvió a insistir en sus argumentos hechos valer ante el juez de la causa y la C. de Ap.: «En consecuencia, para hacer pasar a Zarhi Hnos. lo adquirido por Lües era menester un nuevo contrato, y éste tenía que ser uno capaz de servir de título a la tradición que debía efectuarse para que Zarhi Hnos. llegasen a adquirir lo que Lües ya había adquirido, contratando a su solo nombre». (Esto está bien, en cuanto a la necesidad de establecer el título que justifica la cesión realizada, pero está mal, en cuanto afirma que es menester un nuevo contrato para que sirva de título a la tradición, porque éste es el mandato celebrado con anterioridad y la cesión que efectúa el mandatario no es otra cosa que el medio de dar completa realización al encargo confiado). Sigue: «No hay dudas ni cuestión en los autos, y lo reconoce la sentencia, que Lües Hnos., usando de la facultad de contratar a su nombre, que les daba el art. 2151, estaban obligados a traspasarlo a Zarhi Hnos., por medio de la tradición precedida de un título traslativo de dominio. Este título no podía ser otro que la compraventa, y este fue el que se otorgó por medio de la escritura de 6 de Julio de 1923». (Error). La Corte Suprema reclamó el recurso, adoptando una posición idéntica a la de la Corte de Apelaciones. A nuestro juicio, el recurso era inaceptable, pero por razones distintas de las aducidas por la Suprema. Todos los Tribunales que conocieron del juicio, partieron de una base errada, cual es, de haber considerado que un mandatario que obra a su propio nombre sin la representación de su mandante, adquiere para éste. Es un caso imposible, totalmente contrario a nuestras disposiciones legales vigentes. ¿Qué debió decir el Tribunal? Debió decir, que Lües Hnos., al comprar el activo y pasivo de la quiebra de Salvador Nazar a su propio nombre, habían adquirido para sí esos derechos y obligaciones y más tarde, al efectuar la cesión de dicho activo y pasivo, no hacían otra cosa que dar integra cumplimiento al contrato de mandato celebrado por ellos y Zarhi Hnos., por el cual Lües Hnos. se comprometía a comprar el activo y pasivo de la quiebra Nazar a su propio nombre y no como representante de Zarhi Hnos., y después ceder dichos créditos y deudas al comitente, de manera, que la tradición efectuada por Lües Hnos. de los derechos y obligaciones adquiridos por encargo de Zarhi, no tenían por título traslativo un contrato de compraventa, sino el mandato estipulado el 3 de Mayo de 1923. Sentencia publicada en la Revista

De Derecho Y Jurisprudencia, Año 1931, T. XXVIII, Seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 185 y ss.

(290)

Ver R. D. Y J.- T. XIV, 1917, seg. parte. Sec. 1.^a, p. 517; T. XV, 1918, seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 462; T. XX, 1923, seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 37; T. XXII, 1925, seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 1085.

(291)

Casos excepcionales se contemplan en el Art. 33 del Decreto-Ley N.º 407, del 19 de Marzo de 1925, llamado «Código Notarial».

(292)

Se conoce la limitación impuesta a la prueba testimonial por el art. 1703 del C. C., de acuerdo con ella, entonces, si el contrato de iguala estipulado verbalmente contiene la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos, no podrá acreditarse por testigos, salvo que exista un principio de prueba por escrito. Art. 1711. Distinto es el caso de aquel, que establece en juicio la efectividad de los servicios prestados, sometiendo al Tribunal su evaluación. La prueba testimonial es admisible sin limitación, no obstante valer más de \$ 200 los servicios profesionales suministrados, porque se acreditan sólo hechos reales y no actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de \$ 200. Pueden verse en este sentido las sentencias: R. D. y J. T. II, Año 1904-1905, Seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 411; T. VIII, 1911, seg. parte. Sec. 1.^a, Pág. 252; T. XXXI, 1934, seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 11; T. XXXII, 1935 seg. parte. Sec. 1.^a, pág. 268. La C. Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto, declaró: «Consid. 2.º. Las declaraciones de testigos a que alude, constituyen presunciones suficientes para acreditar el hecho básico de la acción instaurada, no se han vulnerado los Arts. 1708 y 1709 del C. C., porque éstos disponen que «no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido constar por escrito y que deberán constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de \$ 200 y la sentencia da lugar a una demanda que no persigue el cumplimiento de una cosa que valga más de \$ 200, sino el hecho de la prestación de un servicio profesional estimado por el demandante en determinada suma; y sujeto a la regulación por la justicia, la que está lejos de envolver la entrega o promesa de cosa alguna».

(293)

No tiene por qué extrañar que se prometa el todo de un inmueble. No ocurrirá nunca respecto de la finca objeto de la litis, pero el cliente puede haberse obligado a transferir otro bien raíz de su propiedad, en pago de sus servicios.

(294)

Art. 559 Del C. Proc. Civil: «Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido aquél, no lo hiciere dentro del plazo que le señale el tribunal.

(295)

Puede verse en este sentido, la interesante tesis «De la transacción», de Juan B. Rossetti, N.º 68 y ss.

(296)

G. T, S. 2885, pág. 1362, año 1875. El contrato de iguala estaba perfecto, tenía todo su valor y aun había sido probado judicialmente, ya que el mismo señor Contreras lo había reconocido. La sentencia fue aprobada por el voto unánime de los Ministros señores. Cousiño, Rojas; Casanova y Cavada.

(297)

G. T. S. 1416, pág. 978, año 1879.

(298)

Art. 767 Del C. C.: «El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por actos entre vivos no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito».

(299)

Los dos casos propuestos, son los únicos que podrían presentarse, porque la ley sólo acepta o la constitución del usufructo o la promesa de constituirlo. Constituido el usufructo; su ejercicio no

podría quedar sujeto al cumplimiento de una condición o a la llegada del plazo, por expresa disposición del art. 788 del C. C.: «Se prohíbe constituir usufructo alguno bajo una condición o a un PLAZO QUE SUSPENDA SU EJERCICIO. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno».

(300)

REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE MINERÍA, de Diciembre de 1932. Art. 143.

(301)

ART. 149 DEL REGLAMENTO.: «Se inscribirán en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, las hipotecas, fideicomisos, las servidumbres, LOS USUFRUCTOS y demás gravámenes semejantes que pesen sobre pertenencias o sobre concesiones mineras». ART. 146: «Se inscribirán en el Registro de Propiedad: la concesión para explotar arenas que Contengan...; la TRANSFERENCIA y transmisión de las concesiones mencionadas o de PERTENENCIA cuya acta, de mensura estuviere inscrita ...».

(302)

SILVA BASCUÑÁN.- Ob. cit., N.º 135, pág. 127 y ss.

(303)

BARROS ERRÁZURIZ.- Loc. cit. T. III, pág. 179, N.º 144.

(304)

ALESSANDRI R.- Ob. cit. «De los contratos», pág. 168."

FUENTES CITADAS

- 1 DICCIONARIO EN LÍNEA DE LA REVISTA JUDICIAL DE ECUADOR. Base de datos de la página la hora de Ecuador. Disponible en la página:
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.R.htm>
- 2 MAINO SCHIAVETTI, Renato. Características del contrato de Igualdad. Artículo en línea. Disponible en la página oficial de la Revista Anales del Derecho de la Universidad de Chile. Dirección:
http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D349%2526ISID%253D17,00.html#277