

870109
24
23

Universidad Autónoma de Guadalajara

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PODER Y MANDATO, CONFUSION LEGAL DE TERMINOS.

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MANLIO FAVIO PANO MENDOZA

GUADALAJARA, JAL.,

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

PROLOGO	Pág.
CAPITULO PRIMERO: DEL MANDATO.-	
SUMARIO:	
1.-Idea General.	7
2.-Definición. Naturaleza Jurídica.	7
3.-Características y Formación del Mandato.	9
4.-Elementos de Existencia.	13
5.-Elementos de Validez.	14
6.-Relaciones Jurídicas entre Mandante y Mandatario.	18
7.-Relaciones entre Mandante y Mandatario con los terceros.	18
8.-Aspectos Doctrinales.	20
CAPITULO SEGUNDO: LA REPRESENTACION.-	
SUMARIO:	
1.-Generalidades. Definición.	27
2.-Teorías sobre la Representación.	30
3.-División de la Representación.	37
4.-Representación Legal.	37
5.-Representación Voluntaria.	43
6.-El Poder de Representación.	47
CAPITULO TERCERO: DISTINCION DEL MANDATO Y DEL PODER.	
SUMARIO:	
1.-Planteamiento.	52
2.-Distinción entre Mandato y Poder.	54
3.-Análisis Comparativo del Poder y el Mandato.	62
4.-Consideraciones finales.	70

CAPITULO CUARTO: CONFUSION LEGAL DE TERMINOS.

Pág.

SUMARIO:

1.-Generalidades.	74
2.-Análisis del Mandato en el Código Civil del Estado de Jalisco.	75
3.-Del Mandato Judicial en la Legislación Civil de Jalisco.	90
4.-La necesidad de una mejor reglamentación.	96

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

P R O L O G O

Inicio el presente trabajo motivado fundamentalmente - por dos razones, la primera de ellas es la de obtener mi título profesional, que de apoyo y una base sólida a mis aspiraciones presentes y futuras. La segunda es la de desarrollar un trabajo que satisfaga una de las diversas inquietudes - surgidas en el transcurso de mi formación académica profesional, por lo cual será motivo de estudio de la presente investigación un tema que a mi parecer es razón de controversia - jurídica, porque me internaré en el análisis de dos instituciones que en la actualidad no se han distinguido claramente. Me refiero especialmente al CONTRATO DE MANDATO y al PODER - como una de las formas que emanan de la REPRESENTACION.

Sustentando lo anterior, pensando que la naturaleza - jurídica y las consecuencias que el contrato de mandato y -- sus relaciones con el principio de la representación en una de sus formas como es el poder, han evolucionado y trascendido en diversas posturas doctrinales y originado en el derecho privado y concretamente en la legislación que lo regula, una serie de confusiones muy difíciles de descentrañar, dando motivo a una fuente de equívocos y contradicciones. Pero cuando un hábito es fecundo en errores, no creo que pueda decirse que es inútil discutir las nuevas costumbres del lenguaje jurídico y que debemos limitarnos solamente a tomar -- nota de ellas.

En el presente estudio que hoy inicio, considero importante analizar a las dos instituciones que he mencionado, en mi concepto y como lo pretendo demostrar son diversas; aunque se dá la posibilidad de relacionarse jurídicamente sin que eso constituya una situación de identidad plena. Mientras el mandato se define como un contrato revistiendo las características que la doctrina y la legislación señalan; el poder que surge de la representación voluntaria no se encuentra --conceptuado en forma particular dentro de la ley, aunque sí en la doctrina. En forma general podemos decir que el mandato como contrato que es requiere del acuerdo de dos voluntades, mientras que el poder se presenta como una manifestación unilateral de la voluntad; entonces podemos iniciar el desarrollo de este estudio sosteniendo la hipótesis que el contrato de mandato y el poder como instrumento idóneo para conferir la representación voluntaria tienen diversa naturaleza jurídica. Para tratar de demostrar este planteamiento estudiaré para ello teóricamente la representación y su naturaleza jurídica, para avocarme después concretamente al estudio del poder. La misma temática utilizaré para el estudio del mandato y determinar de ésta manera las diferencias y relaciones que ambas figuras presentan.

De ésta forma es mi objetivo llegar a una conclusión -- que sin pretender llegue a ser insustituible, por lo menos -- satisfaga, si se quiere en forma parcial, las inquietudes --

nacidas en la cátedra del finado maestro Don Alberto Garibi-Harper y cimentadas gradualmente en el transcurso de mi formación profesional.

Si bien es cierto que diversas doctrinas han separado y establecido como instituciones diferentes a las que he señalado como objeto de nuestro estudio, nuestro derecho positivo no establece una distinción clara entre ambas, lo cual, es totalmente inaceptable, pues como intentaré demostrarlo - más adelante, se podrá observar que el poder no es un accesorio de relación básica para el mandato, sino un ente jurídicamente autónomo, no supeditado en modo alguno a la existencia de su causa objetiva, y por otra parte; el mandato que surge o nace del acuerdo de voluntades por lo que esencialmente es un contrato y puede o no tener representación.

Entonces, cabe señalar, que es intranquilizante en la fase actual de la evolución de las ideas jurídicas confundir al poder y al mandato, pues aún cuando los poderes pueden ir ligados a una relación jurídica constituida por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan, ni son idénticos - los principios y normas a que respectivamente han de sujetarse, el poder y la relación jurídica que de base a su otorgamiento, estableciendo que ésta relación jurídica puede o no emanar del contrato de mandato, o establecerse en forma independiente; tomando en cuenta que se ha pretendido admitir-

en la doctrina como algo perfectamente lícito los actos representativos sin mandato, y los mandatos sin representación, además de que el poder puede establecer relaciones con otras figuras jurídicas diversas del mandato, como lo son el condominio, las sociedades o cualquier otro negocio que exprese el alcance de la representación; demostrando de ésta manera que no existe un vínculo jurídico exclusivo entre ambas instituciones.

En relación a lo señalado anteriormente, considero pertinente dejar claramente establecido en el presente trabajo la existencia jurídica del mandato no representativo y el mandato con representación afirmando que el mandato por naturaleza y definición no es representativo, pero puede llegar a serlo en virtud del otorgamiento de un poder. Lo expresado con antelación reviste de una gran importancia porque considero particularmente que existe una confusión entre relaciones de índole heterogénea que se pretenden reducir a un concepto único, tal es el caso que se presenta claramente en la Legislación Civil del Estado de Jalisco que regula indistintamente a las instituciones mencionadas.

Por último y en virtud de todo lo expuesto en el desarrollo de ésta fase preliminar y con la modesta pretensión de establecer la diferencia entre las figuras que he señalado como objeto de este estudio, determinando con precisión -

la naturaleza jurídica de las mismas y tratar de demostrar - con ello, que nuestra Legislación Civil vigente al reglamentar al mandato (libro cuarto, parte segunda, título noveno)- confunde o simplemente mezcla a las dos instituciones de referencia e introduce en forma alguna como de la naturaleza - misma del mandato el concepto de representación; realizaré - para ello una exposición de las diversas doctrinas que al -- efecto se han propuesto, un estudio para dar a cada figura - jurídica su verdadera y propia connotación, y un análisis -- crítico de su reglamentación dentro de nuestro Derecho Positivo Mexicano.

He aquí la tarea que hoy emprendo.

C A P I T U L O I

DEL MANDATO.

- A).-DEFINICION. NATURALEZA JURIDICA.
- B).-CARACTERISTICAS Y FORMACION DEL MANDATO.
- C).-ELEMENTOS DE EXISTENCIA.
- D).-ELEMENTOS DE VALIDEZ.
- E).-RELACIONES JURIDICAS DEL MANDATO.
- F).-ASPECTOS DOCTRINALES.

Antes de entrar en la crítica de los varios sistemas - que se han ideado sobre la institución del mandato, juzgamos útil combatir en general dos ideas preconcebidas que enuncian casi todos los tratadistas y constituyen la base de sus concepciones. El primer equivoco consiste en estimar que el mandato ha de ser siempre representativo; que la representación es el elemento esencial suyo y que por tanto, toda relación que produce sus efectos directamente en el que contrata, es mandato. Pero ésta doctrina descansa en la confusión de mandato y poder de representación, que son relaciones distintas por sus esencias y que pueden no coexistir la una junto a la otra.

A.-DEFINICION. NATURALEZA JURIDICA.

Como se desprende de la definición de contrato de mandato que nos da el artículo dos mil quinientos cuarenta y seis del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga". La redacción de éste artículo fué sugerida por el Maestro Borja Soriano y está inspirada en un comentario que hace Planiol al artículo mil ochocientos noventa y cuatro del Código Civil Francés.

Observamos entonces, que el mandato es un contrato, es

decir, un acuerdo de voluntades; la voluntad del mandante de encargarse de la realización de algún acto jurídico al mandatario, y la de éste de llevar a cabo lo que se le ha encomendado. - Faltando una de las dos voluntades, no puede existir el contrato. El objeto del mandato, como se desprende de la definición es el ejecutar actos jurídicos; carácter esencial del mismo, no pudiendo constituirse el mandato para llevar a cabo actos materiales, ya que éstos son y deben ser materia de otros contratos señalados expresamente en nuestro código - actual; tales como el contrato de trabajo, de prestación de servicios profesionales, etcétera.

Por otra parte diremos que: "Acto jurídico es la manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos de derecho". En primer lugar, vemos entonces que la manifestación de la voluntad es lo que constituye el elemento creador del acto jurídico y en segundo lugar hemos hablado de efectos de derecho, y se comprende que sin esa voluntad, el acto dejaría de ser jurídico para convertirse en un acto de cualquier otra naturaleza. Ahora bien, puede haber manifestaciones de la conducta humana que produzcan efectos de derecho - pero sin que medie la voluntad, o bien, no ha sido la voluntad la tendiente a producir éstos efectos jurídicos. Este es el hecho jurídico, como se ve, radicalmente distinto del acto jurídico. Las anteriores diferencias nos han servido -

para entender el límite de acción del mandato, pues todo - - aquello que no sean actos jurídicos podrán ser incluidos en otros contratos, pero no en el que nos ocupa en éste capítulo.

B.-CARACTERISTICAS Y FORMACION DEL CONTRATO DE MANDATO.

Iniciaremos diciendo que es un contrato principal, ya que el mandato existe por sí sólo y tiene como objeto propio la realización de los actos jurídicos que le encomienda el mandante al mandatario. Señala el autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo (1) que puede darse la excepción de ser accesorio cuando el mandato es de carácter irrevocable, pues como establece el Código Civil vigente, se constituye como un medio para cumplir una obligación contraída con anterioridad o como una condición de un contrato bilateral.

El mandato es un contrato BILATERAL. Puesto que los -- dos contratantes; mandante y mandatario se comprometen recíprocamente a cumplir ciertas obligaciones y a exigir ciertos derechos, y además por obligarse ambas partes, por ejemplo; - el mandante a entregar las expensas, honorarios y gastos realizados por el mandatario, y éste a ejecutar los actos encomendados y rendir cuentas a aquél.

(1) - Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Representación-Poder y Mandato. Primera Edición. Editorial Porrúa. -- México. Págs. 26 y 55.

Es un contrato ONEROSO, ya que se estipula gravámenes-recíprocos. Sin embargo nuestro Código Civil vigente en su artículo dos mil quinientos cuarenta y nueve (CCDF) admite la posibilidad del mandato gratuito en forma excepcional, -- con lo cual se sigue la corriente del derecho romano, en donde no solo tenían la posibilidad del mandato gratuito, sino- que lo consideraban de su naturaleza misma.

Castán Tobeñas (2) cita a Pérez y Alguer y nos dice -- "Si el mandato es gratuito, es evidente que no constituya -- contrato bilateral, porque las obligaciones eventuales del -- mandante de abonar gastos y resarcir perjuicios, no consti- tuyen contrapartida de la obligación del mandatario. En tal- sentido sólo podría considerarse a lo sumo o calificarse de -- contrato bilateral imperfecto". Deduce entonces, que sólo en el mandato retribuido hay reciprocidad de obligaciones. En -- lo particular pienso al respecto de que por naturaleza el -- contrato de mandato es oneroso y debe serlo al establecer la ley derechos y obligaciones recíprocas para ambos contratantes, pues en caso contrario y como se admite en la ley vol- vemos al derecho romano en donde el mandato para ser válido, debería de ser gratuito y en el que siempre resultaba obliga- da solamente una de las partes (el mandatario) y sólo even- tualmente el mandante.

(2) - Castán Tobeñas José. Derecho Civil Español Común y Foral. Décima Edición. Tomo I. Editorial Reus. Madrid -- 1963. Pág. 138.

Es un contrato INTUITU PERSONAE, ya que éste contrato se celebra en calidad de la persona del mandatario, por eso se termina con su muerte, pues la realización de los actos jurídicos tiene que llevarse a cabo personalmente por el mandatario. La ley consagra una excepción (aunque jurídicamente es mal aplicada) cuando se faculta al mandatario a sustituirlo.

El contrato de mandato tiene una forma restringida. -- Pérez Fernández del Castillo señala como característica del mandato ésta forma por lo que se refiere al mandato en general. Este es consensual cuando el negocio no excede de doscientos pesos; sin embargo, para su perfeccionamiento, deberá ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio.

También señala el Código Civil para el Distrito Federal que cuando el negocio exceda de doscientos pesos, pero no -- llegue a cinco mil, podrá otorgarse en escrito privado ante dos testigos sin necesidad de ratificación de firmas.

Podemos decir que a éste documento se le denomina comúnmente carta poder, lo cual en lo personal no estoy de acuerdo con tal denominación, pues no podemos reducir a ambas figuras en estudio a un sólo concepto, lo cual denota una severa confusión. Lo anterior, a mi juicio, lo estimo un tanto confuso porque la ley no define en forma clara si se está -- refiriendo al mandato o al poder. Es más existe jurisprudencia

cia definida de la Suprema Corte de Justicia diciéndonos:

Mandato, requisitos del. Cuando el interés del negocio sea mayor de doscientos pesos y no llegue a cinco mil, bastará una carta poder, o sea un escrito privado, firmado ante dos testigos, sin que sea necesario para su validéz, ni la previa ni la posterior ratificación de las firmas, y si el valor del negocio no llega a doscientos pesos, basta que el poder se otorgue verbalmente en autos sin necesidad de testigos ni ratificación de ninguna clase. (3). Entonces podemos ver claramente que dentro de la misma jurisprudencia se mezclan los conceptos de mandato y poder originándose con ello una mala interpretación y tal vez una inexacta aplicación de la misma y que nos confunde.

Por último señala la ley civil del Distrito Federal, que el mandato deberá otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas sus firmas ante Notario, juez o autoridad administrativa; y cuando en el ejercicio del mandato el mandatario haya de celebrar algún acto que conforme a la ley deba constar en instrumento público. El mandato judicial tiene un formalismo especial, pues siempre se requiere escritura pública o escrito dirigido al juez ratificado ante su presencia.

(3) - Pérez Fdz. del Castillo Bernardo. Op. Cit. Págs. 73 y-

C.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Los elementos de existencia lo constituyen el objeto -- y el consentimiento, la forma será la que la ley prevenga -- que deba revestir éste contrato.

En cuanto a su OBJETO el mandato da nacimiento a obligaciones de hacer, que son la realización de uno o varios -- actos jurídicos. Estos actos precisamente deben de ser jurídicos excluyéndose como ya lo he señalado, la posibilidad de poderse realizar actos materiales. Dichos actos jurídicos -- deben ser lícitos, es ilícito el acto que va en contra de -- las Leyes de orden público o las buenas costumbres. También el acto jurídico debe ser posible jurídicamente, por así disponerlo la ley, existe imposibilidad jurídica cuando se trate de actos jurídicos que se deben de realizar estrictamente en forma personal; ejemplo de élllo, es el otorgamiento de un testamento ya que constituye un acto personalísimo.

En cuanto al CONSENTIMIENTO podemos decir, que el mandato es un contrato consensual, y por consiguiente, se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. Aceptación que puede ser por disposición de la ley expresa o tácita, entendiéndose por aceptación tácita todo acto en ejecución de un mandato (Art. 2547 párrafo III c.c.d.f.).

En cuanto a la forma del contrato, la ley establece --

que el mandato puede ser escrito o verbal (Art. 2550 c.c.d.-f.). El mandato escrito puede otorgarse: En escritura pública; en escrito privado ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, jueces menores o de paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos, y; en carta poder sin ratificación de firmas.

El mandato escrito carece de mayor importancia en los tiempos actuales que el verbal, que practicamente está en -- deshuso por lo que resulta impráctico ocuparnos de él. Refiriéndonos al mandato escrito considero que tiene su razón de ser como es el caso de una controversia jurídica en donde el mandato puede servir de prueba de la existencia de éste contrato, a pesar de la confianza que el mandatario deba inspirar al mandante, éste tiene que asegurar el cumplimiento de la obligación de su mandatario, de ponerlo, por ejemplo, en posesión de lo adquirido en su propio nombre; evitando así el riesgo de salir defraudado.

D.- ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Para que el contrato se considere válido debe de haber capacidad en los contratantes; ausencia de vicios del consentimiento; licitud en el objeto; y que se cumplan las formalidades establecidas por la ley, éstos elementos de validéz son los de todos los contratos.

En cuanto a la capacidad que deben revestir los contratantes, conviene primeramente advertir la existencia doctrinal de dos tipos de mandato, y que también se consagran en la legislación como se desprende del artículo dos mil quinientos sesenta del Código Civil para el Distrito Federal, - nos estamos refiriendo; al mandato representativo y el no representativo, es decir, el mandato con poder y el mandato con ausencia del mismo. La capacidad tiene en éste caso características especiales. En el mandato representativo el mandatario necesita sólo de la capacidad general para contratar, ya que en virtud del poder obra en nombre del mandante y es éste quien adquiere para sí los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cambio, en el mandato no representativo, como el mandatario obra en su propio nombre necesita una doble capacidad, primero para contratar y segundo para ejecutar en caso dado los actos jurídicos que le encomiende el mandante, y como el mandatario actúa a nombre propio, es el quien adquiere para sí los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Para que el contrato sea válido, si el mandato es representativo, se requiere que el mandante tenga una doble capacidad: La exigida para llevar por sí mismo a cabo el acto cuyo cumplimiento confía al mandatario, y la general para contratar, desde el momento que es en él en quien recaerán las consecuencias que reporta la ejecución de dicho acto.

Por otro lado, si el mandato no es representativo, al mandante le es suficiente con la capacidad general para contratar. Los juristas discuten largamente acerca de la capacidad jurídica necesaria para la validéz de los actos realizados por un mandatario representante. Se dice que éste, como trata en nombre del mandante, tiene necesidad de ser capaz -- para contratar únicamente; que basta con que posea capacidad de ejercicio para que el acto realizado sea válido, toda vez que los efectos han de darse en la esfera jurídica del representante y no en la del representante. Entonces, nos inclinamos por la opinión de que un mandatario representante requiere la plenitud de la capacidad jurídica de ejercicio, puesto que de no poseerla, resultaría irresponsable de sus actos -- ante el mismo mandante. Por otro lado, me basta con afirmar la ineludible necesidad de la doble capacidad jurídica requerida para que un mandatario que obra a nombre propio, realice con absoluta validéz los actos que su mandante le ha encomendado. La razón es obvia, ya que los efectos del acto -- realizado por un mandatario que no representa a su mandante, han de recaer sobre su persona como si no existiera el mandante; aunque más adelante sea en éste último en quien en definitiva radiquen, por virtud del contrato de mandato; y --- además, porque cuando el mandatario obra en nombre propio, -- el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el man-

dante. En éste caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado como si el asunto fuere personal suyo.

Vicios del consentimiento. Como en todo contrato, para que éste sea válido no debe existir dolo, mala fe, violencia ni lesión en el consentimiento. Señala el artículo mil ochocientos quince del c.c.d.f., que se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fé la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. El artículo mil ochocientos diecinueve del mismo cuerpo normativo señala que hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Por último, para que el contrato sea válido es necesario que exista licitud en el objeto; siendo ilícito el acto éste será nulo. El último requisito de validéz se refiere al hecho de que el contrato debe revestir la forma que la ley expresamente señala, y que para el caso que nos ocupa se ha señalado con antelación en forma general.

trata de relaciones que nacen entre los terceros y las partes, con motivo de un mandante.

Si el mandatario lleva en el cumplimiento de su mandato el nombre y la representación (en virtud del otorgamiento de un poder), sobre el mandante recaerán todas las consecuencias nacidas del contrato; el será el único titular de los derechos y de las obligaciones que resulten en relación con los terceros y que están reglamentadas en el capítulo del -- mandato del Código Civil Federal. El mandatario en éste caso, solo sirve de instrumento para la celebración del contrato -- que el mandante no puede o no quiere verificar por sí mismo. Por excepción responde el mandatario en algunos casos que la ley señala y que será objeto de estudio posteriormente.

Más, si el mandatario desempeña el mandato en su propio nombre como si no hubiera más interesado en el asunto, -- los derechos y las obligaciones que de allí surjan, solo -- afectarán a su persona y a la de los terceros como si no -- existiera el mandante, como si el mandatario hubiera contratado no solo en su propio nombre, sino también por su propia cuenta en calidad de dueño exclusivo del negocio, quedando -- el mandante sin relación alguna con los terceros, ni éstos -- con aquél.

Una vez que hemos señalado las generalidades y características del mandato y con el objeto de dejar establecida -- con mayor claridad la esencia del mismo, estudiaremos algunos

aspectos doctrinales acerca del mandato desde el punto de --
vista de diversos autores.

LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Los autores españoles acostumbran definir el mandato -
de un modo concreto y con el sentido de mandato representati-
vo, suponiendo que la esencia de éste contrato consiste en -
el conferimiento de la representación al mandatario.

Sánchez Román (4) dice que "El mandato es un contrato-
consensual, unilateral, o bilateral, por el cual una persona
(mandante), confiere su representación a otra que la acepta-
(mandatario) para uno o varios asuntos, con retribución o sin
ella".

Por su parte, no parece darnos la razón al principio -
de que el mandato por naturaleza no es representativo.

El autor Manresa (5), al analizar la definición de ---
mandato contenida en el artículo 1709 del Código Civil Espa-
ñol, sostiene que "La representación es un elemento esencial
del mismo mandato, merced al mandato, la actividad del - - -
hombre, limitada en su ejercicio y por las imposiciones de -
su condición fisiológica, se extiende y amplía, dándole como
un cierto don de ubicuidad. El abismo que existe entre la --
potencialidad del sujeto para crear esas relaciones y los --

(4) - Sánchez Román Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tecnos.
Madrid. Págs. 478 y 516.

(5) - Manresa y Navarro José María.-"Comentarios al Código--
Civil Español".-Tomo XI.-Tecnos.-Cuarta Edición. Madrid.

medios que para hacerlas efectivas personalmente tiene, se salva con la representación."

Y como dice Sánchez Román "La representación constituye el fondo esencial del contrato y su resultado es convertir la ausencia real en presencia jurídica".

Estamos de acuerdo con lo dicho, para el caso de la representación en general, pero para probar que ésta no es necesaria en los mandatos, basta apreciar que los mencionados efectos recaen igualmente, tanto cuando hay representación, como cuando no la hay en éste contrato.

Cuando no hay representación, no se prolonga la personalidad, pero el resultado es el mismo, puesto que el efecto de lo actuado por el mandatario recaerá necesariamente en el mandante, aún permaneciendo oculto e ignorado.

Se ha demostrado que no es necesario una representación indispensable para que exista el contrato de mandato, puede haber mandatos sin representación; lo principal consiste en obrar por cuenta ajena y nada más, para que exista el mandato. Si la representación falta, seguirá siendo éste contrato con tal de llenar las otras características a él inherentes y no podrá confundirse con otro.

LA DOCTRINA ITALIANA.

En Italia por lo general es aceptada la teoría del mandato sin representación.

Ruggiero (6) señala "Se llama técnicamente dar un mandato, el encargar a otro de la ejecución de uno o varios negocios por nuestra cuenta y a nuestro nombre, de suerte que todos los efectos del negocio ejecutado se produzcan directamente en nuestra persona, como si nosotros mismos lo hubiéramos ejecutado".

De lo anterior se desprende que Ruggiero difiere de lo establecido en el Código Civil Italiano en su artículo 1737- que señala: "Mandato es el contrato en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente o mediante una compensación, a ejecutar un negocio por cuenta de otra persona de la que ha recibido el encargo".

Nótese que la definición no establece la condición de que el mandatario obre a nombre del mandante que propone -- Ruggiero, por lo que se deduce que el legislador italiano -- aprecia que el mandato no siempre se va a ejecutar a nombre del mandante, sino que el mandatario lo puede hacer en nombre propio, por lo cual, existe ausencia de representación forzosa en el contrato.

Para concluir éste capítulo, sólo nos resta ver la manera como los civilistas mexicanos tratan el problema del -- mandato. Rojina Villegas (7) en su tratado de los contratos -- al distinguir la reglamentación del mandato en el código de

(6) - De Ruggiero Roberto.-Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa.-Segunda Edición.-Págs. 602 y 516.

(7) - Rojina Villegas Rafael. Contratos. T. IV. Edit. Porrúa. Págs. 366 y 516.

1954 y el vigente, nos dice: "En la actualidad, según nuestro código actual, no es elemento de definición que los actos se ejecuten en nombre del mandante, pero si es requisito - esencial que se lleven a cabo por su cuenta."

La distinción es clara: Ejecutar actos en nombre del mandante, quiere decir, establecer relaciones jurídicas directas entre el tercero y el mandante, a través del mandatario. En cambio, ejecutar actos por cuenta del mandante, sólo significa que la operación jurídica sólo afectará el patrimonio del mandante, pero cualquiera relación de derecho se establecerá directamente entre el mandatario y el tercero.

Posteriormente, como consecuencia del mandato, aquellos efectos que se vinculan con la persona del mandatario; repercuten en el patrimonio del mandante. Así se establecen las dos posibilidades en el mandato, a decir, el representativo y el no representativo.

El Maestro Lozano Noriega (8), al estudiar el mandatos señala la ausencia de la idea de representación diciéndonos: "En casi todos los Códigos el contrato de mandato está basado en la institución de la representación; el mandatario es un representante convencional del mandante. En el Código Civil vigente ya no se estudia el mandato sobre la base de la idea de la representación. En realidad, el Código Civil no ha sido original en esta materia. El Código de Co--

(8) - Lozano Noriega Francisco: Contratos. Editada por Asoc. Nal. del Notariado Mex. 1962. Págs. 371 y 372.

mercio a propósito de la comisión mercantil --y ustedes saben que el mandato, aplicado a actos de comercio, constituye la-comisión mercantil-- establece la posibilidad de que el comisionista pueda desempeñar la comisión en nombre propio, pero siempre por cuenta del comitente. En Derecho Mercantil encontramos que el mandato mercantil, que es la comisión mercantil, puede ser desempeñada en el propio nombre del comisionista, -sin necesidad de representación."

En nuestro Código Civil vigente ya no se estudia, respecto, sobre la base de la idea de representación. El mandatorio, dice el artículo 2560: "Salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante". Es decir, podrá desempeñar el mandato en forma representativa o sin representación, pero con esta particularidad, que viene a ser su característica.

De ésta manera damos a conocer las características, -- forma, objeto y relaciones del mandato, que como vemos tiene algunos problemas con la representación, sin embargo; yo estoy de acuerdo en que el mandato no siempre es representativo, y en caso de serlo, las consecuencias jurídicas y sus alcances, así como la forma de hacer el mandato representativo; revisten características diversas y para lo cual es necesario estudiar y analizar como lo haremos posteriormente en el capítulo correspondiente; las diversas formas de representa-

ción, en especial al poder que a mi modo de ver, es lo que -
le dá el sello de representativo al mandato para que el man-
datario pueda actuar por cuenta y en nombre del mandante. --

Así, damos por concluido este interesante capítulo que
nos permite tener un panorama general del contrato de manda-
to.

C A P I T U L O I I

LA REPRESENTACION.

- A).-GENERALIDADES. DEFINICION.
- B).-TEORIAS SOBRE LA REPRESENTACION.
- C).-DIVISION DE LA REPRESENTACION:
 - a).-Representación Legal.
 - b).-Representación Voluntaria.
- D).-EL PODER DE REPRESENTACION.

LA REPRESENTACION.

A.-GENERALIDADES. DEFINICION.

Este término, en un sentido amplio ha tenido y tiene - diversas connotaciones jurídicas, así se puede decir, que es una declaración, una expresión o exposición del pensamiento, o una figura de algo. La representación puede ser entendida como una institución, como una forma y un contenido de derecho específicos (1). Es peligroso, en lo jurídico, explicarse una figura reduciéndola a una mera estructura lógica (2), porque éste término da idea de complejidad; de un conjunto - de supuestos medios y resultados para la obtención de determinada finalidad plenamente establecida. La representación, - no es la regla que prescriba cierta forma o método de manifestarse un ente o cierta forma o método de vida o enseñanza, sino que es el elemento simple que sirve para alterar una esfera jurídica diferente del sujeto que actúa. Mediante la utilización de ésta figura la ley da la posibilidad de que - mediante la actuación de una persona capaz se altere la esfera jurídica de otra.

"La representación implica un concepto contrario a la realidad estricta, dentro de la idea de la voluntad y de sus efectos; equivale a estimar ajeno al acto al que lo hace, y -

- (1) - Hupka Josef. "La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos". Revista de Derecho Privado.-Pág. 11.
- (2) - Preclado Hernández Rafael. "Lecciones de Filosofía del Derecho". Sexta Edición. Jus. Pág. 35.

presente y obligado al que no ha tomado parte en él" (3).

Henri Capitant nos dice que la representación es: "El hecho de cumplir un acto jurídico en nombre o por cuenta de otra persona, en mérito a un poder legal o convencional y -- estableciendo para la persona representada un derecho u obligación". Señala, asimismo, la definición del mandato contenida en el artículo 1984 del Código Civil Francés, que es del tenor siguiente: "Acto por el cual una persona da a otra poder para hacer alguna cosa para ella y en su nombre" (4).

Planiol y Ripert enseñan que la representación se revela como el medio de que dispone una persona para obtener, utilizando la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado por sí misma ; reconocen que el principio por el cual las obligaciones contractuales son "per sé" personales, no impiden el reconocimiento y desarrollo de la Representación. (5).

- (3) - García Trinidad, "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", Décima Séptima Edición. Edit. Porrúa. -- Pág. 172.
- (4) - Capitant Henri. "Vocabulario Jurídico". Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. De Palma. Buenos Aires. Págs. 482 y 483.
- (5) - Planiol, Marculo y Jorge. Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Traducción al español por Mario Díaz Cruz. Tomo Sexto. Cultural, S.A. La Habana. - Págs. 76 y 77.

El autor Rocco define a la representación como: "Situación Jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigida la declaración, que aquel obra en interés ajeno y, consecuentemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad, se producen respecto al sujeto en cuyo interés a obrado aquel". (6)

El Licenciado Ramón Sánchez Meda1 (7) define a la Representación de la siguiente manera: "La Representación es la acción de representar, o sea el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o dominus del negocio".

Gutiérrez y González (8) define a la representación como "El medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente el incapaz".

(6) - Citado por Jorge Barrera Graf. La representación voluntaria en el derecho privado. Instituto de Derecho Comparado. U.N.A.M. Pág. 17.

(7) - Sánchez Meda1 Ramón.-Contratos Civiles.-Octava Edic.- Edit. Porrúa. Méx. 1986.-Pág. 307 y Sa.

Para Lehmann, representación: "es la emisión o recepción de una declaración para otro en nombre de éste, es decir, de tal modo que los efectos del negocio repercutan directamente sobre el representado". Por ello, el Código Civil Alemán reconoce esa voluntad y le atribuye efectos. (9).

B.-TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA REPRESENTACION.

Dada la índole del presente trabajo no expondré, en forma exhaustiva, las construcciones jurídicas de la representación. Me referiré a las doctrinas que, a mi juicio, -- muestren una mayor relevancia para los concretos aspectos -- que me propongo estudiar.

Teoría de la ficción. (Pothier, Laurent).

Planiol relata como Pothier en Francia sostuvo esta teoría fundándose en la premisa de que las obligaciones nacidas del contrato solo se dan entre las partes que hubiesen intervenido, y que solamente, por una "ficción", se entiende que el representante tome la personalidad y lleve la voluntad del representado, considerando a éste último como el verdadero contratante. (10).

(8) - Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial Cajica. México 1971. Pág. 287.

(9) - Lehmann Heinrich. "Parte General" (manual). Vol. 1. -- Traducido al español por José María Navas. Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 428.

(10) - Planiol. Op. Cit. Págs. 78 y 79.

Las críticas fundamentales a esta teoría podemos reducirlas a dos:

Primero.-Se introduce, como elemento explicativo y -- esencial, la noción de un concepto polémico en el cual se -- encuentra dividida la doctrina --las ficciones en derecho--.

Segundo.-No explica, satisfactoriamente, la Representación que nace por ministerio de la Ley.

Teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante.

Planiol califica de "afortunado" el cambio en la doctrina moderna Francesa; o sea, a la explicación de nuestra institución en atención a una verdadera sustitución de la -- personalidad del representado por la del representante.

Esta sustitución, que implica la emisión de la propia voluntad del representante y la nota esencial de que los -- efectos del acto celebrado se produzcan, directamente, en la esfera jurídica del representado, vienen a ser los requisitos -- fundamentales para la existencia de la Representación. -- Opina que el representante en lugar de ponerse la personalidad del representado, le sustituye la suya y manifiesta una voluntad propia para la celebración del contrato. (11)

Añade Planiol que en la Representación deben coexistir,

(11) - Borja Soriano Manuel. Teoría Gral. de las obligaciones. Octava Edic. Porrúa. Méx. Pág. 248.

simultáneamente con los requisitos fundamentales, ciertas -- condiciones que son las siguientes:

1a.- Exteriorización de la propia voluntad del representante.

2a.- La "contemplatio dominii".

3a.- Que el representante ostente poder para esa representación.

La primera condición sirve para distinguir al representante del nuncio. Es éste un mero portador de la voluntad -- ajena; es aquel un sujeto que exterioriza su propia voluntad.

La segunda condición consiste en la intención que debe haber en el representante y las personas con las que él necesita de hacer producir los efectos del acto en la persona y patrimonio del representado.

La tercera condición consiste en que la Ley o el mismo representado confiere al representante la facultad o poder -- para representar.

Concluye Planiol que el contrato así celebrado viene a formar un todo; o sea, no podrá el representado dividir los efectos del acto beneficiándose del crédito y liberándose de las obligaciones; quedará obligado personalmente respecto al tercero contratante. El representante no adquiere derechos, no queda obligado. El tercero contratante sólo quedará obligado y facultado frente al representado. (12)

Para Pilón, según enseña Madray en la obra de Bonnecase (13), lo único que nos permite explicar satisfactoriamente el funcionamiento de la representación, está en la inadmisibilidad de la noción tradicional de la obligación. "En realidad un patrimonio es el que debe una prestación a otro patrimonio; la persona únicamente es el órgano del patrimonio. Cuando actúa el representante pone su voluntad al servicio de otro patrimonio que ya no es obligado por su órgano normal". Esta teoría, no tuvo éxito en opinión de Madray, por estar fuera del derecho positivo. Pilón se vió obligado a aceptar esa tesis porque, apoyandose en la teoría de la autonomía de la voluntad no podía explicarse que el representado resulte obligado contra su voluntad; por ello dice entonces, que no es la voluntad la obligada, sino el patrimonio (14).

El maestro Borja Soriano (15) ubica la doctrina de Pilón dentro de la teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante, y cita a Popesco Rumniceano y a Madray como fuente. Sin embargo en mi opinión tales conceptos podrían muy bien quedar encuadrados dentro de la teoría de la ficción, pues el suponer que la relación jurídica se da entre patrimonios y no entre personas, es una de las graves consecuencias a las que se llega en esa doctrina.

(13) - Bonnecase Julien. Elementos del Derecho Civil. Trad. - del Lic. J. M. Cajica. Tomo I. Puebla. 1945. Pág. 391.

(14) - Bonnecase Julien. Op. Cit. Pág. 391.

(15) - Borja Soriano Manuel. Op. Cit. Pág. 248.

Teoría del Nuncio.

A esta teoría que corresponde a Savigny, se le ha denominado "Teoría del Nuncio" o "Teoría del Representado". Para éste autor solo el representado actúa, propiamente, en sentido jurídico. El representante no viene a ser sino un simple órgano o Nuncio del Representado, que tiene como única función llevar las palabras del representado como un simple mensajero portador de una voluntad ajena. (16)

Teoría de la Mediación o de la Cooperación.

Para Mitteis y Dernburg, la acción representativa no viene a ser sino la consecuencia del obrar conjunto del representante y el representado; los requisitos de validez del acto se dividen según la participación, tanto en la persona del representante como en la del representado. (17)

Para Messineo la representación se explica en atención de ser una manifestación de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra. La representación así entendida en un hecho, "Aún cuando sea un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia" (18). - Para este tratadista el concepto de cooperación es diferente al empleado por Mitteis y Dernburg. Aquí cooperación o cola-

(16) - Borja Soriano Manuel. Op. Cit. Pág. 247.

(17) - Lehmann. Op. Cit. Págs. 435 y 436.

(18) - Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europeas. Buenos Aires. 1954. Págs. - 404 y 405.

boración se entiende en un sentido llano, o sea, la ayuda -- que con fundamento en la solidaridad deben de prestarse los-hombres integrantes del grupo social (19).

Síntetizando y para concretar congruentemente lo anteriormente expresado, la representación ofrece doctrinalmente los rasgos característicos siguientes:

Primero.-El que ejecuta el acto jurídico obra en nombre y por cuenta de otra persona; el representante en lugar de - tomar la personalidad del representado, le sustituye con la-suya propia y manifiesta su propia voluntad en la celebración del contrato.

Segundo.-Una vez celebrado el contrato, produce sus -- efectos directamente en la persona del representado, sin que éstos pasen antes por el representante.

Más para que haya representación se requieren además - las condiciones siguientes:

a) Voluntad propia en el representado. El nuncio (Nuntius) - que carece de propia voluntad por ser solo un mensajero, no es un representante, ya que solo conduce la voluntad del re-presentado, por lo que es éste quien en realidad contrata y- no el representante.

(19) - Díez Picazo Luis. Fundamento del Derecho Civil Patri-monial. Edit. Tecnos. Vol. I. Madrid, 1970. Pág. 379.

- b) Capacidad en el representante. Se requiere que éste sea capaz de manifestar su voluntad propia, por más que los efectos jurídicos no se produzcan con relación a él.
- c) Intención de representar.-El representante, en la declaración de voluntad debe dar a conocer al tercero a quien la declaración va dirigida, que obra en nombre del representado. Esta condición de la representación que la doctrina designa con el nombre de CONTEMPLATIO DOMINI (presentación del dueño del negocio), se caracteriza de un modo particular por su importancia, puesto que sin ella los efectos jurídicos del negocio se producirían en la persona que emitió la declaración.
- d) Poder para representar. Este poder sostiene Planiol, puede ser otorgado directamente por la ley o por el mismo interesado.

En lo particular considero que la teoría que mejor nos explica la representación desde el punto de vista doctrinal es la de la substitución real de la personalidad del representado por el representante; porque nos ubica en una realidad jurídica más avanzada y más lógica, al señalar que el representante en vez de tomar una personalidad ficticia del representado, le substituye en realidad, y participa dentro de esta realidad para la formación de algo que pudieramos llamar representación, que puede admitir la posibilidad de relacionarse con un contrato sin que se confunda propiamente con éste último.

C.-DIVISION DE LA REPRESENTACION.

El origen de la representación conferida al representante puede ser la voluntad de la ley o la del representado.

Se puede afirmar también que la representación es admisible en todos los negocios jurídicos y que solamente se -- prohibirá cuando el acto así lo requiera por su naturaleza, -- por la calidad de las personas que intervienen o en fin, por una disposición legal.-Vgr. El testamento que tiene carácter personalísimo.

La representación legal va a tener como presupuesto la imposibilidad jurídica en que se encuentra una persona y que la ley señala. El artículo cuatrocientos cincuenta del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Tienen incapacidad natural y legal:

- I.-Los menores de edad.
- II.-Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos -- lúcidos.
- III.-Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.
- IV.-Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso imoderado de drogas enervantes.

Ante la incapacidad de obrar señalada, la ley suple -- tal incapacidad y confía a otra persona hábil la conducción de los negocios y el cuidado de los intereses del incapaz, -- de donde resulta que el representante legal declara su propia voluntad en nombre y en interés del representado. Entonces, -- podemos deducir y definir que Representación Legal, es aque-

lla que establece la ley positiva en forma imperativa para - que determinadas personas, fundamentalmente aquellas a quienes se les ha negado la capacidad de ejercicio, pueden hacer valer sus derechos o puedan cumplir con sus obligaciones mediante la actuación de otra. Señala Messineo que la peculiaridad de la representación legal consiste en que los poderes del representante nacen y son fijados por la ley, y aún por ésta puede estar predeterminada la persona del representante legal (20).

Otra peculiaridad es apuntada por Von Tuhr al decirnos que la representación legal tiene el carácter de la "exclusividad"; o sea, que el representado no puede celebrar personalmente los negocios jurídicos que se encomiendan al representante. Ahora bien, además de explicarse la representación legal por el hecho de la incapacidad de obrar, le son aplicables sus principios a aquellos supuestos en que la persona - se encuentra separada de la administración de una masa de - bienes y derechos, como acontece en la herencia y en la masa de la quiebra o concurso (21).

El jurista mexicano Rafael Rojina Villegas señala que la representación legal es necesaria y por tal motivo acoje la ley su reglamentación en forma de normas de carácter imperativo (22).

(20) - Messineo. Op. Cit. Págs. 418 y 419.

(21) - Von Tuhr Andreas. Tratado de las obligaciones. Trad.- de W. Rocas.-Tomo I. Tecnos. Madrid. Pág. 250.

(22) - Rojina Villegas Rafael.-Compendio de Derecho Civil.-- Teoría Gral. de las Obligaciones.-Porrúa, Méx. 1970.- Pág. 133.

Es necesaria dice Rojina Villegas, porque es la única forma que tienen algunas personas para hacer valer sus derechos o para poder cumplir con sus obligaciones, y si no se estableciera en esa forma, podría darse el supuesto de encontrarse personas con una condición de "Capitis diminutio".

Por otra parte, es conveniente señalar que la representación legal, por regla general el representante manifiesta su propia voluntad y no es un nuncio o enviado que manifieste por medio de su persona la voluntad del representado, que por lo general no tiene posibilidad real de manifestarla (23).

La representación legal no depende en su existencia y desarrollo o desenvolvimiento de la voluntad del representado (salvo casos muy excepcionales como cuando el menor de edad de dieciséis años cumplidos designa tutor) y por lo tanto, el representado no puede revocar esa representación (con la excepción antes indicada y mediante el procedimiento que establezca la ley).

Por último y posiblemente la distinción o nota característica de la representación legal más importante, consiste en que las facultades de actuación del representante se le -

(23) - Al respecto dice Barrera Graf. Op. Cit. Pág. 28 (En la representación legal, la actividad del representante es ajena a la voluntad del representado y deriva de un "Poder" propio del agente que le concede la ley y gracias al cual obra con plena independencia de la voluntad de aquel por quien actúa.

establecen por un ordenamiento jurídico que en forma imperativa señala como debe actuar y que tiene prohibido, por lo que entonces observamos que no hay una libertad de actuación por parte del representante y que tampoco se le establecen o señalan libremente por el representado o por el juez. La anterior observación es importante para dejar claramente establecido que aunque el representante manifieste su voluntad, existen limitaciones en su obrar que no pueden dejar al capricho del representado o del funcionario judicial, por lo que el legislador prevee ésta situación y plasma en la ley facultades y obligaciones específicas.

Si observamos detenidamente lo que he expresado en lo concerniente a la representación legal, podemos darnos cuenta de que nos hemos referido únicamente a la representación legal de incapaces, y nos preguntamos ¿Podrá haber una representación legal de capaces?. El maestro Gutiérrez y González (24) admite la posibilidad de que exista una representación legal de capaces y dice a la letra: " Se da cuando la ley -- imputa obligatoriamente a un capaz las consecuencias de un acto realizado por una persona capaz, un daño y fundado en una idea de solidaridad social. Tal sucede en el caso, dice, de la gestión de negocios; en donde la ley considera al gestor como representante del dueño del negocio aunque éste no quiera, respecto de lo que de útil le sea la gestión". También señala al respecto el caso de la figura del albacea que

(24) - Gutiérrez y González Ernesto. Op. Cit. Pág. 290.

por sus funciones es un representante legal de los herederos sean o no personas capaces. La misma consideración puede hacerse del síndico de la quiebra o del concurso (25).

Particularmente no estoy de acuerdo con el Licenciado Gutiérrez y González, al decirnos que existe una representación legal de capaces cuando al dueño del negocio se le imputan por disposición de la ley las consecuencias de un acto -- que otro realizó por el y el gestor sea un representante -- respecto de lo útil que le sea la gestión al primero; primeramente, porque el gestor no es un representante, ya que la ley ni siquiera en forma dispositiva, ya no digamos imperativa, atribuye al gestor de negocios ajenos la calidad de -- representante. Nos anticipamos un poco al análisis de la figura del "poder" para decir que éste es el medio más eficaz para otorgar una representación, cuando emana voluntariamente de una persona en función de una manifestación unilateral de la voluntad; y en el caso de la gestión de negocios el -- dueño de éste no manifiesta ese querer volitivo para que lo representen, por lo que el gestor no es un representante, -- más aún cuando la ley admite la posibilidad de que el gestor actúe aún contra la voluntad del dueño del negocio. Solo podría darse una excepción si existiera disposición que para -- salvaguardar los intereses del gestor y de los terceros diera carácter de poderdante al dueño del negocio y apoderado --

al gestor; cuando la gestión al ser ratificada tuviera efectos retroactivos y surtiera efectos de poder, independientemente de los efectos o consecuencias que originen la gestión.

Ahora, si la ley señala en el artículo 1906 c.c.d.f.,- que la ratificación pura y simple del dueño del negocio produce todos los efectos de un mandato, no quiere decir esto - que el gestor cuando se le ratifica su gestión se convierte en mandatario, puesto que el mandato por naturaleza no es -- representativo y el mandatario debe actuar en nombre propio aunque en interés de su mandante, así pues el gestor obra a nombre del dueño del negocio. Además de que mientras el mandatario obra, por conocer de un modo expreso la voluntad del mandante y siguiendo puntualmente sus instrucciones, el gestor por el contrario; obra guiado por una presunción de voluntad.

Concluyendo, el hecho de que una persona capaz quede - legitimada por el orden positivo para realizar actos jurídicos en la órbita ajena y aún contra la voluntad del sujeto a quién se pretende ayudar por solidaridad (concretamente la - gestión de negocios), no significa que sea un representante pues la representación sólo se otorga por disposición de la ley y la ley no le otorga ni dispositiva ni imperativamente tal carácter. La ley es clara, habla de gestor, no de representante. Ni tampoco es el gestor un representante voluntario puesto que el dueño del negocio generalmente ignora por ausencia u otras razones tal gestión hecha a su favor y aun-

que tal, sea ratificada posteriormente, podrá surtir los efectos de un poder tal vez más no efecto de mandato.

Si la ley expresara que la ratificación surte efectos de un poder, podríamos entonces conceder la posibilidad de una representación, pero la ley es clara y el artículo 1906 del c.c.d.f., señala que la ratificación surte los efectos de un mandato y mandato no significa representación. Por lo tanto al gestor se le podría equiparar con un representante legal, pero jurídicamente no se le puede llamar legal puesto que no hay una disposición de la ley al respecto; podría tal vez, si se dieran las condiciones señaladas, ser un representante que emanara de una representación voluntaria, pero para el caso que nos ocupa y en desacuerdo con lo señalado por Gutiérrez y González no existe representación legal de capaces en el caso de la gestión de negocios.

Representación Voluntaria.

El maestro Gutiérrez y González (26) señala que la Representación Voluntaria es la que se verifica cuando una persona capaz, encomienda a otra también capaz, que acepta, la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos. El que encomienda recibe el nombre de "Representado" y el que acepta el encargo "Representante".

Luis Muñoz y Salvador Castro Zavaleta (27) definen a la Representación Voluntaria como aquella que se confiere al -- representante por un acto de voluntad del representado.

Ellos mismos citan a Castán diciendo que "es una declaración de voluntad por la que una persona autoriza a otra -- para que concluya en su nombre uno o varios negocios jurídicos que han de producir sus efectos como si la primera, por sí misma, hubiese operado". Quien otorga la representación -- se denomina poderdante, representado.

En los conceptos anteriores encontramos como elementos de definición: 1.-Que tanto el representado como el representante deben tener capacidad general. 2.-La realización de -- los actos jurídicos del representante siempre se efectuarán a nombre del representado. 3.-Se habla de una manifestación de voluntad del representado y se señalan los efectos jurídicos que recaen directamente en la persona y patrimonio del representado, como si éste hubiera celebrado el o los actos -- jurídicos personalmente.

Tomando en consideración los elementos apuntados, también puede decirse que la Representación Voluntaria es la -- posibilidad jurídica que tiene una persona para actuar como consecuencia de la manifestación de voluntad hecha por otra -- a quien le van a repercutir los actos que realice aquella.

(27) - Muñoz Luis y Castro Zavaleta Salvador.-Comentarios al Código Civil. Vol. II.-2a. Edic. Editorial Cárdenas.-Méx. 1984.- Pág. 1001.

Algunos tratadistas admiten que la Representación Voluntaria puede dividirse a su vez en directa o indirecta

Advierten que la Representación Voluntaria Directa es aquella en donde el representante actúa en nombre del representado de tal modo que los efectos se producen automáticamente para éste último, y la indirecta en la que el representante realiza el acto en nombre propio, aunque por cuenta -- del representado.

Yo en lo particular no estoy de acuerdo en que se haga tal clasificación de Representación Voluntaria indirecta porque en la Representación Voluntaria el sujeto representante siempre actúa en nombre del sujeto representado, y así, no es posible hablar de una representación indirecta en forma técnica, en la cual supuestamente el sujeto representante -- obra en nombre propio y posteriormente mediante un acto jurídico diverso cede o transmite los derechos y obligaciones -- adquiridos al representado. En ese supuesto los interesados se ubican fuera del campo de la representación; puede existir un contrato de mandato (algo diferente a lo que se trata) -- pero será éste precisamente sin representación; de donde -- desprendo que en tal caso no existe representación alguna y por lo tanto tal representación indirecta no es tal representación.

Por otro lado para que la Representación se considere Voluntaria, el representado debe en todo caso manifestar su voluntad de serlo, previa a la ejecución de los actos que va

a alterar su esfera jurídica, por eso considero que en la gestión de negocios no hay una representación voluntaria por que la ley obliga al sujeto en cuyo beneficio se realizó la gestión a que ratifique los actos que otro realizó en su beneficio, aceptando en ese momento las consecuencias jurídicas que se derivan de la actuación de otro. Esta ratificación es hecha "A posteriori" y el hecho de que surta efectos retroactivos no significa que el sujeto actuó mediante una representación voluntaria; considero entonces que tal consecuencia se funda en la seguridad jurídica que deben tener los terceros.

La Representación Voluntaria admite varios grados de facultades según los límites que el representado quiera poner a tal representación, con base en situaciones previstas e imprevistas o según la ilimitada confianza que se tenga en el representante, es decir, se puede establecer una representación en el que el representante solo transmita a otra persona el documento en que están plasmadas las facultades. Tenemos el caso de que el representante tenga todas las facultades para ejercer actos de dominio, es decir, tenga todas las facultades de dueño, pero su actuación se limita al dominio de un solo bien inmueble específico.

Puede también darse la situación en donde el representado no pueda preveer todos los posibles casos o situaciones que se pudieran derivar del acto por el cual se otorga esa -

representación, le otorga entonces al representante un poder amplio o representación ilimitada.

Además de las notas características que he señalado -- consistentes en que debe existir una manifestación de voluntad previa a la realización de los actos y de que las consecuencias de tales actos siempre repercutirán en la esfera jurídica del representado; se señalarán otras notas que diferencian a la representación voluntaria de otro tipo de representaciones.

De éste modo apuntamos que la representación voluntaria siempre es renunciabile y el representado puede siempre revocar esa representación con la salvedad de que no se haya estipulado alguna cláusula que impidan la revocación o renuncia a tal representación. La regla general es pues, la señalada primeramente.

Analizando lo expuesto en lo que concierne a la representación voluntaria, advertimos que nos acercamos mucho a un concepto que surge de la esencia misma de la representación, me estoy refiriendo estrictamente al PODER. Así decimos, que toda representación supone o exige un poder, pero no se confunde con éste; ya que el poder es la facultad de representar; en tanto que la representación es ya el ejercicio mismo de esa facultad o el acto por el cual se pone en práctica -- dicha facultad (28). Entonces, Poder es la facultad concedida a una persona llamada apoderado para obrar a nombre y por

(28) - Sánchez Meda! Ramón. Op. Cit. Pág. 308.

cuenta de otra llamada poderdante, teniendo efectos jurídicos activos y pasivos directamente sobre el patrimonio de éste, ya que el apoderado queda completamente ajeno a las obligaciones que deriven de tal acto. También podemos decir que el poder es el camino, el medio, el instrumento o el móvil, para otorgar una representación voluntaria, para no confundirlo con la representación misma que es el ejercicio de la acción, concluyendo que el poder es el medio para llegar a una representación.

Sin embargo, insisto, siempre que exista un poder necesariamente supone como consecuencia la existencia de una representación voluntaria. Para entender mejor el término poder, es necesario señalar diversas acepciones y no incurrir en la confusión de esta figura jurídica con otras.

En primer lugar se entiende por poder, el medio, instrumento o camino por virtud del cual la manifestación unilateral de voluntad de una persona, confiere u otorga facultades a otra para que la represente.

Se puede entender al poder también, como el instrumento, documento público o escrito privado en el que se contienen las facultades que para actuar en su nombre otorga una persona a otra.

De ésta forma, entendemos que el poder implica una manifestación unilateral de la voluntad, y a dicho acto para su otorgamiento es ajeno en cuanto a su perfección, la voluntad o consentimiento del apoderado, y por lo tanto no se re-

quiere ni la comparecencia del apoderado en forma simultánea. Esto quiere decir que no se requiere para el perfeccionamiento del poder ni para su existencia de la presencia conjunta de los interesados en el mismo acto. Podemos señalar el caso de que la persona a quien se le ha conferido facultades, puede ignorar la existencia del poder; en este caso, el poder existe y es válido aunque transcurra el tiempo, pero no surtirá efectos jurídicos mientras el apoderado no lo ejercite.

Por último y para reafirmar lo ya expresado con anterioridad, señalamos que para la existencia de un poder es necesario e indispensable que se confieran u otorguen facultades, ya que si no hay dicho otorgamiento podrá existir alguna otra figura jurídica o algún otro acto jurídico, pero no será poder. Ya habíamos señalado que pueden existir varios grados de facultades y que éstas se pueden limitar; tal es el caso de los poderes generales y los especiales a que hace referencia el artículo dos mil quinientos cincuenta y cuatro del Código Civil para el Distrito Federal.

En el poder de representación debemos distinguir claramente tres momentos unidos, pero claramente diferenciados:

- a).-Oferta de poder.
- b).-El poder de representación propiamente dicho.
- c).-La gestión representativa o ejercicio del poder.

El conferimiento de poder viene a resultar una declaración unilateral de voluntad del poderdante; una autorización en sentido genérico.

El poder de representación es el resultado de esa autorización o conferimiento de facultades en la órbita del apoderado. Este es libre de aceptar o no el poder; mientras no se produzca la aceptación o se ejecute se presenta la imposibilidad práctica de cumplir con el poderdante y los terceros.

El poder, por ser producto único de esa voluntad, existe independientemente de la aceptación del apoderado; existe, pero si no se acepta entendiéndose por ésto su no ejecución, - está condenado irremediabilmente a ser ineficaz.

Al aceptar o ejecutar el poder, debe el apoderado cumplir en ejercicio de sus facultades. El poder de representación trasciende a la esfera de las partes para hacer conocer a los terceros el carácter con el que éste actúa, o sea obrar a nombre del poderdante (contemplatio domini).

Estos tres momentos señalados son de importancia para conocer el alcance jurídico del poder en cada fase por el -- que atraviesa.

Aquí concluye éste capítulo referente a la representación, y al poder como instrumento para conferir ésta. Ya teniendo éstos elementos y conceptos plasmados en los primeros capítulos de éste trabajo, considero pertinente que pasemos al razonamiento de la hipótesis que planteo: La distinción - entre mandato y poder.

C A P I T U L O I I I

DISTINCION DEL MANDATO Y PODER.

- A).-PLANTEAMIENTO.
- B).-ANALISIS COMPARATIVO DE AMBAS
FIGURAS JURIDICAS.
- C).-DISTINCION ENTRE MANDATO Y PO-
DER.
- D).-CONSIDERACIONES FINALES.

El nacimiento de la serie de conceptos: Poder de representación poder en sentido estricto, presupone que la representación es un fenómeno de individualidad jurídica independiente, desligada de las relaciones que le sirven de base.

Como lo expresé en la fase preliminar de éste estudio, el poder no es un accesorio de relación básica para el mandato, sino una relación jurídica absolutamente autónoma, que impreme en un momento dado importancia para la interpretación de la voluntad del principal.

El término Poder, ha sido empleado por los juristas -- con muy distintas significaciones. En el sentido más amplio significa cualquier forma de poder jurídico de disposición sobre el patrimonio ajeno. Ordinariamente, sin embargo, se limita ese concepto al campo de la representación sin que -- por ésto adquiriera una significación fija; a veces designa la facultad de representar a otro con eficacia. En otros casos designa solamente la facultad de representación fundada en la voluntad de un sujeto, o en la declaración emitida por el principal o el documento en que en sí mismo consta ese poder.

En la actualidad se ha pretendido y motivo de éste modesto trabajo distinguir el mandato del poder y en cambio en la antigüedad se identificaban totalmente éstos conceptos. En la actualidad nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal acepta la existencia del mandato sin representación como se desprende del artículo dos mil quinientos cuarenta y seis, -

es decir se define como un contrato que carece de poder de representación. Consecuentemente surge la pregunta ¿En que consiste el mandato con representación y sin representación? ¿Acaso no producen los mismos efectos jurídicos?. Para contestar estas dos interrogantes empezaremos señalando que el mandato con representación puede combinarse con el otorgamiento de un poder, es decir, con una autorización o facultamiento dada al mandatario, que a su vez se convierte en Representante para que celebre el acto jurídico en nombre del mandante. El mandatario queda entonces autorizado para actuar en calidad de representante. Pero la identificación entre Mandato y Poder, resulta totalmente injusta y por eso señalaré someramente algunas observaciones relevantes para colocar a cada uno de éstos conceptos en el lugar que les corresponde.

El mandato es un contrato por el cual una persona se encarga de ejecutar actos jurídicos por cuenta de otro, limitándose a obligar al mandatario sin conferirle representación; no es necesario, pues, que la esencia del mandato reside en poder hacer las cosas en nombre del mandante; en tanto que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral que supone una declaración unilateral de la voluntad de una persona en el sentido de otorgar facultades para hacer suyos de manera directa e inmediata los actos jurídicos que se verificarán en su nombre; el poderdante puede otorgar poder aún cuando su apoderado lo ignore; puesto que el poder sirve ex-

clusivamente para probar a los terceros el fenómeno de la -- representación.

Claro está que el apoderado puede aceptar o no el apoderamiento, puesto que es él quien va a realizar los actos -- que han de recaer en la persona que se lo otorgó y resulta -- responsable, en caso de aceptarlo, de lo que lleve a cabo, -- siempre y cuando no actúe con base en sus facultades independientemente de las relaciones jurídicas que su actuación hagan nacer. Así pues, la confusión entre mandato y poder radica en que el apoderado suele ser al mismo tiempo mandatario del poderdante y éste último poderdante y mandante cuando se celebra un contrato de mandato y se liga a éste un poder para dar representación. De ésta manera si bien es cierto que nuestra legislación al definir al mandato le da el carácter de no representativo, posteriormente confunde el mismo legislador los términos de mandato y poder otorgándole erróneamente la misma concepción jurídica.

Como ya lo señalé, la Doctrina moderna ha tratado de -- separar acertadamente las nociones de Poder y Mandato, el -- mandato viene a ser una figura típica en la que puede o no -- existir el poder de representación; el poder es facultad o -- autorización; mientras que el mandato cobra preeminencia por su carácter autónomo.

La doctrina alemana tiene el mérito de haber distinguido entre ambos conceptos mediante un análisis profundo de los mismos, que ha puesto de relieve su diversidad esencial. Se-

hizo notar que el mandato no es más que el lado interno de la relación jurídica a que nos referimos, mientras que el poder de representación forma su lado externo, el que tiene eficacia respecto a terceros, y que las dos partes son indiferentes entre sí y coinciden por casualidad, pudiendo suceder que haya mandatarios sin representación (mandatarios no apoderados) y representantes apoderados no mandatarios. Esta distinción, seguida y desarrollada por otros, se fué acen- tuando cada vez más, hasta llegar a establecer que se trata de relaciones diversas en su esencia, con requisitos, contenido y eficacias diferentes. Y en verdad, mientras que el mandato surge del acuerdo entre mandante y mandatario, el poder de representación se deriva de la declaración unilateral de la voluntad del poderdante (Representación Voluntaria), declaración que se sobrepone o añade al contrato en que se confiere el encargo y que podría faltar igualmente constituyéndose así un poder, simple, como un negocio abstracto.

Por otra parte, mientras el mandato va dirigida al otro contratante, que la acepta, en la representación el poder se confiere al apoderado para los terceros, para todos aquellos que quieran contraer con el mandante relaciones jurídicas. De donde no resulta posible que exista representación sin que el representante o apoderado conozca el poder que se le ha atribuido.

Las condiciones para que exista el mandato y la representación son por igual causa también distintas; el mandato-

es una relación que nace del concurso de dos voluntades, la del mandante y la del mandatario; la representación brota -- del concurso de tres voluntades: la del representado, la del representante y la del tercero. En efecto, para que se opere el fenómeno de representación se necesita la contemplatio -- dominio (Siguiendo la teoría de la sustitución real de la -- personalidad del representado por la del representante de -- Planiol), y que sugiere el maestro Don Manuel Borja Soriano es decir, la voluntad concorde del representante y el tercero de que los efectos del mandato (que no necesariamente tiene que ser el de mandato) se produzcan directa e inmediatamente para el patrimonio del representado. Es más, los efectos que nacen de cada una de las dos, son diversas. Mientras que del contrato de mandato, por señalar solo un efecto, surge la obligación de uno de los contratantes de poner en ejecución y llevar a buen término el asunto con la diligencia debida, surge una obligación correlativa a la del otro contratante de indemnizar al primero de las pérdidas sufridas, reembolsarle los gastos y pagarle una retribución por el --- cumplimiento del encargo si el contrato se estipuló oneroso. En cambio con el poder surgen facultades que otorga el poderdante para equis persona sin que se estipulen obligaciones - recíprocas para ambos, puesto que el primero manifiesta unilateralmente su voluntad de querer ser representado. Se podría pensar que el poder puede constituir un contrato unila-

teral, aduciendo que engendra obligaciones sólo por una de las partes, lo cual sería erróneo, pues el poder no es un contrato porque no crea ni transmite obligaciones, con el simple otorgamiento, solo es un instrumento que sirve para otorgar facultades y no para obligar contractualmente al apoderado.

El poder es un acto unilateral, el cual se perfecciona con la simple declaración de voluntad de una persona, importando muy poco el que se acepte o no, el que se ejercite o no, por parte de la persona a quién está dirigida.

El jurista Barrera Graf señala al respecto: "El acto o manifestación de la voluntad de una persona constituye el poder o procura". Y agrega "Se trata de un acto o negocio unilateral, pues deriva solamente de la voluntad del representado, y a dicho acto es ajena en cuanto a su perfección la voluntad y consentimiento del apoderado o representante: El poder otorgado es perfecto y nada disminuye a su validez ni a su eficacia, que el apoderado a quien se dirige lo acepte o lo rechace, que ejercite o deje de ejercitar el poder relativo". (1).

El notable jurista Zamora y Valencia en su obra "Contratos Civiles" sostiene la idea de que cuando una persona confiere a otra facultades para realizar cierto tipo de actos a nombre de otra (se refiere lógicamente al Poder de repre--

(1) - Barrera Graf Jorge.-Op. Cit.- Pág. 52.-

sentación) se presume que existe un convenio previo o una relación anterior entre el poderdante y el apoderado, y que si tal relación no existe, señala, que ese acto de otorgamiento sería algo así como un "poder a lo loco". Por lo tanto, continúa, el otorgamiento de ese poder sería un acto atolondrado que no origine consecuencias jurídicas. (2).

Señala el autor que el negocio previo o el convenio -- preexistente entre el poderdante y el apoderado es el negocio subyacente del poder, y ejemplifica el caso de una persona que vende a otra un bien y las partes no desean documentar formalmente el acto por cualquier razón, pueden convenir en que el vendedor otorgue al comprador facultades para que actuando en su nombre pueda éste realizar cualquier acto de disposición, de administración o para pleitos y cobranzas en relación al bien vendido; en éste caso, opina lo cual también estoy de acuerdo el negocio subyacente será en contrato de compraventa.

Como podemos ver, en el supuesto anterior existe un -- poder que no tiene ninguna relación con el contrato de mandato, de ésta manera podemos afirmar inicialmente que existen poderes sin mandato. Acorde con Zamora y Valencia, es usual y común que el poder tenga como negocio previo o subyacente un contrato de mandato, es el caso en que dos personas celebran un contrato de mandato, por virtud del cual una se obli-

(2) - Zamora y Valencia Miguel Angel.-Contratos Civiles. 2a. Edic. Porrúa. Méx. 1985. Págs. 190 y ss.-

ga a comprar para la otra un inmueble, así como a efectuar - pago de contribuciones mientras lo entrega, a conservarlo, a transmitir el dominio del bien inmueble al mandante y a cambio recibir de éste una prestación determinada.

Para que se puedan realizar esos actos, si la intención de los interesados es que se realizan a nombre de la -- primera, deberá otorgarse un poder, éste poder puede otorgarse dentro del mismo contrato de mandato si no se tiene inconveniente en que los terceros conozcan los compromisos de los contratantes u otorgarse por separado. En cualquiera de ambos casos existirá un mandato con poder.

"Pero también existen circunstancias en el que el mandatario debe actuar a nombre propio y por lo tanto no puede otorgarse un poder ya que éste implica necesariamente actuar a nombre del poderdante, un ejemplo claro lo señala Bernardo Pérez Fernández del Castillo (3), mencionando: "Si una persona quiere comprar el terreno de su colindante, pero teme que debido a ésta circunstancia se lo quiera vender en un precio más alto que el normal, celebra un contrato de mandato sin - representación, es decir sin poder, para que el mandatario a nombre propio adquiera el inmueble al precio justo, y posteriormente, en rendición de cuentas se lo transmita".

De lo anterior se desprende el porque de la necesidad de celebrar un contrato de mandato sin poder de representa--

(3) - Pérez Fernández del Castillo Bernardo.-Op. Cit. Pág. 83.

ción, ya que si el actual propietario del terreno supiera -- de la necesidad que tiene la persona interesada de adquirir el mismo, podría despertarse su codicia y vender a un precio más elevado o pretender conservar los bienes y esperar a que se incremente su valor o plusvalía.

Entonces, concluimos que cuando se celebra un contrato de mandato con poder, recibe el nombre doctrinal de Mandato-Representativo, en cambio si ese mandato adolece de poder, - será un mandato no representativo o simplemente: Contrato de Mandato, es decir; si en un mandato se concede representa-- ción, se debe considerar técnicamente que el contrato está - dotado del otorgamiento de un poder, ya que éste es el medio, camino o instrumento necesario para conferir la representa-- ción, y si no se otorga o concede esa representación o facultamiento para actuar a nombre del otro, habrá mandato u otro tipo de contrato, pero no poder. Y es así como el poder como instrumento para conferir representación puede relacionarse de alguna forma con el contrato de mandato, de la misma forma en que puede ligarse con otro tipo de contratos o también ser autónomo, sin relacionarse o sin coexistir con algún contrato lo cual es válido, pero como lo veremos posteriormente, riesgoso, ya que el simple otorgamiento de facultades y la - ejecución de éstos sin un acuerdo previo o relación con-- tractual anterior a dicha ejecución, podría llegar a poner - en una situación de conflicto al poderdante y al apoderado.

Siguiendo el orden establecido que tenemos. El mandato es un contrato, el poder es un acto unilateral de voluntad por medio del cual se confiere una facultad de representar. Mediante el contrato de mandato se crean derechos y obligaciones entre mandante y mandatario; por el otorgamiento del poder, solo se confieren facultades para la realización de actos a nombre del poderdante, no se originan obligaciones o derechos ya que éstos como lo señala Zamora y Valencia, tienen su origen en el negocio subyacente; pero no en el poder. El mandato es un acto que solo interesa a los contratantes, (acto privado), en cambio el poder es un acto público que necesariamente deben conocer las personas que tratan con el apoderado.

En el mandato, el mandatario puede actuar a nombre propio; en el poder, el apoderado solo puede en su ejercicio, actuar en nombre del poderdante. En el mandato, el mandatario solo puede realizar actos jurídicos, en cambio, el apoderado no tiene esa limitación impuesta por la ley y por lo tanto, nada impide que pueda realizar actos materiales. El mandato puede subsistir sin la presencia de un poder, es decir, no está supeditado a la existencia del mismo. El poder puede tener como base un negocio previo que no necesariamente debe ser un contrato de mandato, sino puede ser subyacente de otras figuras jurídicas como se ha demostrado. Por otra parte la facultad de poder representar; puede ser otorgada -

a una persona para que ésta pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante, lo que viene a establecer que pueden existir poderes sin que exista forzosamente un negocio subyacente que le sirva de base para su otorgamiento, pero constituiría un acto jurídicamente intrascendente. Apoyando las ideas de Zamora y Valencia, lo más lógico es que una persona otorgue un poder a otra como consecuencia de un convenio o relación anterior a éste.

Por otro lado, el mandato y el poder no pueden tener conceptual y jurídicamente la misma acepción, pues se dejó claramente establecido que en el mandato lo que debe ejecutar el mandatario deben ser actos jurídicos, y en cuanto al poder por no existir limitación legal alguna, se abre la posibilidad de que éste se otorgue para la realización tanto de actos jurídicos como de actos materiales.

Para reforzar lo anteriormente expuesto, considero necesario reflexionar sobre algunas ideas que nacen del poder y que nos servirán para establecer puntos lógicos comparativos con el mandato.

De ésta manera apuntamos que como el otorgamiento de facultades de un poder es un acto unilateral de voluntad, no genera obligaciones entre las partes, que no existen y solamente pretenden, mediante el ejercicio de las facultades por parte del representado, relacionar jurídicamente al poderdante y al apoderado y después relacionar a través del apodera-

do al poderdante con los terceros. Entonces decimos que el poder es un acto previo que a diferencia de los definitivos - en los que el acto en sí mismo es el deseado por los interesados, en el poder el acto que se desea es el que va a realizar el apoderado en base a las facultades que se le otorgan - pero no será el poder en sí mismo el acto deseado que solo - es el medio para obtener dichas facultades, por lo cual; con el solo hecho de otorgar un poder no existe ninguna obligación por parte del apoderado para con el poderdante ni para con los terceros.

Otro aspecto importante que podemos señalar, es insistir en que las facultades de un apoderado o apoderamiento, - las podemos encontrar unidas a otro negocio que no necesariamente tiene que ser un contrato de mandato, también las podemos aplicar a la comisión, a la sociedad, o contrato de -- prestación de servicios profesionales, etc.

Estas facultades pueden otorgarse en el mismo documento del contrato o por separado, sin que por éste último el poder deje de tener autonomía o se pierda su función, ya que el negocio que da base a su otorgamiento solo regula las -- relaciones internas y que por el hecho de constituir este -- negocio un contrato, presupone automáticamente la existencia de obligaciones de ambos contratantes; por el contrario, el apoderamiento solo tiene como fin el atribuir facultades y - tener la posibilidad de representur por parte del apoderado,

y por no ser en sí mismo el poder un contrato, su otorgamiento no genera en forma inmediata obligaciones recíprocas.

A continuación señalaremos algunos casos en donde el poder se liga a otro tipo de contratos. Tomamos como ejemplo el hecho de la celebración de un contrato de mutuo en donde el mutuante tiene desconfianza o incertidumbre de que el mutuuario no le devuelva el objeto o la cantidad mutuada, entonces, el primero comina al mutuuario para que le otorgue un poder a otra persona para que en su nombre pueda enajenar algún bien determinada, y en caso de que no se cumpla con la obligación principal, con el producto de la venta se le haga el pago al mutuante. He aquí un caso de otorgamiento de poder que se deriva y se liga a un contrato de mutuo y que no es mandato.

Otra situación sería el caso de la constitución de una sociedad, en donde se designa a un administrador general para su representación o manejo administrativo de la misma. Una vez que la asamblea general ha designado a la persona idónea para este cargo, le confiere un poder en donde se le otorgan las facultades que sean necesarias para el desempeño de su función; entonces tenemos otro caso en donde el poder se liga a otro tipo de negocio y que no constituye un mandato.

Ya que hemos hablado de las diferencias que existen entre mandato y poder y de las relaciones que éste último pue-

de tener con otro tipo de contratos, sería conveniente señalar la factibilidad de que se pudiera otorgar un simple poder, así, nada más, que no fuera consecuencia o relación - causal de un contrato.

Yo en lo particular considero que sí es factible otorgar un simple poder o un documento en donde se le otorguen - facultades a una persona para que realice ciertos actos a -- nombre de otra persona, y que la ejecución de éste poder sí origina consecuencias jurídicas; no confundamos el hecho de que el acto de otorgamiento de un poder no origina consecuencias jurídicas "per se" o ipso facto, no, lo que origina --- consecuencias jurídicas es la ejecución de éste; y éstas --- consecuencias jurídicas pueden darse en relación con los terceros, y con el mismo poderdante. Pero coincido con el Licenciado Zamora Valencia en que éste otorgamiento de facultades en éstas condiciones, no tienen una base sólida que proteja verdaderamente los intereses de ambas partes que intervienen en éste acto de apoderamiento, y sería verdaderamente riesgo otorgar facultades de representación si previamente no -- hubo un acuerdo o concertación de voluntades en donde se establecieran las condiciones que debieran regir la conducción, obligaciones, derechos y conductas contractuales anteriores y posteriores a la ejecución de los actos para los cuales se confirió apoderamiento.

Entonces, si no existe éste acuerdo previo y solo se -

faculta, estaremos en presencia de un simple poder, y si por el contrario existe una concertación previa al otorgamiento del mismo, estaremos en presencia de un contrato, relación causal o subyacente que da base, solidez y seguridad jurídica a éste otorgamiento.

Es más, considero que en lo antes expresado nos estamos refiriendo al caso en donde una persona otorga facultades a otra para que lo represente y el que otorga ésta representación manifiesta ésta voluntad y pone en manos del apoderado el documento en donde se plasman las facultades requeridas por él y éste último esté conciente de las consecuencias jurídicas que se van a originar y de los compromisos que va a contraer.

Pero situemonos en otro lado, en donde el poderdante tiene solo la intención de celebrar algún acto jurídico. Por ejemplo: Julio es el posible comprador de una operación de compra-venta y por la imposibilidad de trasladarse hasta el lugar en donde se encuentra el bien inmueble, objeto de la operación, va con el notario y otorga un poder en donde faculto a Ernesto para que adquiera en su nombre y representación ese bien que para efectos de éste caso se trata de un departamento. Sin embargo, por esos días Julio adquiere otros compromisos y se da cuenta que en ese momento no tiene posibilidades económicas de adquirir y guarda en su archivo el documento o poder.

Por equis circunstancias Ernesto encuentra el documento o poder y se da cuenta de su contenido; y haciendo uso de sus facultades se traslada hasta el lugar en donde se va a realizar la operación de compra-venta y lo adquiere, a nombre del poderdante.

Surge la duda de si Ernesto puede exigirle a Julio que le pague el precio que pagó por el departamento, así como -- una retribución económica por su desempeño y demás gastos -- realizados; y si el hecho de que se le haya otorgado un poder a Ernesto obliga al poderdante como si hubieran contratado -- entre ellos.

Desde mi particular punto de vista considero que el -- poderdante no está obligado a pagar por los actos de representación que se efectuaron en su nombre, puesto que Julio -- ni siquiera dió instrucciones para ello. No existe por lo tanto, obligaciones para ninguno de los dos, puesto que el -- simple otorgamiento del poder no genera consecuencias jurídicas; su ejecución sí pero en cumplimiento de una obligación legal contraída con anterioridad al ejercicio de facultades.

De lo anterior se desprende otro problema: Si Ernesto -- contrató a nombre de Julio, lógicamente la propiedad del -- bien inmueble adquirido repercute directamente en el patrimonio del poderdante acrecentandolo, y existirá por lo tanto un enriquecimiento ilegítimo, de tal modo, que puede alegarse este enriquecimiento por parte de Ernesto para obligar a --

Julio a que lo indemnice de daños y perjuicios, o en su caso, que le transmita la propiedad del bien inmueble. Pero -- aclararemos que ésta obligación para el poderdante surge como consecuencia de la acción y no del poder otorgado.

También pueden surgir problemas con el otorgamiento de un poder, como es el caso siguiente: Una persona otorga un poder a otra, y sin más explicaciones solamente le dice: -- " Ejecutalo en los términos que señalo". El apoderado entonces, se percató de que en el poder conferido le otorgan facultades para enajenar un bien inmueble; el apoderado en uso de esas facultades enajena el bien al precio que a su juicio le parece justo, consiente en que el pago producto de la venta se efectúe a plazos, etc., etc. De ésta manera una vez -- realizada la operación le rinde cuentas al poderdante y le cobra cierta retribución por su desempeño; pero resulta que el poderdante no está de acuerdo con las condiciones en que el apoderado enajenó el bien inmueble, y alega además que la cantidad que le pide el apoderado como retribución le parece injusta.

En éste caso que planteo existe un verdadero conflicto legal, pues la ley impone obligaciones y otorga derechos al mandante y al mandatario, pero no señala nada respecto a las obligaciones internas que se originan por el otorgamiento y ejecución de un simple poder; ni tampoco se regulan las relaciones externas entre poderdante y terceros que se vinculan

en forma directa en virtud de que el acto jurídico se realizó en nombre del primero.

Por todo esto, considero muy riesgoso otorgar un poder en las condiciones señaladas, pues pensemos que si el poderdante y el apoderado previa la ejecución del poder hubieran acordado respecto de las obligaciones y derechos a que cada uno estaría sujeto (caso en el cual podríamos traducirlo en contrato de mandato), se hubieran evitado ambos verdaderos problemas de tipo legal. Es por esto que generalmente se sugiere que no se otorgue un poder en esas condiciones, pues independientemente del grado de confianza que se pueda tener; está primero la seguridad jurídica. Por lo tanto, se torna un tanto necesario el que cuando se desee que una persona celebre actos jurídicos a nombre de otra, primero se garanticen las condiciones, derechos y obligaciones y después según la voluntad del mandatario otorgue o no representación mediante el documento multicitado. De esta manera se presentan dos alternativas; la primera que es la celebración de un contrato de mandato en donde el mandatario, si no se le ha facultado para ello no tendrá ni el derecho ni la obligación de representar al mandante; la segunda alternativa la constituye el otorgamiento de un poder con base en un contrato de mandato o en otro tipo de contrato como ya lo he señalado pero que sirva de base para su otorgamiento. Si pensamos en una tercera alternativa la constituiría el otorgamiento de un simple poder, con los riesgos que esto implica, pues como

lo he expresado en un momento dado no contaría con una base sólida que de fuerza legal al cumplimiento de las relaciones internas contraídas, sin olvidar que éstas obligaciones serían diversas a las que emanaran en virtud del poder que llamaríamos relaciones externas, es decir las primeras relaciones solo tienen efecto para los contratantes y nada interesan a los terceros, en cambio el poder que genera relaciones externas es un acto ostensible o público que va dirigido especialmente a los terceros con los que va a relacionarse el apoderado.

Como último punto de éste capítulo considero necesario reafirmar algunos datos que ya se han señalado pero por su importancia se volverán a expresar. Así entonces, decimos -- que en el mandato los actos que se realizan por cuenta del mandante por así disponerlo la ley, deben ser necesariamente actos jurídicos, a diferencia del poder que por no existir limitación alguna en la ley puede servir tanto para la realización de actos jurídicos como materiales.

El poder, dijimos, es el instrumento para conferir la representación, pero el acto de otorgamiento de un poder no significa que la representación opera automáticamente. El -- poder supone una representación, pero esta no opera sino hasta el momento en que éste se ejercite. La representación exige un poder, no un mandato y no debe de confundirse con éste; pues como afirma Sánchez Medal, el poder es la facultad de -

representar en tanto que la representación es ya el ejercicio mismo de esa facultad. Entonces quienes señalan que el mandato tiene como función natural la de representar están en un error, pues el mandato nada tiene que ver con la representación; puede ligarse a ella en un determinado momento, pero es un contrato autónomo con características propias; y aunque desde un punto de vista del lenguaje cotidiano puede considerarse que el mandato es un encargo, ésto en la técnica jurídica no es así, pues el mandato como contrato presupone el acuerdo de voluntades necesariamente para que se considere como tal, y el poder como medio para conferir representación, presupone una manifestación unilateral de voluntad y que es perfecto en cuanto a su existencia independientemente del conocimiento que se tenga del mismo así como de su aceptación.

La figura del mandante y del mandatario surge del mismo contrato de mandato, en donde el segundo si no se ha convenido otra cosa, sólo actúa en interés del mandante y siempre a nombre propio, para en un momento dado salvaguardar los intereses del primero. Esa es la finalidad del mandato.

Con el poder, el apoderado siempre actúa a nombre del poderdante y está obligado a hacer del conocimiento del tercero su calidad de apoderado.

Por lo tanto la representación voluntaria se manifiesta

ta directamente en el poder, más no en el mandato, y siendo diversas las construcciones jurídicas de ambas figuras, nos confirma la hipótesis de que el mandato y el poder técnica y jurídicamente no constituyen lo mismo.

C A P I T U L O I V

CONFUSION LEGAL DE TERMINOS.

- A).-ANALISIS DEL CODIGO CIVIL DEL
ESTADO DE JALISCO.
- B).-LA NECESIDAD DE UNA MEJOR RE--
GLAMENTACION.

Toda vez que ya se han estudiado los conceptos de Mandato y Poder, inicio el cuarto y último capítulo de este trabajo en donde realizaré un análisis del Código Civil del Estado de Jalisco, que a mi parecer en el capítulo "del mandato" el legislador confunde o mezcla en algunos casos las figuras del mandato y del poder. También haré referencia a algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, para lo cual, aclaro, que cuando me refiera al Código Civil de Jalisco emplearé las siglas C.C.E.J., y cuando me refiera al Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal emplearé las siglas C.C.D.F.

En el Código Civil del Estado de Jalisco, se reglamenta al mandato en el libro IV de la parte segunda: "de las -- diversas especies de contratos", y en el título noveno se -- señala: "del mandato" y lo encuadra dentro de seis capítulos que abarca desde su concepto hasta su forma de extinción.

Analizando algunos artículos de éstos capítulos de referencia me pude percatar que el legislador confunde tanto gramatical como técnicamente las figuras jurídicas de poder y mandato. El mismo legislador encuadra al poder dentro de -- los contratos siendo que éste no es un contrato propiamente, ni un contrato unilateral, es una declaración unilateral de -- voluntad y que existe independientemente del mandato.

Ya he señalado anteriormente las diferencias substanciales y las posibles relaciones entre poder y mandato, pero

éstas figuras ya no deben confundirse ni en la doctrina ni en la legislación vigente.

El C.C.E.J., en su artículo 2467 señala a la letra: -- "El mandato o procuración es un contrato por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa".

Esta definición tiene como antecedente el artículo 1984 del Código Civil Frances y que es criticada por las razones siguientes:

a).-Se utilizan como sinónimos dos conceptos diferentes: El mandato que es un contrato y el documento en que -- antiguamente se hacía constar tal contrato o sea la procuración.

b).-Si se clasifica al mandato como un contrato, estamos hablando de un acuerdo de voluntades, es decir, una relación bilateral. Pero la definición nos señala: "Contrato por el cual una persona da a otra la facultad.....", entonces - observamos que el hecho de que una persona da a otra facultades, contempla una declaración unilateral de la voluntad, y - ésto nos acerca indudablemente al concepto de poder, entonces ya existe hasta ahora un problema: Se define al mandato como contrato (acuerdo de voluntades que da nacimiento a obligaciones en forma inmediata) o como declaración unilateral de voluntad para facultar, lo cual se traduce para efectos de - éste estudio en poder.

Si negamos que la definición se refiere al poder y --- afirmamos que se refiere al mandato, entonces porque continúa el precepto diciendonos que las facultades que otorga una--- persona son para que se haga a su nombre alguna cosa.

Indudablemente que el Código Civil vigente ha considerado como elemento de definición a la representación y no admite el mandato no representativo. Error del legislador el dar características de representatividad al mandato como parte de su naturaleza misma atentando de ésta manera a la naturaleza jurídica que lo constituye. El mandato, insisto no es representativo, puede llegar a serlo en virtud de un poder, pero se nota claramente que el legislador al definir al mandato - más bien definió al poder por las siguientes razones, amén - de las ya enunciadas: Conforme al artículo 2467 anteriormente transcrito el mandatario, dice se obliga a ejecutar alguna cosa, por lo tanto quedan incluidos en esta figura jurídica los actos materiales y los actos jurídicos.

En lo particular opino que la definición más acertada del contrato de mandato y que debería adoptar el C.C.E.J., - es la que se indica en el Código Civil para el Distrito Federal al señalar en el artículo 2546: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga." Esta definición señala una obligación que surge como consecuencia del contrato; una ejecución por cuenta del mandante lo que-- significa una no representación; y se limita esta ejecución-

a la realización de actos jurídicos exclusivamente. Por otra parte en el C.C.E.J. se tienen como elementos de definición del mandato: El dar facultades con objeto de representar, el que se actúe a nombre de la persona en ejercicio del poder y por último lo que se realice puede ser cualquier cosa según la definición, es decir, actos jurídicos o actos materiales; éstos últimos actos no originan consecuencias jurídicas, y - la realización de los mismos es válida por no existir limitación legal.

A mi parecer, considero que la definición que nos da el C.C.E.J., es incorrecta, en virtud de que de ella se deriva la posibilidad jurídica de realizar cualquier cosa que se nos ocurra. El legislador, al observar esta laguna jurídica, pretendió proteger éste elemento en cuanto a lo positivo o negativo del hecho y no en cuanto a las consecuencias jurídicas que se originan, estableciendo en el artículo 2469: "pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado". -Pero nos preguntamos-¿Porqué el legislador no señala como elemento de definición el que los actos que se realicen deben ser exclusivamente actos jurídicos?. Considero que éstos tienen mayor relevancia en el contrato ya que son susceptibles de atribuirles consecuencias jurídicas, en cambio; al dejar abierta la posibilidad de que las cosas que se realicen puedan ser actos materiales, éstos no interesan al derecho, pues-

to que no originan consecuencias jurídicas.

Considero que el artículo en donde se conceptúa al mandato debería de señalar contundentemente la función de éste y que se corrijan las deformaciones existentes tomando como base a la doctrina y a la legislación civil que propongo.

Por otra parte, el legislador de Jalisco confunde los elementos de definición del mandato con los del poder al --- considerar a la representación de la naturaleza misma del -- mandato, retrocediendo al antiguo concepto de mandato en --- donde la representación era elemento natural del mismo y que en la actualidad la doctrina ha considerado incorrecto y - - absurdo el identificar a la representación como algo que se deriva de la acción misma del mandato.

El actuar a nombre de una persona implica una representación, y el instrumento idóneo para otorgar esa representación es el poder, por eso considero que la definición que -- más se apega a la doctrina moderna es la que nos señala el - C.C.D.F., al señalar primeramente que el mandato sirve para encargar la realización de actos jurídicos, en segundo término que éstos actos se realizan por cuenta del mandante, ex-- cluyendo la representación en ésta figura y en tercer lugar se habla de una obligación inmediata que nace como consecuencia del contrato o acuerdo de voluntades, situación distinta a lo señalado en la definición del Código de Jalisco, en donde una persona otorga a otra facultades para que actúe a su-

nombre, teniendo presente que el simple facultamiento en el poder no genera obligaciones inmediatas puesto que emana de una declaración unilateral de voluntad; por lo tanto, tal -- definición dista mucho de conceptuar al mandato como contrato y mucho menos de considerarlo no representativo, parece -- más bien que se definió al poder de representación con leve característica de mandato.

Por otro lado, recordemos que la representación puede ser legal o voluntaria atendiendo a lo establecido en el -- artículo 1721 del C.C.E.J., que dice a la letra: "El que es -- hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de -- otra persona debidamente autorizada", y el artículo 1722 se -- ñala: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar -- autorizado por él o por la ley"....

Por lo tanto, el mandato, si se considera representa-- tivo como es el caso del artículo 2467 del C.C.E.J., que -- otorga facultad para hacer en nombre de otro alguna cosa, -- considerando que toma como base a la representación volunta-- ria y al poder como instrumento idóneo de ésta; en consecuen-- cia el artículo 2467 del C.C.E.J., maneja el concepto de man-- dato, representación y poder, indistintamente como ya lo he-- demostrado con antelación.

Señala el artículo 2468 en su párrafo tercero: "Los -- terceros no podrán exigir al mandatario su representación si-- no cuando haya aceptado especialmente para el acto de que se

trate, aceptación que puede ser expresa o tácita, entendiéndose ésta última por la ejecución de cualquier acto en el -- negocio, en ejercicio del mandato".

En cuanto a lo último se refiere, me parece correcto -- que cualquier acto en ejecución del mandato implique una -- aceptación tácita, pues el mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, y mientras ésta aceptación no se -- de, el mandato es imperfecto. En cuanto al primer punto del -- artículo antes transcrito me parece erróneo el que se señale que los terceros no podrán exigir representación al mandatu -- rio, pues si nos situamos en la postura de que el mandato -- por naturaleza jurídica no es representativo y que el manda -- to regula las relaciones internas entre mandante y mandata -- rio, los terceros nada tienen que exigir a éste último aún -- cuando ya haya aceptado el mandato. Los terceros podrán exi -- gir al mandatario su representación solo cuando a éste se le ha conferido un poder, y al ejercitarlo, el tercero quiera -- saber con quien va a relacionarse jurídicamente en forma di -- recta; además, no olvidemos que al ejercitarse el poder sur -- ge la obligación del apoderado de demostrar a los terceros -- el carácter con el que actúa (contemplatio domini), para no -- incurrir en responsabilidades posteriores. Consecuentemente -- es la primera parte del párrafo en estudio se hace referen -- cia evidente al mandato representativo u ostensible.

Considero que se debería modificar éste artículo y es --

tablecer únicamente lo concerniente al perfeccionamiento de éste contrato, excluyendo el elemento "representación". Su--
giero que éste artículo se redacte de la siguiente forma: --
"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser tácita o expresa. --
Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato".

La anterior redacción fué tomada del primer y tercer párrafo del artículo 2547 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 2472 del C.C.E.J., en su fracción II señala la "El mandato escrito puede otorgarse: Fracción II.-En escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia....." En la parte transcrita observamos que el mandato puede constar en escrito privado, con la obligación de que sea firmado por el otorgante, y dos testigos y ratificadas las firmas, de tal modo que se atenta contra lo dispuesto por el artículo 1755 del cuerpo normativo antes señalado que nos dice: "cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por -- todas las personas que en el acto deban intervenir....."

Consecuentemente considero que el legislador al plasmar en la ley la obligación de que cuando el mandato conste en escrito privado éste deba ser firmado por el otorgante y no incluye esa obligación también para el aceptante, además de-

atentar en contra de lo dispuesto para la forma escrita de los contratos en general, nos conduce a la idea de que lo anterior se derivó de una confusión entre mandato y poder, si -- consideramos que el acto de otorgamiento de un poder, el documento solo lo firma quien lo confiere, situación distinta al contrato de mandato que al otorgarse en forma escrita, sea -- en escritura pública o en escrito privado, por ser éste un -- contrato y atendiendo a las reglas generales de los contratos, éste debe ser firmado por todas las personas que intervienen en el acto, salvo que la aceptación sea tácita.

Creo que es necesario reformar éste artículo, con el -- fin de evitar confusiones y desapego a las normas de carácter general que se relacionan directamente con éste precepto. De acuerdo a mi criterio, el citado artículo podría quedar ya -- reformado de la siguiente manera: "El mandato escrito puede -- constar: II.-En escrito privado, firmado por los contratantes y ratificadas las firmas ante notario público, juez de -- primera instancia, etc., etc.....".

Por otra parte, el mismo artículo 2472 en su fracción -- tercera señala que el mandato escrito puede otorgarse en -- Carta-Poder, sin ratificación de firmas.

Una vez más, encontramos a las dos figuras jurídicas -- que hemos venido analizando, y que el legislador vuelve a -- confundirse claramente en la fracción transcrita. Me parece -- incorrecto que al documento privado en donde conste un con -- trato de mandato se le denomine con el nombre de Carta-Poder.

A mi juicio opino que la Carta-Poder debe operar exclusivamente en el caso en que se quiera otorgar un poder de representación, a éste documento si se le podría llamar Carta-Poder, de hecho, en la práctica cuando se desea conferir facultades de representación para la realización de un acto y que no se requiere que el poder se otorgue en escritura pública, el poderdante en escrito privado otorga dichas facultades, a éste documento se le denomina comunmente Carta-Poder.

El escrito privado en donde se confiere un contrato de mandato sin ratificación de firmas, se le podría llamar Carta Privada de Mandato o Contrato Privado de Mandato, pero no Carta-Poder, pues éste implica aceptar que el mandato es un poder o que el mandato se confiere en un poder, lo cual en la técnica-jurídica es inaceptable.

He aquí otra confusión legal de ambas figuras jurídicas. Cuando el Código Civil de Jalisco indica en el artículo 2474: "El mandato puede ser general o especial y que son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2475, y en ese artículo no se refiere a los mandatos, sino a los poderes, hay que llegar a la conclusión lógica -- que la expresión "Mandato" al inicio del artículo, no está tomada en su acepción contrato, sino en la de encargo, y ésta como acto unilateral, se confunde con la expresión "Poder", de ésta manera le parece congruente al legislador la redacción de ese artículo con el contenido del siguiente.

El mandato no es general ni especial, el mandato como contrato tiene un objeto indirecto que es la realización de actos jurídicos y tiene como límite la voluntad de los contratantes. Son generales o especiales los poderes de acuerdo a la ampliación o restricción con que se quieren otorgar o conferir las facultades o el objeto, de ésta manera tenemos que los poderes pueden ser judiciales, para actos de administración y para actos de dominio, si en el poder se dice que es general, bastará que se den con ese carácter para que se tengan todas las facultades sin limitación alguna de lo que trate el mismo; si es especial el poder, se tienen que señalar el o los actos concretos que constituyen el objeto del mismo para que se considere como tal; si es limitado, deberá señalarse el alcance de las restricciones a las facultades generales conferidas.

En consecuencia, el legislador erróneamente le da el carácter de especial o general al mandato, producto de una confusión en la acepción jurídica del mandato y tuvo la intención evidente de regular al mandato, pero en realidad lo que reguló fué al poder, bastenos con analizar los preceptos establecidos en los artículos 2474 y 2475.

En vista de que éstos dos artículos se refieren al poder y no al mandato, sugiero la creación de una reglamentación para el poder como el instrumento que es para conferir u otorgar una representación voluntaria y trasladar a dicha reglamentación los dos anteriores conceptos.

Por otra parte, si la ley hace referencia a la existencia de poderes generales y especiales me pregunto ¿Que forma deben revestir éstos para su otorgamiento si la ley es omisa en ese aspecto? además; si la ley no prevé la forma de otorgamiento de un poder; como podrá éste unirse al mandato para que éste se torne representativo? y por último ¿Por que la ley siendo omisa en el aspecto de referencia regula en algunos preceptos al mandato representativo como lo veremos posteriormente?. Surgen éstas dudas en base a los artículos - - 2471, 2472 y 2473 del C.C.E.J., que señalan expresamente la forma que debe revestir el mandato únicamente.

Por lo pronto y de acuerdo al Código Civil vigente del Estado de Jalisco, vemos una vez más como el legislador regula al poder y al mandato indistintamente. En algunos casos - los preceptos legales que se expresan corresponden efectivamente al mandato, pero en otros preceptos lo que se regula - corresponde indudablemente a la figura jurídica del poder y que nada tiene que ver con el mandato, siempre tomando en -- cuenta que por definición y naturaleza el mandato no es representativo, aunque si bien es cierto pueden llegar a relacionarse ambas figuras en el caso del mandato representativo, pero como el poder también puede ligarse a otro tipo de contrato distinto del mandato, insisto en que debe regularse en

un capítulo por separado, definiéndolo, señalando su objeto, su función, la forma de su otorgamiento y las relaciones jurídicas que emanan con su ejecución.

Señala el artículo 2476 del C.C.E.J.: El mandato debe otorgarse en escritura pública:

I.-.....

II.-Siempre que sea general.

III.-.....

En cuanto al artículo que antecede, considero desde mi humilde punto de vista que se debería suprimir la fracción - II, ya que situandonos en la postura que sostengo en el presente trabajo, me atrevería a afirmar que resulta inoperante primeramente por que como ya afirmé solamente es general o - especial el poder. Es más, aún cuando en el contrato de mandato se otorgaran facultades para la realización de un o unos actos jurídicos por cuenta del mandante, ésto no cambia en - esencia al contrato de mandato, conservará sus propias características y no variará substancialmente. Entonces, considero que la fracción segunda opera para el caso en que se reglamentara el poder.

El artículo 2478 C.C.E.J., establece: "La omisión de - los requisitos establecidos en los artículos que preceden -- anula el mandato, y solo deja subsistentes las obligaciones - contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y

el mandatario como si éste hubiese obrado en negocio propio.

Los artículos que anteceden se refieren a la forma del Contrato de Mandato, de lo cual podemos decir que la primera parte del artículo 2478 concuerda con lo dispuesto en el artículo 2149 del Código Civil vigente de Jalisco, que sanciona con nulidad relativa la inobservancia de la forma. La parte final del artículo en estudio lo podemos criticar en virtud de que el legislador nos hace suponer que el tercero intentaba obligarse directamente con el mandante como si se tratara de un acto representativo, y declara ligado al mandatario con el tercero que procedió de buena fe como si hubiese, dice, obrado en negocio propio, siendo que la naturaleza del contrato no admite dudas, pues el mandatario queda efectivamente ligado al tercero por obrar a nombre propio.

El artículo 2491 señala: "El mandatario tiene obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder".

De éste artículo, podemos interpretar que la ley obliga al mandatario a restituir todo lo recibido, en virtud de una representación, y como se desprende del artículo 2492; - aún cuando ella no fuese debido al mandante, entendiéndose - que éstas sumas u objetos no pueden permanecer en sus manos - porque no las ha recibido para él, sino para su mandante.

Yo, en lo particular considero, que conforme a la re--

dación de éste artículo, el legislador tomó las figuras del mandato y del poder y las mezcló para darles la misma configuración, reduciéndolas, tal vez, a un solo concepto: Mandato Representativo.

Esto es incorrecto, porque la obligación de restituir es aplicable también al mandato no representativo, por lo -- que opino que se debería cambiar en éste artículo la palabra poder por la de mandato, con el propósito de evitar una mala aplicación e interpretación jurídica.

El artículo 2495 expresa: "El mandatario general si no se le ha prohibido, y el especial si expresamente se le ha -- facultado para ello, podrán otorgar poderes particulares para un acto determinado o substituir en todo o en parte su -- mandato; entendiéndose que la facultad para otorgar poderes-- o hacer substituciones implica la de revocar unos y otras".

En el análisis del presente artículo podemos dilucidar claramente que el caso de referencia está dirigido a los --- apoderados generales y a los especiales; ya que son ellos y no los mandatarios, como se señala, los que podrían otorgar-- poderes particulares; o substituir en todo o en parte su poder y no su mandato.

Pensamos el caso que una persona otorgue un poder sin-- mandato a otra como consecuencia de administración de una -- nueva Sociedad Anónima ¿Como podría el apoderado substituir--

en todo o en parte su mandato tal y como lo señala la ley si éste contrato no existe?

El presente artículo también deberá reformarse y trasladarse a un capítulo especial para regular el poder, así -- como los artículos 2496, 2497, 2498 y 2499 en el mismo sentido, por ser congruentes y estar directamente relacionados.

En el análisis del artículo 2505 podemos encontrar una situación que relaciona una vez más al mandato y a la representación. Así, éste artículo expresa: "El mandatario no --- tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante a no ser que ésta facultad se haya incluido también en el poder".

Podemos observar que en éste artículo el mandato toma al poder, ya que varios elementos nos hacen suponer que el artículo de referencia regula las relaciones que emanan del Mandato Representativo, tales como: El que las obligaciones contraídas por el mandatario son a nombre del mandante y el que se conceda acción expresa en el poder. La redacción es correcta, en virtud de que el vínculo jurídico se establece entre el Mandante y el tercero, pero en un momento dado se necesitaría crear un artículo en sentido opuesto para la acción que tiene el Mandatario en el Mandato No Representativo.

La parte última del artículo nos dice que dicha facul-

tad puede incluirse en el poder, lo cual es válido para el caso en que el mandato fuese representativo, pero es conveniente hacer notar que la Legislación Civil de Jalisco en el título relativo al mandato, no hace mención expresa de que el mandato puede ser representativo, aunque sea en forma indirecta o que admita la posibilidad de que el mandatario pueda actuar a nombre del mandante. Viene esto a colación ya que algunos preceptos regulan al mandato representativo y otros al mandato no representativo.

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 2560 admite cuando menos la posibilidad de que el mandatario actúe a nombre propio o a nombre del mandante, pero salvo convenio celebrado entre él y el mandante. Entonces tenemos la base para constituir el mandato con Representación, por consiguiente, se torna necesaria la inclusión de éste precepto en el C.C.E.J., con la sugerencia de que se redacte de la siguiente forma:

"El mandatario, si se hubiese convenido con el mandante, podrá desempeñar el mandato a nombre de éste mediante el otorgamiento de un poder, atendiendo a lo establecido para la forma de éste último".

El capítulo V del título Noveno se denomina "Del mandato judicial". El mandato judicial consiste en la celebración de un contrato parecido a un contrato de prestación de servicios profesionales de una persona equis con un licenciado en

derecho, con cédula profesional o abogado. La mayoría de la doctrina lo define como el contrato por el cual una persona llamada Mandatario se obliga a ejecutar actos jurídicos procesales en nombre y por cuenta del mandante.

Generalmente éste mandato va unido a un poder (Poder Judicial), en virtud de que tratándose de actos jurídicos -- procesales; el abogado o procurador (procuratio = Poder) prefiere excluirse de toda responsabilidad y de afectación tanto en su persona como en su patrimonio, haciendo recaer de esa forma todas las consecuencias jurídicas en forma directa en la persona y patrimonio del representado. Además el procurador necesita facultades especiales para el ejercicio de ciertos actos procesales, los cuales están numerados en el artículo 2510 que dice: El procurador no necesita poder o cláusula especial sino en los casos siguientes: I.-Para desistirse, II.-Para transigir, III.-Para comprometer en árbitros, IV.-Para absolver y articular posiciones, V.-Para hacer cesión de bienes, VI.-Para recusar, VII.-Para recibir pagos, VIII.-Para los demás actos que determine la ley.

Quando en los poderes generales se desee conferir alguna o algunas de las facultades acabadas de enumerar, se -- observará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo -- 2475.

Una vez expresado lo anterior, podemos separar dos -- elementos: El mandato que es el contrato que va a regir las-

relaciones internas entre el interesado y el profesionista y el poder que es el documento en donde se consignarán las facultades especiales que para ciertos actos procesales obligatoriamente deben poseerse. Sin embargo, la ley no define al mandato de tipo judicial como contrato que es, solo nos indica la forma que debe revestir y después solo se limita a señalar que el abogado necesita poder en los casos previstos expresamente; y nos remite al artículo 2475 que nos habla de los poderes generales judiciales.

Si atendemos a la omisión de la ley en lo que respecta a la definición del mandato judicial y la regulación evidente del poder general y especial judicial, se nos sitúa en una confusión de términos pues podríamos pensar que mandato judicial y poder judicial constituyen la misma figura jurídica cuando en realidad no es así.

Enfocandonos en lo que sería el contenido de un mandato judicial, podemos decir que en este contrato se convendría cuanto el interesado y el profesionista quisieran, Vgr. el acto jurídico de que se trate, la obligación del mandatario de salvaguardar los documentos públicos o privados que el mandante pusiera bajo su custodia, los honorarios del mandatario, la obligación del mandante de reembolsar los gastos ordinarios y extraordinarios que se causen a su instancia, fijar plazo para el cumplimiento y duración del mismo; y en fin cualquier otra condición procedente que consintieran.

Las anteriores consideraciones son de relevante importancia porque al ser la ley omisa y confusa en cuanto a la forma y contenido del mandato judicial, se crea la necesidad de una mejor reglamentación para no dejar lagunas en la ley; y evitar frustración alguna en el verdadero objetivo que se persigue en éste capítulo.

El artículo 2511 señala: El procurador aceptado el poder, está obligado.

Fracción III.-A practicar, bajo la responsabilidad que éste Código impone al mandatario, cuanto sea necesario para la defensa de su poderdante,.....

Bastenos preguntar al respecto ¿Porque someten al apoderado a los casos de responsabilidad establecidos para el mandatario cuando éste solo es responsable si actúa con violación o exceso del encargo recibido en el contrato de mandato (artículo 2486)? Considero que éste artículo regula una obligación derivada del poder y no se establece en forma clara si surge la misma obligación para el caso del mandato judicial, que posiblemente pueda regularse con las obligaciones estipuladas para el caso de un mandato común y corriente.

Por otro lado observamos que en el artículo 2511 se nos habla de una aceptación del poder y en el artículo 2512 de una aceptación del mandato, lo que origina una situación que no se distingue claramente.

El artículo 2514 nos expresa la representación del procurador lo cual nos confirma la hipótesis de un otorgamiento de poder. En el mismo sentido éste artículo en su fracción - primera y segunda nos señala los casos en que cesa la representación del procurador como son, el separarse del poderdante de la acción u oposición que haya formulado; y por haber terminado la personalidad del mismo; pero en la fracción - tercera se señala el que el mandante transmita a otro sus derechos sobre la cosa litigiosa. Lo anterior nos hace pensar que el tratamiento de éste artículo se enfoca directamente - al poder o bien, al tratamiento del mandato judicial; una -- vez más se integran éstas dos figuras originando ciertas dudas.

El artículo 2515 nos habla de la substitución que el - procurador hace de su poder, lo que confirma lo que ya es -- señalado sobre la substitución de los poderes.

Por último el artículo 2518 nos señala el caso de irrevocabilidad del mandato, lo cual para efectos de éste título es correcto, sin embargo en el segundo párrafo de éste último artículo en estudio se señala que en caso de irrevocabilidad del mandato tampoco puede el mandatario renunciar el - poder. Nótese como se aplica en forma errónea los conceptos de mandato y poder, ya que se nos da a entender que el mandatario sea el mandato revocable o irrevocable, tiene conferido un poder de representación, atentando una vez más contra la naturaleza jurídica del mandato.

Como comentario final a éste capítulo, podemos afirmar que presenta confusiones evidentes que no nos permiten establecer la función independiente del mandato judicial, desubicándolo del lugar que le corresponde; por la aplicación de figuras que se relacionan con él, pero que no se desprenden de su naturaleza misma. El legislador en los preceptos que fueron objeto de crítica en éste estudio confundió a estas figuras; y en algunos casos en donde tal vez nos pareció que el legislador aparentemente tenía conocimiento de la función de cada una de ellas, simplemente no hizo una aplicación adecuada de las mismas, alterando sistemáticamente la comprensión e interpretación de este cuerpo normativo.

Para dar una solución al problema que engendra y expresa la Legislación Civil de Jalisco, considero necesaria la creación de un capítulo para regular al poder como instrumento autónomo e independiente para conferir la representación voluntaria. La regulación del poder daría la posibilidad de que otras figuras jurídicas además del mandato, se pudieran relacionar con éste, ya que como dijimos, el poder puede coexistir con figuras como la sociedad, el condominio, el fideicomiso, etc.

Por otro lado, considero necesaria la eliminación de algunos preceptos que se consagran dentro del capítulo del mandato, por estar fuera de lugar, y que en realidad regulan al poder. En lo que se refiere al mandato, se debería seguir un ordenamiento lógico y congruente, lo que equivale a decir que el título Noveno de la parte segunda del Libro Cuarto -- del Código Civil de Jalisco, debe de regular al mandato atendiendo a su naturaleza jurídica, es decir, el mandato sin representación; una vez hecho ésto se debe regular al mandato representativo, explicando que éste se forma por la coexistencia del contrato de mandato con un poder de representación.

La solución que se propone daría beneficios tanto en el aspecto interpretativo de la ley como en el de su correcta

aplicación, pues se tendría una distinción clara y precisa - de cada una de las figuras jurídicas que han sido objeto de este estudio desde el lugar que a cada una le corresponde; - se beneficiarían otras figuras jurídicas: se borraría la imagen de igualdad entre el poder y el mandato y se evitaría -- una confusión clara y evidente de conceptos jurídicos.

De ésta forma, modestamente ha sido mi intención contribuir al esclarecimiento de una situación que ha sido objeto de polémica; y que me ha servido de base y motivación para penetrarme al estudio de éste interesante y controvertido tema.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.-El Mandato puede ser con o sin representación, es decir con o sin poder, pero siempre actuará el mandatario -- "a cuenta del mandante".

SEGUNDA.-El mandato es un contrato, por lo tanto se necesita un acuerdo de voluntades para su existencia.

TERCERA.-El objeto del Contrato de Mandato debe ser siempre actos jurídicos, en el poder pueden ser actos materiales.

CUARTA.-El Poder es el medio o instrumento para conferir la representación voluntaria.

QUINTA.-La representación no es elemento esencial del mandato; por consiguiente, el mandatario puede realizar el mandato sin representar al mandante, obrando en su propio nombre, cuando se le ha conferido un mandato sin facultad de representación.

SEXTA.-La representación, poder y mandato son tres figuras jurídicas distintas, que pueden coexistir en una misma relación jurídica pero que pueden funcionar por separado con plena autonomía e independencia.

SEPTIMA.-Mandato y Poder, son dos conceptos jurídicos independientes entre sí, por limitarse el poder a la facultad de hacer las cosas en nombre del poderdante, o en su caso, del mandante-poderdante.

OCTAVA.-El poder es un acto unilateral, el cual queda perfeccionado con la simple declaración de voluntad de una persona, aunque no se ejercite o no se acente para su existencia.

NOVENA.-En el Código Civil del Estado de Jalisco se aplican indistintamente los términos de Poder y Mandato, y en algunos artículos se reculan a los mismos como sinónimos. Desde mi particular punto de vista por las razones que he señalado en el presente trabajo, considero que técnicamente ambas figuras jurídicas presentan diferencias sustanciales y que por lo tanto, el problema que se presenta es el de una confusión de términos que pueden llegar a originar una inexacta aplicación en el manejo de las mismas.

DECIMA.- Considero necesario que para evitar confusiones y --- aplicación inexacta del poder y del contrato de mandato, se ubiquen a cada una de ellas en el lugar que les corresponde; para lo cual sugiero que en un Capítulo por separado se regule el poder como figura autónoma e independiente que es, para dar la posibilidad de que otras figuras jurídicas que no necesariamente debe ser un Contrato de Mandato puedan relacionarse con el poder como lo son el Condominio, la Sociedad, etc.- Cuando el Contrato de Mandato se relaciona con el Poder éste toma el carácter de Representativo. De ésta manera para evitar confusiones en el Título referente al mandato considero necesario que se regule en una primera parte al Mandato atendiendo a su naturaleza jurídica, es decir, no representativo o con poder, es decir al Contrato de Mandato que toma al poder y por ese hecho lo torna representativo; y asimismo se establezcan los efectos y relaciones jurídicas que de ambos tipos de mandato emanan.

BIBLIOGRAFIA

- BARRERA GRAF, Jorge.-"La Representación Voluntaria en el Derecho Privado".-Instituto de Derecho Comparado.-U.N.A.M.- -- MEXICO 1967.-
- BONNECASE Julien.-"Elementos de Derecho Civil".-Traducción - del Lic. J.N. Cajica.-Tomo I.-Puebla.-MEXICO 1945.
- BORJA SORIANO Manuel.-"Teoría General de las Obligaciones".- Octava Edición.-Porrúa.-MEXICO.
- CASTAN TORRES José.-"Derecho Civil Español Común y Foral".- Décima Edición.-Tomo I.-Reus.-MADRID 1963.
- CAPITANT Henri.-"Vocabulario Jurídico".-Traducción Castellana de Aquiles Horacio Gunglisonnc.-De Palma.-BUENOS AIRES -- 1972.
- RUGGIERO Roberto de.-"Instituciones de Derecho Privado".-Ediciones Jurídicas Europa.-Segunda Edición.-
- BIEZ PICAZO Luis.-"Fundamento del Derecho Civil Patrimonial". Vol. I.-Edit. Tecnos.-MADRID 1970.
- GARCIA Trinidad.-"Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho".-Decimaséptima Edición.-Porrúa.-MEXICO 1968.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto.-"Derecho de las Obligaciones". Editorial Cajica.-MEXICO 1965.
- HUPKA Josef.-"La Representación Voluntaria en los Negocios - Jurídicos".-Revista de Derecho Privado.-MADRID 1930.
- LEHMANN Heinrich.-"Parte General (manual)".-Vol. I.-Traducido al Español por José Ma. Navas.-Revista de Derecho Privado. MADRID 1956.
- LUZANO NORIEGA Francisco.-"Contratos".-Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano.-MEX. 1982.
- MANRESA Y NAVARRO José Ma.-"Comentarios al Código Civil Español".-Tomo XI.-Tecnos.-Cuarta Edición.
- MESSINEO Francesco.-"Manual de Derecho Civil y Comercial".- Traducción de Santiago Sentís Melendo.-Tomo II.-E.J.E.-BUENOS AIRES 1954.

MUÑOZ Luis y CASTRO ZAVALA Salvador.-"Comentarios al Código Civil".-Vol. II.-2a. Edición.-Editorial Cárdenas.-MEXICO-1984.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO Bernardo.-"Representación, Poder y Mandato".-Primera Edición.-Porrúa.-MEXICO.

PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge.-"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés".-Traducción al Español por Mario Díaz Cruz.--Tomo Sexto.-Cultural, S.A.-LA HABANA 1936.

PRECIADO HERNANDEZ Rafaél.-"Lecciones de Filosofía del Derecho".-Sexta Edición.-JUS.-MEXICO 1970.

ROJINA VILLEGAS Rafaél.-"Teoría Gral. de las Obligaciones".-Compendio de Derecho Civil.-Tomo III.-Porrúa.-MEXICO 1978.

ROJINA VILLEGAS Rafaél.-"Contratos".-Compendio de Derecho Civil.-Tomo IV.-Porrúa.-MEXICO 1978.

SANCHEZ MEDAL Ramón.-"Contratos Civiles".-Octava Edición.-Porrúa.-MEXICO.

SANCHEZ ROMAN Felipe.-"Estudios de Derecho Civil".-Segunda Edición.-Tecnos. MADRID.

TUHR ANDREAS Von.-"Tratado de las Obligaciones".-Traducción de W. Roces.-Tomo I.-Tecnos. MADRID.

ZAMORA Y VALENCIA Miguel Angel.-"Contratos Civiles".-Segunda Edición.-Porrúa.-MEXICO 1985.

L E G I S L A C I O N :

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN --
MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA. MEXICO.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO. EDITORIAL CAJICA .MEXICO.
1986.