

ADQUISICION DE PAGARE

David Stitchkin Branover

Profesor de Derecho Civil

1. Esso Chile S.A. Petrolera tiene entablada demanda al Banco Chileno-Yugoeslavo ante el Primer Juzgado de Letras de Punta Arenas, para que se condene a éste al pago de la suma de \$ 5.005.200, más el reajuste determinado por la variación del Índice de Precios al Consumidor, o el que fije el tribunal, a título de indemnización por la mora, y de los intereses correspondientes sobre el capital demandado.

2. Se funda la demanda en que Esso Chile S.A. Petrolera efectuó una colocación de dineros a través de la Compañía de Inversiones Metropolitana, adquiriendo en esa operación un pagaré de Viña Santa Rosa del Peral S.A. por la suma de \$ 5.005.200 con vencimiento al 20 de enero de 1977 y que al momento de efectuar la inversión recibió, junto con el pagaré, una carta firmada por el presidente del Banco Chileno-Yugoeslavo en la que se le confirma que por encargo de terceros y en cumplimiento de instrucciones irrevocables que éstos le han impartido el Banco se compromete a readquirirlo a la fecha de su vencimiento.

3. En concepto del demandante esa carta deja testimonio de un mandato aceptado por el Banco con el objeto de negociar el pagaré que en ella se especifica, y del compromiso contraído por el Banco con Esso Chile S.A. Petrolera, de adquirirlo en la fecha de su vencimiento en el mismo valor expresado en ese documento. Ambas cosas, sostiene el demandante, pertenecen al giro propio de los bancos comerciales conforme lo establece la Ley de Bancos, particularmente los artículos 48 y 83.

4. El demandado sostiene en su defensa, al hacerse cargo de la calidad de mandato que le atribuye el actor, que la situación real es que el Banco Chileno-Yugoeslavo recibió instrucciones irrevocables de la Sociedad de Inversiones Décima Región para que por su cuenta adquiriera de Esso Standard Oil, a su vencimiento, un pagaré aceptado por Viña Santa Rosa del Peral S.A. y debidamente avalado por el Banco Osorno y La Unión, por la cantidad de \$ 5.005.200 con vencimiento al 20 de enero de 1977, que esto es lo que dice la carta de fecha 9 de diciembre de 1976 enviada por el vicepresidente, señor Eduardo Edwards, al presidente señor Gazmuri, que ha sido acompañada por la parte demandante; y que en concordancia con la carta anterior, el día 10 de diciembre de 1976 el Banco expresa a la demandante que por encargo de terceros y en cumplimiento de instrucciones irrevocables adquirirá el pagaré individualizado de Viña Santa Rosa del Peral. De donde concluye la defensa que en virtud de las cartas de 9 de diciembre y 10 de diciembre de 1976 el Banco aceptó un mandato especial para un fin determinado que le otorgó la Sociedad de Inversiones Décima Región, "o sea, que el Banco Chileno-Yugoeslavo actuó simplemente como mandatario, aplicándose en la materia la regla sustancial de que el mandatario obra por cuenta y por encargo de terceros, sin comprometer su patrimonio". El demandado cita y reproduce en apoyo de esta conclusión los artículos 1448 y 2116 del Código Civil y 223 del Código de Comercio. Añade que "sólo por excepción el mandata-

rio se responsabiliza directamente y ello ocurre cuando contrata a su propio nombre y no por cuenta, por orden o por encargo del mandante". Y que el Banco Chileno-Yugoeslavo no ha contratado a su propio nombre "desde que éste no ha actuado por sí en interés propio, ni ha silenciado que actúa por cuenta de terceros, sino que lo dijo explícitamente, de manera tal que se apliquen con rigor en este caso los preceptos de los artículos 1448 y 2116 del Código Civil en relación con el artículo 233 del Código de Comercio".

5. De las consideraciones precedentes, concluye que "el Banco Chileno-Yugoeslavo no ha comprado el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral, porque el Banco no es parte en esta operación, sino que fue mandatario de Décima Región para adquirir por cuenta y por encargo de ella el citado pagaré en la carta de intención".

6. Hay coincidencia de las partes en los siguientes puntos sustantivos que son, por tanto, hechos no controvertidos de la causa:

a) que el Banco Chileno-Yugoeslavo ha sido mandatario de un tercero y en tal calidad ha actuado al entregar a la demandante la carta de 10 de diciembre de 1976;

b) que esa carta es la que corre agregada a los autos y no hay controversia sobre la autenticidad de su texto que es el siguiente: "La presente tiene por objeto confirmar a Uds. que el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá, por encargo de terceros y en cumplimiento a instrucciones irrevocables que éstos le han impartido, el(los) pagaré(s) que se indica(n) a continuación, en los montos y fechas que se contienen en el(los) citado(s) documento(s): *deudor*: Viña Santa Rosa del Peral S.A.; *acreedor*: Esso Standard Oil Co. (Chile) S.A.C.: *valor pagaré*, \$ 5.005.200; *fecha vcto.* 20/10/77...";

c) que el día anterior, esto es, el 9 de diciembre de 1976, don Eduardo Edwards, entonces vicepresidente del Banco demandado, había comunicado por escrito y bajo su firma al presidente del mismo Banco, don Alvaro Gazmuri Plaza, que había recibido instrucciones irrevocables del representante de Inversiones Décima Región para que por su cuenta adquiriese a su vencimiento el pagaré en referencia.

7. Ambas partes discurren, por tanto, sobre el mismo supuesto de haber sido el Banco mandatario de un tercero, Inversiones Décima Región.

Sólo que derivan conclusiones opuestas en lo que toca a la vinculación jurídica que se ha generado entre el mandatario y los terceros, con ocasión de la ejecución del encargo que le ha sido confiado.

8. En nuestro derecho común el mandato es un contrato nominado regulado específicamente en el Título XXIX del Libro IV del Código Civil. El artículo 2126 lo define en los siguientes términos: "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. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario".

El intérprete no puede apartarse de esta definición. Debe estarse a ella según lo prescribe imperativamente el artículo 20 del mismo Código.

El de Comercio también regula el mandato mercantil y lo define en el artículo 233 como "un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño".

9. Ambas definiciones contienen los elementos que son de la esencia del mandato —civil o mercantil—, esto es, aquellos que lo configuran y tipifican, de manera que en ausencia de cualquiera de ellos el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente, artículo 1444 del Código Civil.

A su vez, si concurren los elementos que son de su esencia, el contrato es perfecto y tiene la fisonomía jurídica —la naturaleza— y el alcance que la ley les asigna específicamente dentro de los contratos nominados, esto es, de los que se hallan regulados determinadamente por el derecho positivo. La eficacia y efectos del contrato no requieren de otros elementos agregados en cláusulas adicionales, sin perjuicio de la potestad reconocida a las partes, de añadirles algunas —accidentales— o de suprimirle otras —de su naturaleza—, siempre que se valgan de cláusulas expresas, atendido que alteran la regulación dada por la ley, artículos 1444 y 1545 del Código Civil.

10. En el caso del mandato, tanto civil como comercial, son de la esencia del contrato que una parte —llamada comitente o mandante— confíe o encargue la gestión de uno o más negocios a otra —llamada en general mandatario— que acepta y se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, artículos 2126 del Código Civil y 233 del de Comercio. Habiendo consentimiento —acuerdo de voluntades— sobre estos elementos, hay mandato; y habiendo mandato, se genera la vinculación jurídica contractual que nuestro derecho atribuye a las convenciones en general y al mandato en particular.

11. Esta vinculación es eminentemente subjetiva, personal, pues si la ley atribuye fuerza de ley a la convención no es en consideración a las formas externas que se llenen o se empleen, sino al imperio que atribuye a la voluntad de cada individuo dentro de la esfera de su patrimonio. Así se halla establecido a lo largo de todo nuestro ordenamiento jurídico y expresamente en los artículos 578, 1437 y 1445 del Código Civil.

Por tal razón, los derechos y obligaciones que nacen del contrato sólo pueden invocarlos entre sí las partes cuyo consentimiento ha generado el contrato que las liga. Dicho de otro modo, las partes mediante su acuerdo han creado un estatuto particular, una ley particular, que han de respetar y cumplir, sólo que para ellas y respecto de ellas.

12. Tal es lo que dispone imperativamente el artículo 1545 del Código Civil, que en un mismo precepto consagra la fuerza vinculatoria del contrato y la equipara a la de la ley, pero al mismo tiempo limita su ámbito de aplicación exclusivamente a las partes que lo han celebrado.

Para los terceros el contrato es un negocio que no les concierne, una *res inter alias acta*, así como para las partes contratantes los terceros son extraños al contrato que entre ellas tiene fuerza de ley.

13. Estos principios, que son básicos en nuestro ordenamiento jurídico, están desarrollados en los artículos 1437, 1438 y 578 del Código Civil. El primero, en cuanto dispone que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas; el segundo, en cuanto establece que el contrato o convención es un acto por el cual “una parte se obliga para con otra” a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Y en el artículo 578 en cuanto estatuye que derechos personales o créditos son los que “sólo pueden reclamarse de ciertas personas” que han contraído las obligaciones correlativas.

14. El mandato es por su naturaleza un contrato. Así está definido en nuestras leyes, artículos 2116 del Código Civil y 233 del Código de Comercio. Por lo tanto se halla sometido a esas mismas normas, al igual que todos los contratos,

sin que se alteren sus efectos por la circunstancia de que una de las partes —el mandatario— deba entrar en trato con terceros para la ejecución de su cometido.

Las partes cuyo “concurso real de voluntades” genera el contrato de mandato son, al decir del artículo 2116, inciso segundo, “la persona que confiere el encargo”, que se llama comitente, “y la que lo acepta”, que se llama apoderado, procurador y, en general, mandatario. Si falta el consentimiento de la primera no hay contrato; podría darse la agencia oficiosa cuyos efectos determina la ley con prescindencia de las voluntades del agente y del interesado, artículos 2120 parte final y 2286. Si falta el consentimiento de la segunda no hay contrato ni vinculación jurídica alguna (salvedad hecha de la necesidad de excusarse de aceptarlo, en el caso previsto en el artículo 2125).

El legislador reitera la naturaleza contractual del mandato en todo el articulado del Título XXIX del Libro IV del Código Civil, siendo de especial interés los artículos 2121, 2124, 2125 inciso primero, 2128 y 2129 y todos los referentes a la administración del mandato (véanse particularmente los artículos 2123, 2149, 2155 y 2157) y las obligaciones del mandante establecidas en el artículo 2158.

15. Otro tanto sucede en la legislación mercantil, principiando por la definición del artículo 233, que califica el mandato comercial de “contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”. El mandato comercial “toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”, artículo 235.

De los preceptos transcritos se sigue que las conclusiones sentadas para el mandato civil son igualmente válidas en el mandato comercial y la comisión. Estos contratos vinculan únicamente a las partes que concurren a celebrarlos —mandante o comitente y mandatario o comisionista— en tanto que son una *res inter alias acta*, un negocio jurídico que no afecta ni concierne a los terceros que contratan con el comisionista. El Código de Comercio extrema su celo en la afirmación de estos principios, prescribiendo que 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 en la celebración del contrato, se haga conocer como interesado en el negocio, o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta”, artículo 255 del Código del ramo.

Hay más. Aun si el comitente quisiere desligar al comisionista de las obligaciones contraídas con terceros en interés del comitente, declarándoles que el contrato celebrado con el comisionista le pertenece y que toma sobre sí su cumplimiento, el comisionista siempre permanecerá obligado y la declaración no producirá otro efecto que el de constituir al comitente en fiador del comisionista, artículo 258 del Código de Comercio.

En conclusión, el comisionista que actúa a su propio nombre queda obligado personal y exclusivamente en favor de los terceros. Ni él por sí solo, ni el comitente, ni ambos juntos, pueden dispensarlo de las obligaciones provenientes de sus actos. Mantiene plena vigencia el principio de la fuerza de ley del contrato entre quienes lo han ejecutado o celebrado; en este caso, entre el comisionista y los terceros.

16. De los elementos que son de la esencia del mandato, el de mayor interés en el caso objeto de este informe consiste en que el mandatario se hace cargo del negocio por cuenta y riesgo del mandante.

La expresión “por cuenta y riesgo” está contenida textualmente en la definición del mandato, de modo que intérprete y jueces no sólo han de estarse necesariamente a ella, sino que deben aplicarla en su sentido exacto, cabal y auténtico.

17. Quien mejor ha precisado el sentido de esa expresión es Lenel en su ensayo sobre el mandato (*Revista de Derecho Privado*. Tomo XV, Nº 183). Para Lenel, “lo característico del mandato, lo mismo del gratuito que del retribuido, es que el mandatario se ocupe del negocio como algo que le es ajeno, como negocio cuyos ingresos y gastos en nada le afectan materialmente; en una palabra, que obre por cuenta del mandante”.

El negocio que ejecuta el mandatario es, por tanto, en su íntimo y ulterior efecto, un asunto que concierne al mandante, el cual llevará los beneficios —materiales y jurídicos— que del negocio se sigan, y soportará las pérdidas y los gravámenes —materiales y jurídicos— que del negocio deriven.

Este es el sentido en que el mandatario asume el encargo —la gestión— “por cuenta” del mandante, de manera tal que el patrimonio del mandatario no se beneficia ni se perjudica con el resultado de la gestión encomendada, aceptada y cumplida.

En razón de ello el mandante debe proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del encargo, debe pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes y reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato. Por la misma razón de haber actuado el mandatario “por cuenta” del mandante, éste tiene acción para exigir de aquel que le traspase los derechos —reales y personales— generados por el negocio encomendado, y debe, correlativamente, asumir todas las deudas, responsabilidades y gravámenes que deriven en favor de los terceros del negocio cumplido por el mandatario. Pues el mandante —en todos casos— debe dejar indemne a su mandatario de las resultas de la gestión cumplida, artículos 2158, números 1º, 2º, 4º y 5º.

18. El mandatario no sólo actúa “por cuenta” del mandante, sino también “a riesgo” del mandante. Así lo prescribe el artículo 2116. De aquí que el mandante deba indemnizar al mandatario de las pérdidas en que haya incurrido “sin culpa, y por causa del mandato”, artículo 2158, Nº 5.

A primera lectura esta responsabilidad del mandante hace excepción a los principios básicos de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, fundada en la culpa, presunta o probada, de aquel cuya conducta negligente causa el daño que debe ser reparado. Sólo que en este caso la responsabilidad no descansa en la conducta imprudente del mandante al cual se impone la reparación del daño, sino en el hecho de haber encomendado el mandante una gestión en su propio interés de la que confía reportar un provecho. Y tal como asume el riesgo de las resultas favorables o adversas del negocio, ha de admitirse que asume el de las pérdidas o daños que se sigan para el mandatario de quien se vale para llevarlo a cabo. Por lo cual tampoco le está permitido dispensarse del cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que el contrato de mandato le impone hacia su mandatario, alegando que el negocio encomendado no ha tenido buen éxito o que ha podido desempeñarse a menos costo, pues, habiendo encomendado la gestión “por su cuenta y riesgo”, ambas cosas, “cuenta” y “riesgo”, pesan sobre él. Y en esta inteligencia ha aceptado el mandatario, quien debe resultar indemne —sin reportar provecho ni sufrir daño— de la ejecución del negocio que se le ha confiado.

19. La comisión mercantil descansa en estos mismos principios. Así, aceptada expresa o tácitamente, el comisionista deberá ejecutarla y concluirla, y no haciéndolo sin causa legal, responderá al comitente de los daños y perjuicios que le sobrevinieren, artículo 245 del Código del ramo. Evacuada la negociación encomendada, el comisionista debe —entre otras cosas— poner en manos del comitente una cuenta detallada y justificada de su administración, devolverle los títulos y demás piezas que el comitente le hubiere entregado y reintegrarle el saldo que resulte a favor de él, no siéndole permitido al comisionista percibir lucro alguno de la negociación concluida exceptuado su salario. En consecuencia, debe abonar al comitente cualquier provecho directo o indirecto que obtuviere en el desempeño de su mandato, artículos 279 y 278 del Código citado. Correlativamente, son de cargo del comitente los gastos y cargas que origine la ejecución del negocio encomendado y los riesgos del mismo, artículos 248, inciso primero, 272, 274 y 282 del mismo Código.

20. Son conceptos e institutos diferentes la actuación de una persona “por cuenta de otra”, cuyo sentido hemos analizado, y la ejecución de un acto o la celebración de un contrato “a nombre” de otra persona. El mandatario y el comisionista actúan siempre “por cuenta” de su mandante o comitente, pues son éstos quienes se apropian del negocio —con sus activos y pasivos— y en tal inteligencia han aceptado la gestión que les ha sido encomendada.

En cambio, en el desempeño de su cometido tanto el mandatario como el comisionista pueden legítimamente actuar en su propio nombre y no “a nombre” del mandante o comitente, pues les está expresamente permitido obrar de aquella manera, sin que por ello se desnaturalicen el mandato o la comisión ni se deriven para el mandatario o el comisionista responsabilidades diversas de las que son propias de esos contratos, artículos 2151 del Código Civil y 254 del de Comercio.

21. La actuación “a nombre de otro” tiene un sentido propio, distinto y esencialmente jurídico. En efecto, en este caso estamos en presencia del instituto jurídico de la representación, configurado con caracteres propios y de general aplicación en el artículo 1448 del Código Civil.

Su ámbito se extiende a todo el derecho de las obligaciones, a menos que la ley excluya determinadamente para ciertos actos —como el testamento—, y se extiende aun a los actos por pertenecientes al derecho de familia, como el matrimonio, que puede celebrarse por intermedio de representantes.

22. La representación es una figura estrictamente jurídica. Su distintivo propio radica en que hace excepción al principio fundamental en nuestro ordenamiento, de que nadie puede ser obligado por un acto o contrato nacido o perfeccionado sin el “concurso real” de su voluntad, artículos 1437, 1438, 1445 y 1545 del Código Civil. Más exactamente, a ninguna persona le está permitido interferir por virtud de su sola voluntad en el ámbito del patrimonio ajeno, donde operan exclusiva y excluyentemente la potestad y el imperio que el derecho atribuye a la voluntad soberana del sujeto titular, ni para imponerle obligaciones ni para conferirle derechos, ni siquiera en las asignaciones gratuitas, como las donaciones y las asignaciones testamentarias, pues en todo caso es necesaria la aceptación —el consentimiento o voluntad— del donatario o asignatario, artículos 1386, 1412 y 1225 del Código Civil.

23. Sólo hacen excepción la representación, la estipulación en favor de un tercero y la promesa de hecho ajeno. Las tres están tratadas en este mismo orden sucesivo en los artículos 1448, 1449 y 1450 del Código Civil —con los que se inicia la normativa relativa al consentimiento hasta el artículo 1459 inclusive—,

luego de haber sentado la norma fundamental del artículo 1445 que encabeza el Título II del Libro IV, "De los actos y declaraciones de voluntad". Con arreglo a esa norma, "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario", junto a la capacidad legal, el objeto y la causa lícitos, "que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

24. No sucede así en el caso de la representación, pues el representado está ausente de la celebración del contrato, y, sin embargo, resulta obligado, no por virtud de su declaración de voluntad, sino de la declaración de voluntad del representante, que en concurso con la del tercero forma el consentimiento generador del contrato. Este contrato, nacido del concurso de voluntades ajenas, "produce respecto del representado iguales efectos que si (el representado) hubiese contratado él mismo", artículo 1448 del Código Civil.

Lo excepcional de la representación no sólo se da con relación al artículo 1445, sino, además, con relación al principio de la relatividad de los efectos de los actos y contratos, establecido en el artículo 1545. Con arreglo a este precepto, la fuerza obligatoria de ley de los contratos está circunscrita a los contratantes, esto es, a aquellos cuyo consentimiento ha generado el contrato o convención. Y, según se deja sentado en el artículo 1448, el representado no es parte contratante, pues su consentimiento no interviene en el "concurso real de las voluntades" que da nacimiento al contrato y a las obligaciones que de él se siguen, artículos 1437 y 1438 del Código Civil.

25. De aquí que la ciencia jurídica vea en la representación una modalidad del contrato que celebran el representante y el tercero, en virtud de la cual el contrato concluido entre éstos no produce los efectos que le son propios, de obligar a las partes que lo han convenido —representante y tercero—, sino a una de ellas —el tercero— y a un extraño que no ha participado en su gestión —el representado—, artículo 1448.

Por ser una modalidad, o sea una cosa accidental, es menester que las partes contratantes la incorporen expresamente mediante cláusula especial. En caso de no hacerlo así, el contrato será siempre válido pero producirá los efectos que le son inherentes, de obligar a quienes lo han formado mediante el concurso real de sus voluntades, artículo 1444 en relación con los artículos 1437, 1438 y 1545 del Código Civil.

26. La estipulación ha de pactarse en el acto de perfeccionarse el contrato. En ese momento ha de expresarse el representante que presta su consentimiento a nombre de otra persona, de modo que ambas voluntades —del representante y su contraparte— coincidan en la intención común de que el contrato obligue al representado como si éste hubiese contratado, quedando libre, en cambio, el representante, como si éste no hubiese consentido en el acto o en la celebración del contrato. Pues, tanto interés como tiene el representante en quedar ciertamente excluido del contrato, lo tiene el tercero en que quede claramente establecido respecto de quien se ha obligado y adquirido los derechos correlativos que el contrato le confiere, dado que tales derechos sólo podrá reclamarlos de una "cierta persona" que en este caso será el representado, artículos 578 y 1448 del Código Civil.

27. La exigencia de que quien se propone actuar en calidad de representante ejecute el acto "a nombre" de aquel a quien pretende representar está señalada imperativamente en el artículo 1448. Sólo cuando se le da cumplimiento hay representación (oponible o no al representado según la legitimidad y exten-

sión del título en que se apoye, pero representación al fin) que en mérito del acuerdo de voluntades del representante y su contraparte, radicará los efectos del contrato en el representado a cuyo nombre ha sido pactado.

Si no se cumple esa exigencia, el contrato obliga a las partes que lo concertaron; y si sus efectos interesan o conciernen a otro, puede haber lugar a la estipulación a favor de un tercero expresamente admitida en nuestro derecho, artículo 1449, o a la promesa de hecho ajeno regulada por el artículo 1450, ambos del Código Civil, pero no habrá representación ni tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1448 del Código Civil.

28. La declaración de que se actúa "a nombre" de otro debe ser expresa. No se presume ni aun cuando el mandante, comitente o interesado, "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", artículo 255 del Código de Comercio. Esta exigencia descansa, por una parte, en que la representación hace excepción al principio general de que los contratos obligan sólo a quienes lo han pactado; y, por otra, en el resguardo del legítimo interés de las partes, que en todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza, contemplan, entre otros factores, la seriedad, la conducta habitual y la solvencia de la que pasará a ser deudora o acreedora. Particularmente de la primera.

Es indispensable, pues, que en el acto de contratar, de consentir, cada parte sepa para con quién se obliga —artículo 1438— y, sobre todo, contra quién podrá hacer efectivos los créditos correlativos que para ella nacen del contrato, artículo 578 del Código Civil.

29. De aquí que la presencia del comitente, o la notoriedad de que el negocio ha sido ejecutado por su cuenta, no suplan la falta de la estipulación expresa de estarse consintiendo en el contrato "a nombre" suyo. De aquí, igualmente, la exigencia de la ley, en el caso de los factores y dependientes, de que cuando contraten a nombre de sus comitentes "expresen" en la antefirma de los documentos que los suscriben por poder, artículo 325; y de que los dependientes deban expedir "a nombre" de sus comitentes los recibos que otorguen por el producto de las ventas que hicieren, artículo 346, del Código de Comercio.

30. No es menos explícito el Código Civil. El artículo 2160, inciso primero, valiéndose de una expresión imperativa, ordena al mandante cumplir las obligaciones "que a su nombre" ha contraído el mandatario dentro de los límites de su mandato. Si el mandatario ha excedido esos límites, el mandante sólo será obligado a cumplir aquellas "contraídas a su nombre", que hubiere ratificado expresa o tácitamente, artículo 2160 inciso segundo.

31. En caso de duda "se presume que el comisionista ha contratado a su nombre", artículo 259 del Código de Comercio. El tercero no puede ser víctima de las ocultaciones, reservas mentales o ambigüedades del comisionista, ni tiene que entrar a descifrar intenciones que no se manifiesten claramente de manera tal que el tercero contratante se halle en posición de saber sin lugar a dudas con quién se obliga y contra quién adquiere las acciones y derechos correlativos. El tercero tiene ante sí al comisionista que le expresa su voluntad de concertar un contrato y de obligarse a su favor. Debe entenderse, por consiguiente, que lo hace por sí, en su propio nombre, con prescindencia de que exista o pueda existir el interés de un tercero involucrado en el negocio. Así lo disponen expresamente los citados artículos 255 y 259 del Código de Comercio.

La misma conclusión vale en el derecho común para la interpretación de las cláusulas ambiguas que han sido extendidas por una de las partes, inciso se-

gundo del artículo 1566 del Código Civil: la ambigüedad se vuelve contra el que la provoca o ha debido disiparla. El mandatario y el comisionista se hallan en esta situación respecto de los terceros ante quienes actúan o con quienes contratan, dado que a falta de una declaración explícita acerca de la persona a cuyo nombre comparecen es norma de derecho común y de general entendimiento en los negocios que las partes actúan o contratan por sí y para sí, artículos 1437, 1438, 1445 y 1545 del Código Civil.

Estas reglas y normas no son otra cosa, en última instancia, que una de las expresiones concretas del imperio de la buena fe, que informa y preside no sólo el sistema del derecho de las obligaciones, sino la totalidad del ordenamiento jurídico en que descansa la organización social vigente.

32. Las declaraciones tardías —posteriores a la ejecución del acto o la celebración del contrato— no liberan al mandatario o comisionista de las obligaciones contraídas en su nombre. Si las formula el comisionista, señalando extemporáneamente que contrató a nombre de un tercero, subsiste obligado personalmente; y si las formula el comitente, declarando que el contrato le pertenece y que toma sobre sí su cumplimiento, el comisionista permanece igualmente obligado, artículos 258 y 260 del Código de Comercio. La declaración del comitente sólo le constituye fiador del comisionista en los contratos ya celebrados. Esta misma conclusión la sienta el artículo 1635 del Código Civil, en términos aún más amplios, para todos los casos en que un tercero se compromete al pago de una deuda ajena, sin que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

33. En carta del 10 de diciembre de 1976, agregada a los autos y sobre cuya autenticidad hay acuerdo de las partes, el Banco Chileno-Yugoeslavo confirma a Esso Standard Oil Co. (Chile) que adquirirá el pagaré especificado en ella, en la fecha de su vencimiento, también señalado en ella, “por encargo de terceros y en cumplimiento a instrucciones irrevocables que éstos le han impartido”.

34. En ninguna parte de esa carta expresa el Banco que actúa o contrata “a nombre” o “en representación” o “por poder” de una otra cierta y determinada persona, en cuyo nombre o representación adquirirá el pagaré específicamente descrito, en la fecha que determinadamente señala.

Por el contrario, en lo que concierne a quién o quiénes le han cometido la gestión y dado las instrucciones, el Banco no sólo elude nombrarlos o determinarlos de algún modo, sino que se vale de la expresión genérica, plural y abstracta “terceros” al referirse incidentalmente al origen del encargo, reiterada por el uso del pronombre demostrativo “éstos” (relativo a los tales “terceros”) al hacer mención de las instrucciones irrevocables que habría recibido de ellos. Tanta precaución del Banco en el texto del documento que suscribe y entrega al tenedor del pagaré deja de manifiesto su voluntad y propósito de excluir toda participación o injerencia de otras personas ciertas y determinadas, en la relación jurídica vinculatoria del Banco con su contraparte, la Esso Standard Oil Co. (Chile), a la cual le está confirmando por escrito que el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá el pagaré que especifica tan circunstanciadamente, en contraste con el anonimato que guarda celosamente en torno de los eventuales comitentes.

35. Debe añadirse que, según aparece de otros documentos análogos emanados del mismo Banco Chileno-Yugoeslavo con la misma sociedad Esso Standard Oil Co. (Chile) —fs. 123 a 138—, la carta en examen no es un instrumento circunstancial preparado y redactado improvisadamente en la negociación que origina el juicio en que incide este informe. Son numerosos los que se intercambiaron en idénticos términos, con la sola variación de la especificación de los pagarés objeto

de similares negocios. De donde es fundado y razonable concluir que el tenor de esos documentos y en particular del de 10 de diciembre de 1976 es fruto de un sistema elaborado y establecido por el Banco de modo tal que sin infringir las regulaciones, normas y controles a que están sometidas las entidades bancarias diese las seguridades y garantías exigidas por los inversionistas que ponían por condición la participación personal y directa del Banco con la garantía que les daba su seriedad y solvencia.

36. Por idéntica razón, en la carta del 10 de diciembre de 1976 —y en todas las otras— el Banco Chileno-Yugoeslavo se refiere determinadamente a sí mismo, emplea su nombre propio —“el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá”— ajeno a toda referencia de que la adquisición la haría a nombre, en representación o por poder de otro. Esto es, el Banco Chileno-Yugoeslavo ha estado actuando por sí, en su propio nombre. Y en su propio nombre se obligó a adquirir el pagaré que especifica en ella.

37. Como se ha dicho en los párrafos precedentes, no está permitido al comisionista desligarse por su sola voluntad de los compromisos contraídos en su propio nombre, artículos 255 del Código de Comercio y 2151 del Código Civil.

La única excepción que se permite es la establecida por el artículo 256 del Código de Comercio cuando el comisionista se reserva el derecho de declarar más tarde por cuenta de qué persona celebra el contrato. Mas para que esta excepción opere es necesario que el comisionista haya hecho la “reserva” del derecho de formular la declaración más adelante, de modo que los terceros que contratan con él, bajo tal condición, consientan en ella. De otro modo no están obligados a aceptar la condición ni la declaración. Al decir de Troplong, este caso se trata de una condición resolutoria “en la que el comisionista ha anunciado que habría un tercero desconocido que podría participar en la obligación; el comisionista se ha reservado el derecho de introducirlo y los terceros han aceptado esta condición resolutoria”, que al cumplirse mediante la declaración del comisionista lo desliga del compromiso y es sustituido “retroactivamente” por la persona nombrada (Troplong, “Du mandat”, N° 551, pág. 526). La misma solución está contemplada en el inciso segundo del artículo 256.

Pero la ley exige que el comisionista manifieste, exprese la reserva, de modo que los terceros sepan desde el principio a qué atenerse y puedan decidir a conciencia cabal si confían o no en la honestidad y prudencia del comisionista y en la suerte que habrá de depararles la declaración incierta. Añádase que las condiciones (y esta “reserva” es una condición resolutoria, como las demás modalidades de los actos jurídicos) son un elemento accidental del acto o contrato, que no les pertenecen ni esencial ni naturalmente, por lo que requieren de estipulación especial y explícita, que no existe en el caso que nos ocupa. En la carta del 10 de diciembre de 1976 nada se expresa en el sentido de hacer reserva alguna. Derechamente se afirma que el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá el pagaré a la fecha de su vencimiento y por el monto reconocido, por cuenta de terceros que le han hecho el encargo de adquirirlo y le han impartido instrucciones irrevocables en ese sentido.

38. La carta de 10 de diciembre de 1976, sin afirmarlo explícitamente, deja entrever que el Banco Chileno-Yugoeslavo habría contraído el compromiso de adquirir el pagaré a la fecha de su vencimiento y por el monto de la deuda indicada en él, por cuenta de terceros que le hicieron el encargo de adquirirlo y le impartieron instrucciones irrevocables en tal sentido.

39. Sobre esa base, el Banco demandado alega en su defensa que “lo que hace el mandatario por encargo del mandante o comitente afecta al mandante o comitente, compromete el patrimonio de éste, y de manera alguna el del mandatario”; que “en este caso, o sea en el del mandatario que actúa a nombre propio, y no por cuenta, por orden o por encargo del mandante, el obligado es el mandatario”; que “ninguna responsabilidad tiene frente a la demandante, por tanto el Banco demandado, desde que éste no ha actuado por sí, en interés propio, ni ha silenciado que actúa por cuenta de terceros, sino que lo dijo explícitamente, de manera tal que se apliquen en rigor en este caso los preceptos de los artículos 1448 y 2116 del Código Civil, en relación con el artículo 233 del Código de Comercio”; que “el Banco Chileno-Yugoeslavo no ha comprado el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral, porque el Banco no es parte en esta operación, sino que fue mandatario de Décima Región para adquirir por cuenta y por encargo de ella el citado pagaré en la carta intención” —transcripciones literales de fs. 20.vta., 21 y 21vta. del proceso—. Esta defensa es acogida en el fallo de primera instancia, considerandos noveno y décimo primero (en el supuesto de aceptarse que ha existido compraventa o promesa de compraventa), aceptándose por el tribunal sentenciador el mismo raciocinio de que el Banco demandado no sería parte en esos contratos “puesto que la prometiente compradora sería la Sociedad Décima Región y no el Banco Chileno-Yugoeslavo en atención a que, como ya se ha dicho, éste actuó por cuenta y encargo de terceros, y el demandante debió dirigir su acción en contra de la referida Sociedad”, considerando décimo primero.

40. Ya se ha visto que no cabe confundir dos instituciones diferentes, como son la actuación “a nombre” o “en representación” de otro y la actuación “por cuenta de otro”. Nuestro derecho positivo es de tal claridad que no permite mezclar, y mucho menos identificar, dos cosas diversas, como se ha demostrado más arriba, siendo del caso recordar la precisión del lenguaje empleado para referirse a una u otra situación y a los efectos que de ellas derivan. Así, mirando las relaciones contractuales del comisionista con su comitente —las relaciones internas del contrato entre las partes— el artículo 233 del Código de Comercio autoriza al comitente a dejar “de cuenta” (de cargo) del comisionista los préstamos, anticipaciones y ventas al fiado que éste hubiere realizado sin su autorización; el comisionista que obra “a su propio nombre” se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contraten con él aunque sea notorio que el negocio ha sido ejecutado “*por cuenta*” del comitente, artículo 255; y le está prohibido al comisionista hacer contratos “*por cuenta de dos comitentes*” o “*por cuenta propia y ajena*”, artículo 271; compradas las mercaderías a precios más subidos que los señalados en las instrucciones, el comitente podrá dejarlas “*por cuenta*” del comisionista, artículo 294; expendidas las mercaderías, cesa la responsabilidad del comisionista, y ellas corren “*de cuenta y riesgo*” del comitente, artículo 299; *el comisionista que tuviere contra una misma persona diversos créditos* procedentes de operaciones ejecutadas *por cuenta de distintos comitentes*, o bien *por cuenta propia y ajena*, deberá anotar en sus libros y en los recibos que otorgue el nombre del interesado *por cuya cuenta* haga el deudor entregas parciales, artículo 315; es obligación del comisionista asegurar las mercaderías que remitiere *por cuenta ajena*, artículo 321; se les prohíbe a los factores y dependientes trabajar “*por su cuenta*” y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan “*por cuenta de sus comitentes*”. Estos preceptos, y numerosos otros que tratan de la gestión de un negocio por cuenta ajena, están refiriéndose a los deberes y responsabilidades entre comitente y comisionista

y a la suerte final del negocio encomendado que se resuelve necesariamente en la rendición de cuentas que debe presentar el comisionista a su comitente, artículos 279, N° 2, 280, 281, 183, 309 y 274, entre otros, del Código de Comercio.

41. Cuando nuestro derecho positivo entra a regular las vinculaciones que genera la gestión del comisionista entre el comitente y los terceros, es igualmente preciso en señalar que se trata de los casos en que el comisionista ha actuado o contratado a nombre de su comitente. Así, comienza por dejar sentada como norma general que el comisionista puede obrar *en su propio nombre* o *a nombre* de sus comitentes, artículo 254; si obra *"a su propio nombre"* se obliga "personal y exclusivamente" a favor de las personas que contraten con él, artículo 255; el comitente carece de acción directa contra los terceros con quienes el comisionista hubiere contratado *"en su propio nombre"*, artículo 257; en caso de duda se presume que el comisionista ha contratado *"a su nombre"*, artículo 259; la delegación ejecutada *"a nombre del comitente"* pone término a la comisión respecto del comisionista, artículo 266; cuando los factores y dependientes contratados *"a nombre de sus comitentes"* expresarán en la antefirma de los documentos que otorgaren que los suscriben "por poder", artículo 325; obrando en esa forma, *"obligan a sus comitentes"* al cumplimiento de los contratos que celebren, "sin quedar ellos personalmente obligados", artículo 326; la violación de las instrucciones, la apropiación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza de parte de los factores o dependientes, no exoneran a sus comitentes de la obligación de llevar a efecto los contratos que aquéllos hagan *"a nombre de éstos"*, artículo 327; los dependientes no obligan a sus comitentes, a menos que éstos les confieran expresamente la facultad de ejecutar *"a su nombre"* ciertas y determinadas operaciones concernientes a su giro, artículo 343; y encargados de vender por menor, deberán expedir *"a nombre"* de sus comitentes los recibos que otorgaren, artículo 346, todos del Código de Comercio.

42. Y si aún restase alguna duda sobre el distingo que hace nuestro derecho positivo entre los conceptos de obrar "por cuenta" de otro y actuar "a nombre" de otro, y sus diferentes alcances, queda desvanecida al tenor del artículo 318 del Código de Comercio, que al definir al comisionista de transporte emplea los siguientes términos: "Comisionista de transportes es aquel que, *en su propio nombre pero por cuenta ajena*, trata con un porteador la conducción de mercaderías de un lugar a otro".

43. De lo expuesto ha de concluirse que aun admitida la alegación del Banco Chileno-Yugoeslavo de que en el documento de 10 de diciembre de 1976 señaló que actuaba por encargo de terceros —innombrados— que le habían impartido instrucciones irrevocables —no descritas— sólo quedaría en pie que el Banco habría aceptado una comisión —adquirir el pagaré— y que dándole cumplimiento confirmó por escrito a Esso Standard Oil Co. (Chile) su compromiso de adquirir el pagaré que especifica en el precio y la fecha que indica.

En sustancia, en ese documento el Banco Chileno-Yugoeslavo confirma un negocio que realiza en su propio nombre ("el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá") por cuenta ajena ("por encargo de terceros"). Habiéndolo realizado en su propio nombre el Banco ha quedado obligado personalmente y ha comprometido su patrimonio a favor de su contraparte, la Esso Standard Oil Co. (Chile).

44. La carta de don Eduardo Edwards Zacarelli a don Alvaro Gazmuri Plaza, de 9 de diciembre de 1976, en nada altera las conclusiones precedentes. Se trata de correspondencia interna entre el vicepresidente y el presidente del Banco demandado, en que el primero comunica al segundo que ha recibido ins-

trucciones irrevocables de Inversiones Décima Región “para que por su cuenta” adquiriera a su vencimiento de Esso Standard Oil el pagaré que le señala, materia de la causa, y junto con las instrucciones, “mientras éste (el mandato) se formaliza (ha recibido el) cheque del Banco Osorno y La Unión”, “con el objeto de dar cumplimiento a este mandato”.

Esta carta pone de manifiesto que los administradores del Banco intervinieron en la operación en la inteligencia de que el Banco participaba en ella “por cuenta” de un comitente. Que es igual a decir que sabían y entendían que el Banco Chileno-Yugoeslavo operaba en calidad de comisionista (percibiendo por ello una retribución) provisto de los fondos apropiados para cumplir la gestión, y que el Banco debía darle cumplimiento inmediato, cosa que hizo el presidente del Banco mediante carta del día siguiente (10 de diciembre de 1976) a Esso Standard Oil Co. (Chile).

Estos antecedentes, carta del vicepresidente al presidente del Banco, su tenor, el cheque incluso a la orden del Banco, que se cita en ella, elementos éstos que, por lo demás, no se mencionan en la carta confirmadora de la negociación acordada con Esso Standard Oil Co. (Chile) en modo alguno generan una vinculación contractual de la Esso Standard Oil Co. con Inversiones Décima Región, cuyo nombre no aparece en parte alguna y cuya representación no es mencionada ni aún incidentalmente.

45. La carta de 10 de diciembre de 1976 —sobre cuya autenticidad no hay controversia— está suscrita por el presidente del Banco Chileno-Yugoeslavo en su calidad de tal, esto es, de representante del Banco. Abundando en los principios y preceptos que informan el mandato y la comisión, la ley ha previsto el caso de los factores que en el ejercicio de la administración que se les ha confiado incurren en violación de las instrucciones o en abuso de la confianza de su comitente. En el caso que examinamos, los “factores” han sido el vicepresidente y el presidente del Banco —este último suscribe la carta confirmadora del 10 de diciembre de 1976— y el “comitente”, a cuyo nombre actuó el segundo, el Banco Chileno-Yugoeslavo. El artículo 327 del Código de Comercio prescribe, para tal situación, que “la violación de las instrucciones, la apropiación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza de parte de los factores o dependientes, no exoneran a sus comitentes (el Banco Chileno-Yugoeslavo) de llevar a efecto los contratos que aquéllos hagan a nombre de éstos”.

De donde se concluye que aun si los señores Edwards y Gazmuri hubiesen actuado contraviniendo las instrucciones internas del Banco, su comitente, o abusando de su confianza, hipótesis ambas que no se han sostenido en la defensa del demandado, el Banco Chileno-Yugoeslavo no quedaría exonerado de llevar a efecto los contratos hechos a su nombre, artículo 327 del Código de Comercio.

Y se llega a esta conclusión más importante: la ley comercial da preferente protección a los intereses de los terceros que contratan y confían razonablemente de buena fe, en la seriedad de las operaciones comerciales y en el contenido cierto y efectivo de los compromisos que de ellas se siguen para quienes hacen del comercio su profesión habitual. Tal es la razón de la garantía que otorga el artículo 327 a los terceros que entran en conflicto con quienes ejercen el comercio valiéndose de factores y dependientes a su servicio, en provecho de la actividad mercantil a que se dedican de manera pública y notoria.

46. En sustancia, el Banco Chileno-Yugoeslavo no puede exonerarse de cumplir el compromiso contraído a su nombre por su representante don Alvaro Gazmuri Plaza, de que da testimonio la carta de 10 de diciembre de 1976, ni aun a

pretexto de que no se habrían cumplido internamente —en el Banco— las circunstancias que el vicepresidente don Eduardo Edwards dio por cumplidas o tomó de su cargo.

47. La referida carta del 10 de diciembre de 1976 agrega al contenido sustantivo de la declaración “que el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá el pagaré que se indica a continuación”, la frase intercalada: “por encargo de terceros y en cumplimiento a instrucciones irrevocables que éstos le han impartido”.

En lo sustantivo de la declaración que dirige a Esso Standard Oil Co. (Chile), el Banco ejecuta un acto o declaración de voluntad. El Banco manifiesta que adquirirá el pagaré aceptado por Viña Santa Rosa del Peral a la orden de Esso Standard Oil Co. (Chile), en su monto, que asciende a \$ 5.005.200, a la fecha de su vencimiento, que es el día 20 de enero de 1977. Hay, por tanto, una declaración de voluntad: adquirir un determinado pagaré en el monto y en la fecha que se indican. Hay, además, el reconocimiento de que esa declaración “confirma”, esto es, reitera o ratifica, ahora por escrito (que tal es el sentido de la oración: “el objeto de la presente”), la que el Banco ya había hecho a Esso Standard Oil. Sólo que la primera —así debe entenderse— había sido verbal y ésta, la segunda, se formuló por escrito en señal de garantía instrumental y testimonio de la negociación acordada.

Las actividades comerciales y financieras, los negocios, no se tratan ni en abstracto ni en el vacío. Por el contrario, tienen un fin específico, vinculatorio y concreto. Están asentadas, a la vez, en las condiciones y circunstancias vigentes en el lugar y tiempo en que se realizan, ya sea en el orden financiero (hoy llamado mercado de capitales), ya sea en el sistema económico imperante (reajustabilidad de los créditos, sistemas nominalistas, etcétera).

Es en este contexto donde ha de entenderse concluido el negocio en que interviene el Banco Chileno-Yugoeslavo y la carta que entrega a Esso Standard Oil Co. confirmándole que adquirirá a su vencimiento el pagaré emitido por Viña Santa Rosa del Peral S.A.

48. El pagaré está emitido y suscrito por Viña Santa Rosa del Peral S.A. el 10 de diciembre de 1976, por \$ 5.005.200, con vencimiento al 20 de enero de 1977, a la orden de Esso Standard Oil Co. (Chile).

La carta del Banco Chileno-Yugoeslavo es de la misma fecha del pagaré —10 de diciembre de 1976— y dirigida al mismo acreedor —Esso Standard Oil Co.— confirmadora de que adquirirá ese pagaré en la fecha de su vencimiento y por el monto de la suma adeudada.

Estas coincidencias, particularmente las fechas de la carta y del pagaré, no permiten dudar siquiera del conocimiento anticipado que tenía el Banco de la negociación que se había concertado y de la participación que en ella le cabía. De ahí que en la carta de 10 de diciembre de 1976 el Banco comience diciendo que: “La presente tiene por objeto confirmar a ustedes que el Banco Chileno-Yugoeslavo adquirirá”.

El Banco ha dicho que esta participación consistía únicamente en ser el simple mandatario de un tercero que le había confiado el encargo de adquirir el pagaré. Sin embargo, de haberse tratado de una misión tan simple como la que le atribuye la defensa del Banco, que habría consistido en pagar el pagaré a su vencimiento (el 20 de enero de 1977), el Banco se apresuró a comunicársela por escrito al acreedor —inversionista— Esso Standard Oil Co., entregándole la carta tantas veces citada junto con el pagaré, en el mismo acto y con la misma fecha. No se advierte la razón de esta premura y urgencia del Banco en “confirmarle” a

Esso Standard Oil Co. su condición de mandatario de “terceros” indeterminados, si de tal condición no se siguiese algún efecto concreto de real interés para el inversionista. Hemos señalado en párrafos anteriores que las actividades comerciales y financieras no se dan ni en abstracto ni en el vacío (Lyon, Caen et Renault, “Traité de Droit Commercial”, Tomo 3, N° 481, págs. 426-427). La actuación del Banco Chileno-Yugoeslavo no escapa a esta realidad, particularmente tratándose de una entidad bancaria que, como tal, carece de motivaciones ajenas a la consecución de los fines que constituyen su giro y su objeto.

De consiguiente, la diligente actuación del Banco en comunicarle por escrito al acreedor la confirmación del compromiso de adquirir el pagaré al mismo tiempo de hacerle la entrega de este documento ha obedecido al propósito concreto y manifiesto de asegurarle el pago íntegro y oportuno de su crédito expresado en el título correspondiente.

49. Dos son las notas claves que conducen a esta conclusión. La primera consiste en que el Banco, aludiendo de paso, en frase intercalada, a un encargo y a instrucciones de terceros, actúa no obstante en su propio nombre (literalmente: “El Banco Chileno-Yugoeslavo”) para confirmarle a Esso Standard Oil que adquirirá el pagaré en cuestión. La segunda, en que al referirse a las instrucciones que los “terceros” innostrados le han impartido —y que el Banco habría aceptado puesto que se anticipa a actuar para darles cumplimiento— añade que tales instrucciones son “irrevocables”. Esto es, la asegura a Esso Standard Oil Co., que, no obstante el encargo y las instrucciones mencionadas en la oración intercalada, el Banco no se exonerará del compromiso de adquirir el pagaré a pretexto de que le han sido revocados el encargo o las instrucciones.

50. La observación que hizo el Banco Chileno-Yugoeslavo en su carta tantas veces referida, acerca de la irrevocabilidad de las instrucciones que tenía recibidas en cuyo cumplimiento estaría actuando, es un nuevo testimonio del conocimiento que tenía el Banco en orden a que la comisión que se le había confiado y la participación del Banco en la gestión eran parte de un negocio que concernía a los intereses de Esso Standard Oil Co. De manera que en las relaciones contractuales que mediaban entre el Banco y sus comitentes, la Esso Standard Oil Co. investía la calidad de un tercero en cuyo interés se había concertado el contrato de comisión y en cuyo interés, asimismo, debía ser ejecutado.

El caso de la comisión cuya ejecución interesa a un tercero está contemplado expresamente en el artículo 241 del Código de Comercio. Este precepto dispone que “el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”.

Como puede observarse, la ley estatuye la irrevocabilidad de la comisión sin que sea menester pactarla, en resguardo de los intereses de terceros, si la seguridad o la satisfacción de dichos intereses se obtienen mediante la intervención del comisionista en la ejecución del negocio que le ha sido confiado. El Banco Chileno-Yugoeslavo al repetir en su carta la fórmula legal dispuesta en el citado artículo 241 no hizo sino reconocer a Esso Standard Oil Co. la calidad que ésta tenía, como hemos señalado, de tercero interesado en la ejecución del encargo que el Banco dijo haber recibido de terceros.

Este reconocimiento, además de corresponder a la realidad, tiene consecuencias jurídicas de particular relieve en el caso que es materia de este informe.

51. En efecto, cuando el contrato de comisión se celebra en consideración al interés que tiene un tercero en la ejecución del encargo que se encomienda al comisionista se produce la figura jurídica conocida como estipulación en favor

de un tercero, concurrentemente con el contrato de comisión, establecida en el artículo 1449 del Código Civil. Prescribe este artículo que "cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

52. En el caso que es materia de este informe, hubo una estipulación de la Sociedad Inversiones Décima Región y el Banco Chileno-Yugoeslavo en favor de Esso Standard Oil Co. (Chile).

En cumplimiento de ella el Banco Chileno-Yugoeslavo le comunicó a Esso Standard Oil Co. (Chile) su compromiso de adquirir el pagaré suscrito por Viña Santa Rosa del Peral S.A. en el monto y en la fecha de su vencimiento. El estipulante fue la Sociedad Inversiones Décima Región, el prometiente fue el Banco Chileno-Yugoeslavo y el tercero en cuyo favor se estipuló fue la Esso Standard Oil Co. (Chile).

53. Para la mejor comprensión de esta situación es útil recordar en qué consistía y cómo se desarrollaba el sistema del llamado mercado secundario de capitales.

La Compañía de Inversiones Metropolitana, ya fuese directamente, por sí misma, o valiéndose de empresas filiales, colaterales o subsidiarias, actuaba como intermediaria de quienes disponían de dineros y quienes lo necesitaban. A los primeros les ofrecía recibir sus dineros en depósito con la obligación de restituirlos dentro de un plazo determinado más una tasa de intereses o una cantidad adicional pagaderas junto con el capital adeudado. Es el depósito "irregular" contemplado en el artículo 2221, regido luego por el Decreto Ley N° 455 de 1974 sobre Operaciones de Crédito de Dinero. A los segundos, les ofrecía dineros, en préstamo —mutuo— a corto plazo y con cierta tasa de intereses. La ganancia de la intermediación consistía en la diferencia entre los intereses pactados por los dineros recibidos (captaciones) y por los entregados en préstamos (colocaciones).

Los inversionistas procuraban conciliar la seguridad de su inversión con la rentabilidad (tasa de intereses). La seguridad de la inversión no quedaba suficientemente asegurada, en concepto de los inversionistas, por la mediación de la sociedad financiera intermediaria (que en sustancia ejercía la actividad riesgosa de la intermediación) ni por la solvencia del que apetecía el dinero, con cierta urgencia y al grado de obligarse al pago de elevadas tasas de interés para disponer de capitales por breves plazos. De consiguiente, al inversionista no le daban seguridad apropiada de solvencia ni la sociedad intermediaria, en este caso la Compañía de Inversiones Metropolitana, ni los terceros a cuyas manos iban a parar los dineros (Viña Santa Rosa del Peral S.A.). De este conflicto surgió la fórmula que consistió en la intervención de un banco comercial que, fuese por su seriedad, por su solvencia, o por los controles a que se hallan sometidos, diese seguridad bastante del pago (reembolso) de la inversión (colocación) de los capitales e intereses hecha a la sociedad intermediaria.

La intervención del Banco consistía en responsabilizarse para con el inversionista del pago del depósito e intereses hecho en la sociedad financiera. Para fundamentar apropiadamente el hecho de asumir tal responsabilidad, la Compañía Financiera, sea directamente, sea valiéndose de otras empresas vinculadas con ella, le encargaba al Banco la compra del documento justificativo del crédito del inversionista (en este caso el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral S.A.). O sea,

aparecía celebrándose entre ellos una comisión mercantil cuyo encargo consistía en la adquisición que debía hacer el Banco comisionista del título de crédito que se hallaba en manos de Esso Standard Oil Co., representativo del capital e intereses que se le estaba adeudando por el depósito e intereses.

El Banco aceptaba el encargo y se obligaba a ejecutarlo en interés del inversionista, dándose satisfacción de esta manera a la exigencia de una garantía apropiada impuesta por el inversionista para la seguridad del cobro de su capital e intereses al vencimiento del plazo prefijado para el pago.

El Banco se aseguraba, por su parte, del riesgo que asumía, con las garantías (llamadas contragarantías en la jerga operacional bancaria) de sus comitentes, tales como cheques girados en blanco o a fecha, letras de cambio, y aun simples créditos concedidos a su sola firma a las compañías financieras, sus subsidiarias o colaterales, si les parecían suficientemente solventes o debidamente respaldadas unas con otras, además del título negociable (el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral S.A.) que adquiriría contra pago de su monto y que le permitiría volverse contra el aceptante del documento y hacerlo efectivo en sus bienes. Esto es, el Banco se cubría del riesgo comprometiendo a su favor dos patrimonios: el de su comitente (previamente calificado por los ejecutivos del Banco) y el del deudor directo del título de crédito negociable que se obligaba a adquirir.

El inversionista se aseguraba, a su vez, de los riesgos de insolvencia, con la garantía del Banco que se comprometía a adquirir el título representativo de su crédito, sin perjuicio de la responsabilidad del emisor o suscriptor del título que permanecía obligado como deudor principal o directo.

54. Hemos recordado el sistema descrito para la debida comprensión de la figura jurídica que se ha dado en la especie, denominada estipulación en favor de un tercero, estatuida en el artículo 1449 del Código Civil, según hemos dicho en el N^o 51 de este informe.

55. Pues el acuerdo entre el Banco Chileno-Yugoeslavo y la Sociedad de Inversiones Décima Región, por el cual aquél asume la obligación de pagar la deuda de que da constancia el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral S.A., no es otra cosa que una convención en que aquella sociedad —“estipulante”— pacta con el Banco —“prometiente”— que acepta, que éste se obliga a pagar y a rescatar de manos de Esso Standard Oil Co. el referido pagaré el día de su vencimiento. Esta es la figura jurídica de la estipulación en favor de un tercero, cuya eficacia consagra el recordado artículo 1449 del Código Civil. Pues si nos estamos al tenor de los hechos y del referido precepto legal, tenemos que la Sociedad Inversiones Décima Región no ha sido jamás (no ha pretendido ser) representante de Esso Standard Oil Co. Tampoco el Banco Chileno-Yugoeslavo. Para ambos —la Sociedad de Inversiones Décima Región y el Banco— la Esso Standard Oil Co. es un tercero al cual ninguno de ellos representa y en cuyo favor ha estipulado Décima Región y se ha comprometido el Banco. De modo que se cumplen de lleno las circunstancias descritas en el citado artículo y en la doctrina universal.

56. Así, la doctrina francesa (donde el derecho positivo sólo por excepción admite la eficacia de la estipulación en favor de un tercero) ve un caso típico de validez de la estipulación en el caso del que estipula en el interés de cierto acreedor, que la parte prometiente cumplirá a favor de ese acreedor la obligación en cuya ejecución el estipulante tiene interés, si de esta manera el estipulante o su mandante, principal o interesado, han de quedar liberados de esa deuda (Daloz, Códigos Anotados, Tomo Segundo, artículo 1121, página 951, N^o 10; y en igual

sentido, las citas de Larombière, Demolombe, Huc, Bandry y Lacantinerie et Barde).

57. La doctrina universal ve, asimismo, estipulación en favor de un tercero eficaz o válida (incluso en aquellas legislaciones que a diferencia de la nuestra le reconocen eficacia sólo excepcionalmente) aun si la estipulación se ha pactado no sólo en interés del tercero sino también del estipulante (Giorgi, "Teoría de las obligaciones", Volumen III, página 429).

En el caso que se discute en esta causa, el interés de la Compañía de Inversiones Metropolitana, haciendo actuar a la Sociedad de Inversiones Décima Región, que apareció como comitente y estipulante, ha consistido en proporcionarle al tercero (Esso Standard Oil Co.) una acción directa en contra del Banco prome-tiente, que le diese seguridad, de esta manera, de obtener el reembolso de los dineros "colocados" en depósito irregular, y sus intereses. Más brevemente, el interés del estipulante ha consistido en procurarle al tercero una especie de fianza, que el Banco aceptó en darla a cambio de una remuneración (la fianza puede ser remunerada, artículo 2341) por la prestación de ese servicio. Todo ello expresado en la forma de un mandato o comisión mercantil que el Banco cumplió en su propio nombre justamente porque el interés de Esso Standard Oil Co. consistía en tener acción directa en contra del Banco sin que éste pudiera excusarse de servir la deuda con el expediente de derivar la acción hacia otros obligados colaterales o subsidiarios (Viña Santa Rosa del Peral S.A., Compañía de Inversiones Metropolitana, u otros).

58. En nuestro derecho positivo la estipulación en favor de un tercero es de general validez y confiere siempre acción al tercero beneficiario para exigir del prome-tiente el cumplimiento de lo estipulado, con prescindencia de la causa —o de las motivaciones— que indujeron a estipulante y prome-tiente a su celebración. Así lo establece el artículo 1449, del Código Civil. Pero no está de más haber recordado —Nº 53— la negociación que se había llevado a cabo entre la Compañía de Inversiones Metropolitana y Esso Standard Oil Co. En ella están la causa y las motivaciones determinantes de la participación que asumió el Banco al aceptar cumplir la gestión que se le encomendaba, según se describe en la carta de manejo interno del Banco, entregada bajo su firma por el vicepresidente al presidente del Banco.

Esa negociación y su conclusión ulterior con el Banco Chileno-Yugoeslavo (ante el cual habría intervenido y con quien habría contratado la Sociedad Inversiones Décima Región, en una gestión desconocida por la demandante y demás terceros) fijan el contenido de la carta que el Banco entrega a Esso Standard Oil Co. en la cual le confirma "su" compromiso de adquirir el pagaré a que determinadamente se refiere en ella. Y fija, también, el sentido y alcance del acto de suscribir y hacer entrega al tercero —Esso Standard Oil Co.— de un documento de la naturaleza de la carta de 10 de diciembre de 1976. Alcance que no es otro que el de poner en manos de Esso Standard Oil Co. un instrumento auténtico, comprobatorio del derecho que le asiste para exigir del Banco el pago del pagaré en la fecha de su vencimiento. Derecho que —según la explicación del Banco en el mismo documento— ha sido generado por acuerdo del Banco con "terceras" personas cuya identidad no se menciona.

59. El pacto convenido entre el Banco Chileno-Yugoeslavo y la Sociedad Inversiones Décima Región en el cual no tuvo participación ninguna el deman-dante reviste, por consiguiente, los caracteres de una comisión mercantil (rescate del pagaré mediante el pago íntegro y oportuno que debe hacer el comisionista a

un determinado acreedor que es a la vez titular y dueño del crédito). Comisión que interesa al comitente que se vale de esa figura contractual para obtener del Banco, con su aceptación, que se constituya en deudor de la obligación representada por el pagaré, satisfaciendo de este modo la garantía requerida por la inversionista (Esso Standard Oil Co.). Pero que también interesa al tercero, y en mayor grado porque de esta forma tiene acción directa contra el Banco para perseguir en su patrimonio el pago de su crédito, sin perjuicio de las que le competen en contra del suscriptor del pagaré y también en contra de la Compañía de Inversiones Metropolitana, mediadora en el mercado de capitales de entonces entre el inversionista y el usuario de los dineros.

60. La doctrina de los tratadistas así lo entiende, calificando esta situación de delegación imperfecta, por cuanto el acreedor no libera de la deuda al primitivo deudor (el estipulante) aceptando a otro en su reemplazo (el prometiende), pero adquiere acción directa en contra del prometiende para exigirle el pago de la deuda, sin perjuicio de las que conserva, a su elección, como se ha dicho, en contra del deudor primitivo. Y esto es resultado de la estipulación que en favor suyo ha mediado entre el comitente y el comisionista, artículos 1449 y 1635 del Código Civil. Así se resolvía ya en el derecho antiguo, "cuando el tercero en ventaja del cual se estipulaba fuese acreedor, *incluso meramente eventual*, del estipulante, por ejemplo, un contratante a quien debiese restituirse la suma pretada" (Giorgi, "Teoría de las obligaciones", Volumen III, página 432 y página 430, jurisprudencia y tratadistas citados en Nota 2).

61. En los autos ninguna de las partes ha pretendido que el actor haya dado por libre al primitivo deudor. Ni siquiera se ha insinuado. El primitivo deudor, según sostiene el demandado, es la Sociedad de Inversiones Décima Región. Y el Banco Chileno-Yugoeslavo sería el mandatario encargado de adquirir el pagaré "por cuenta" de aquella Sociedad. Si esta misma defensa la remitimos al citado artículo 1635, el Banco Chileno-Yugoeslavo habiendo actuado, como lo hizo, en su propio nombre (aunque por cuenta del deudor) se obligó solidaria o subsidiariamente con el deudor primitivo (que no fue dado por libre de la obligación contraída) comprometiende así, el Banco, su solvencia propia en seguridad de una obligación preexistente. Y obró de este modo ajustado al estatuto jurídico de la estipulación en favor de un tercero que consagra sin reservas el artículo 1449 del Código Civil.

62. En resumen, la convención pactada entre el Banco demandado y la Sociedad Inversiones Décima Región tiene un mismo y solo objeto: dar a Esso Standard Oil Co. la garantía personal del Banco Chileno-Yugoeslavo de pago íntegro y oportuno de su crédito. Su naturaleza mixta es la de un contrato de comisión mercantil a la vez que una estipulación en favor de un tercero. Ambas vinculaciones (comisión y estipulación) se generan de la misma convención cuando la comisión se pacta en interés de un tercero que no interviene en su celebración. Así lo establecen los artículos 1437, 1445 y 1449, del Código Civil, y 241, del Código de Comercio.

De consiguiente, en este caso en que el contrato de comisión interesa a un tercero, éste adquiere el derecho de exigir del comisionista que lleve a cabo lo pactado en su favor —artículo 1449 del Código Civil—, en tanto que el comitente no puede revocar a su arbitrio el encargo confiado al comisionista, artículo 241 del Código de Comercio. Ni puede el comisionista exonerarse de cumplir el encargo, una vez que lo ha aceptado, a menos que lo libere voluntariamente de cumplir-

lo el tercero en cuyo interés se ha contratado —artículos 1545 y 1449 del Código Civil.

Mayor fuerza cobra la vinculación jurídica del Banco Chileno-Yugoeslavo con Esso Standard Oil Co., al haber actuado aquél por sí mismo, en su nombre propio —autodesignándose—, en la adquisición del pagaré. Pues, obrando de este modo, se justifica, a la letra, al tenor del referido artículo 1449.

Así, pues, comitente y comisionista quedan obligados entre ellos con arreglo a lo pactado y a las disposiciones legales que regulan el mandato comercial y, particularmente, la comisión mercantil. El comisionista y el tercero han quedado vinculados entre sí conforme a la naturaleza del derecho que se ha conferido a éste en su propio interés. Y el comitente, a la vez que estipulante, permanece extraño frente al tercero con el cual no le liga vínculo obligatorio nacido de una estipulación en la que el tercero no es parte, aunque deriva para éste una acción que le compete en contra del comisionista y prometiente: el Banco que aceptó el encargo.

63. El Banco Chileno-Yugoeslavo, demandado en el proceso en que incide este informe, es personal y directamente obligado a cumplir el compromiso que tiene contraído con la demandante, del cual ha dado testimonio escrito en su carta de 10 de diciembre de 1976.

La obligación contraída por el Banco, según lo expresa en la misma carta, es la de adquirir de Esso Standard Oil Co. el pagaré determinado en ella, suscrito y adeudado por Viña Santa Rosa del Peral S.A., pagándole el monto indicado en él, en la fecha de su vencimiento.

Las operaciones sobre pagarés a la orden son actos de comercio, artículos 30 N° 10 y 767 del Código del ramo. Los pagarés mismos son efectos de comercio esencialmente negociables, artículos 768 y 769 del referido Código. De consiguiente, pueden ser objeto de actos y contratos traslativos de dominio tal como las demás cosas que se hallan en el comercio o tráfico jurídico, artículo 1460 del Código Civil. La transmisión del dominio del pagaré se efectúa mediante el endoso, artículos 1908, del Código Civil, y 769, del Código de Comercio. Mas siempre se requiere de un título traslativo de dominio que sirva de causa a la transmisión, artículos 670, 675, 699, 1901, 1908 y 1912, del Código Civil. La compraventa es título traslativo de dominio. Así la califica nuestro derecho positivo, artículos 675, inciso primero, y 703, inciso tercero, del Código Civil.

Hay compraventa perfecta siempre que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Es indiferente la calificación o las expresiones de que se valgan las partes, si en sustancia se obligan a esas prestaciones recíprocas. Pues no son las partes las llamadas a calificar en derecho la naturaleza de la convención que celebran. El Banco Chileno-Yugoeslavo ha “confirmado” por escrito el compromiso de hacer suyo —de adquirir para sí— el pagaré tantas veces citado, pagando por la adquisición de ese título de crédito una determinada cantidad de dinero. Se “confirma” algo que ya ha sido acordado: la transferencia en dominio del pagaré. Y se deja constancia de que el acuerdo ha versado sobre la cosa (el pagaré particularizado en la carta) y el precio que se pagará por ella. Perfeccionado el contrato, las obligaciones que nacen de éste pueden ser exigibles a futuro, si así lo convienen las partes, artículo 1494 del Código Civil. En la especie, la exigibilidad de las prestaciones recíprocas se dejó diferida a la fecha del vencimiento del pagaré. Ello no obsta a que el contrato y las obligaciones sean perfectos desde el instante en que se produce el acuerdo de voluntades o consentimiento.

64. Aun en el supuesto de que no se quisiera ver en la vinculación jurídica del Banco Chileno-Yugoeslavo con Esso Standard Oil Co. el contrato de compraventa que realmente media entre ambos, es inevitable concluir que la vinculación jurídica existe.

La defensa del Banco no ha negado la autenticidad de la comunicación entregada al demandante (carta del 10 de diciembre de 1976) ni el contenido y sentido de la misma. Sólo ha sostenido que el compromiso que en ella confirma lo contrajo el Banco "por cuenta" de un mandante, circunstancia que, a su juicio, exonera al Banco —mandatario— y vincula al mandante en cuyo interés obró.

Aun admitiéndose la existencia de ese mandato, el mandatario queda obligado personalmente si obra en su propio nombre, con prescindencia de las relaciones de cualquier género que puedan ligar al mandatario con otras personas en cuyo interés despliega la actividad que le compromete jurídicamente en favor de aquellos con quienes contrata o ante quienes actúa. La doctrina nacional y extranjera es unánime y nuestro derecho positivo es definitivo en este sentido.

La vinculación del Banco con Esso Standard Oil le ha impuesto la obligación de pagar el monto convenido por el pagaré de Viña Santa Rosa del Peral S.A. Hay una manifestación de voluntad en ese sentido, confirmada expresamente y por escrito en un documento suscrito y entregado por el Banco con el preciso objeto de dar testimonio de ese compromiso. Tal declaración de voluntad constituye al Banco en deudor directo del capital e intereses indicados en el pagaré y en el documento suscrito por el Banco. Así lo disponen los artículos 578, 1437, 1445, 1545 y 2284 del Código Civil. En todo evento constituye al Banco en co-deudor solidario o subsidiario del pago y rescate de ese pagaré, según lo prevenido en los artículos 1449 y 1635 del Código Civil, atendido que el demandante aceptó el compromiso contraído por el Banco Chileno-Yugoeslavo sin dar por libre al deudor del pagaré (Viña Santa Rosa del Peral S.A.) ni a ninguno de los demás que intervinieron en la negociación del crédito que se persigue en la causa.