

301809

126
29.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

Escuela de Derecho

**Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México**

REPRESENTACION PODER Y MANDATO

T E S I S

Que para obtener el Título de

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

SUSANA PAZ URIBE

PRIMERA REVISION

LIC. ALICIA ROJAS RAMOS

SEGUNDA REVISION

LIC. JORGE ESTUDILLO AMADOR

México, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1993



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 está 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.

INDICE

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- ROMA	2
2.- DERECHO CANONICO	7
3.- FRANCIA	13
4.- ALEMANIA	16

CAPITULO II

DOCTRINAS QUE TIENEN POR OBJETO

EXPLICAR EL FENOMENO DE LA REPRESENTACION

1.- INTRODUCCION	27
2.- DOCTRINA DE LA FICCION	30
3.- DOCTRINA DEL NUNCIO	34
4.- DOCTRINA DE LA COOPERACION DE VOLUNTADES	35
5.- DOCTRINA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE	37

CAPITULO III

REPRESENTACION LEGAL EN LA LEGISLACION MEXICANA

1.- INTRODUCCION	42
2.- PATRIA POTESTAD	46
3.- TUTELA	49
4.- AUSENCIA	64
5.- SUCESION	71

CAPITULO IV

REPRESENTACION VOLUNTARIA

1.- INTRODUCCION	76
2.- PODER	81
3.- MANDATO	92
a) CARACTERIZACION DEL MANDATO	93
b) DIVERSAS ESPECIES DE MANDATO	98
c) ELEMENTOS ESENCIALES	103
d) ELEMENTOS DE VALIDEZ	108
e) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO	122
f) OBLIGACIONES DEL MANDANTE	133
g) RELACIONES ENTRE MANDANTE, MANDATARIO Y TERCEROS	135
h) DIVERSAS FORMAS DE TERMINACION DEL MANDATO	139

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Cuando el hombre aparece en la tierra, su número es tan pequeño que la relación entre los individuos no existe. Pero... llega un día en que la multiplicación de los seres humanos pone en contacto a unos grupos con otros.

Desde ese momento, surgen en las relaciones humanas las diferencias de intereses, con lo que el problema de la representación está latente.

El desarrollo de las sociedades va paulatinamente presionando a la necesidad de la representación, aunque todavía no se considera esta necesidad tan importante como para ser reglamentada.

Aparece el Imperio Romano que entre sus leyes existía la figura jurídica de la representación indirecta pero se resiste a aceptar la representación directa.

En la Edad Media sigue vigente el Derecho Romano, las instituciones jurídicas son el resultado de un lento proceso de evolución histórica "los materiales de origen romano sufren

una profunda transformación en lo que "Savigni llamó el Derecho Romano del Medioevo, otros lo llamaron el Derecho Común y nosotros lo llamamos más simplemente Derecho Intermedio".

El Derecho Canónico aparece a través de la expansión de la iglesia, y éste fue el que rompió la antigua regla romana.

Son los Papas con sus disposiciones los que por primera vez aportan el punto de vista moderna de la "admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos".

Los Juristas Alemanes en el siglo XIX, aportaron una serie de soluciones que fueron propuestas en la reelaboración realizada por ellos al servicio de la primera Revolución Industrial y del desarrollo Capitalista de aquella época.

Cuando realmente esta figura jurídica se desarrolla es cuando el comercio mundial empieza a extenderse supeditando muchos actos de la vida a sus actividades.

Tras la Revolución Industrial, la explosión del progreso actual, la reducción del tamaño del mundo con las veloces comunicaciones modernas es lo que desarrolla totalmente el fenómeno de la representación que invade todas las actividades del ser humano: las relaciones diplomáticas, las relaciones familiares, las relaciones políticas y prácticamente todas las actividades de la sociedad moderna, son campos en los que es indispensable tener en cuenta la figura jurídica de la representación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. ROMA

En el Derecho Romano no se conoció la facultad de representar, es decir, la posibilidad de terminar por cuenta y en nombre de otro un negocio, como se desprende del comentario hecho por el maestro Sabino Ventura Silva¹ quien al efecto señala: "...conoció tan sólo la posibilidad de realizar un negocio por cuenta de otro, pero no en nombre de otro (representación indirecta).

Así el que administraba la cuenta de otro ya fuera por razón de oficio, tutor, curador, ya por convenio, procurador, mandatario o en fin por decisión voluntaria: gestor sin mandato, terminaba un negocio en interés del representado, pero los efectos del negocio repercutían en el representante; él adquiría, se obligaba, y sólo mediante un nuevo acto las consecuencias del negocio se transferían al representado (representación indirecta).

Las razones por las cuales el Derecho Romano

1 Ventura Silva Sabino, Derecho Romano. Editorial Porrúa. S.A. México, D.F. 1985. págs. 283 y 284.

repudió la representación se explica así: por un lado el formulismo antiguo exigía la intervención directa (personal) en el acto o negocio, por otro el pater familias no necesitaba recurrir a representantes libres ya que como tales actuaban los individuos sometidos a su potestad (hijos y esclavos). Todo lo que éstos adquirirían acrecía el patrimonio familiar".

Actualmente esta figura jurídica es conocida en nuestro derecho, como mandato no representativo, proviene de un acuerdo de voluntades, regulado por el artículo 2561 del Código Civil.

El Maestro Sabino Ventura Silva dice:² "... en algunos casos, sin embargo, los efectos recaían sobre el representado directamente, como era a propósito del representante procesal, así el "cognitor" y el "procurador". El primero representante típico judicial, se le designaba solamente ante el magistrado, el segundo era el administrador o representante común y ordinario que se presentaba en juicio sin ninguna formalidad.

2 Idem. pág. 284

Lo mismo puede decirse de la *adstipulatio* que era fuente de correalidad activa. El acreedor que no podía otorgar poder para que otro cobrara al deudor por él, tenía la facultad de nombrar a otra persona, como coacreedor, para que interviniera en la relación jurídica existente. Es más, el pretor amplió la representación del jefe por las personas que tenía en potestad y aún por subordinados extraños a la familia, al conceder acciones especiales para reclamar al jefe, mediante una simple transposición de personas (completada con una ficción de ser libres cuando se trataba de esclavos) las deudas contraídas por promesas o contratos de sus subordinados. El pretor concedía las acciones *adiecticiae qualitatis* (acciones de cualidad añadida)".

De lo anterior, deducimos que la persona denominada en el Derecho Romano *cognitor*, se refiere, precisamente a lo que en nuestro derecho actual se designa como apoderado para pleitos y cobranzas, al tener facultades para representar en juicio a su representado, y el *procurator* era la persona que actualmente conocemos como

apoderado para actos de administración.

Por otro lado, comenta el maestro Luis Díez Picazo³ que en el "Derecho Romano se desconocieron los problemas prácticos que se encuentran en la médula del fenómeno representativo, pues lo cierto es que si en el Derecho Romano no se conoció la figura de la representación tal y como nosotros la concebimos hoy, no es menos cierto que se encontraron soluciones jurídicas para cada uno de los problemas prácticos implicados en el fenómeno representativo".

Y dentro de la solución de estos problemas existió otra figura jurídica denominada contratos a favor de terceros que estudió el maestro Sabino Ventura Silva⁴ quien señala "... En el Derecho Romano clásico, los contratos así formulados se consideraban nulos no sólo en cuanto a terceros, sino también en cuanto a los contratantes. Sin embargo, pese a la nulidad citada se podía asegurar la realización de la prestación en favor de terceros mediante una stipulatio poenae

3 Díez Picazo, Luis. La representación en el Derecho Privado. Editorial Civistas, S.A., Madrid 1979. Primera Edición. pág. 25.

4 Opus cit., pág. 284

(promesa de una pena) de modo que si alguien se comprometía en un contrato a realizar una prestación en beneficio de un tercero, y no la cumple debe indemnizar al otro contratante".

Esta figura jurídica no opera de la misma forma que en el derecho actual, ya que en la estipulación a favor de terceros la ley contempla que el estipulante y aún el tercero puedan exigir el cumplimiento de la obligación (artículo 1869 del Código Civil vigente).

Siguiendo con las investigaciones del maestro Sabino Ventura Silva⁵ "... En la época clásica se aceptó la estipulación cuando el estipulante tenía interés en que la prestación a favor del tercero se cumpliera, si el tutor cede a su cotutor la administración del patrimonio del pupilo, puede estipular haciéndose prometer del cotutor, que administrará con diligencia tal patrimonio. En el derecho justineano se reconoció validez a la estipulación a favor de tercero; se otorgó acción a éste para pedir el cumplimiento de la prestación hecha en su favor. Así, el que dió en alquiler un fundo y después lo

5 Opus cit., pág. 258

vende, pacta con el comprador que respetará al inquilino".

En el derecho clásico se puede apreciar que ya se concede acción directa al estipulante para exigir del promitente el cumplimiento de la obligación y en el período de Justiniano va más allá, puesto que se concede acción al tercero para exigir el cumplimiento de la obligación, coincidiendo con la disposición en comento.

2. DERECHO CANONICO

El Maestro Luis Díez Picazo señala:⁶ "Los materiales de origen romano sufrieron una profunda transformación en lo que Savigny⁷ llamó el Derecho Romano del Medioevo, otros llaman el Derecho común y nosotros llamamos más simplemente Derecho intermedio. En esta época continúa rigiendo, en la línea de máxima, la prohibición de lo que hoy llamaríamos una representación de carácter abierto o con efectos directos.

6 Díez Picazo Luis, obra citada, pág. 28

7 Savigny, citado por Díez Picazo, Luis. pág. 28

Sin embargo, probablemente por influjo de las necesidades comerciales, aquel principio comienza a hacer crisis. De esta crisis el primer testigo es la elaboración que va experimentando la figura del contrato o de la estipulación en favor de tercero, cuya relación histórica con la figura de la representación ha sido agudamente destacada por Pacchioni⁸ (los contratos en favor de terceros, trad. cast. de F. J. Osset, Madrid, 1948).

Al admitirse la posibilidad, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de establecer una estipulación en favor de terceros, se consiguen muchos de los efectos prácticos que la representación trata de buscar. Según Buchka⁹ que es el autor que ha estudiado con mayor amplitud el tema de la representación en el derecho intermedio, fue el derecho canónico quien hizo quebrar la antigua regla romana, sentando cabalmente la regla contraria. En el título del Código Canónico de *diversis regulis iuris*, se dice expresamente que *potest quis per alium quod potest facere per se ipsium*.

8 Pacchioni, citado por Díez Picazo, Luis. pág. 28

9 Buchka, citado por Díez Picazo, Luis. pág. 28

A juicio de Buchka¹⁰, es en las disposiciones de los Papas donde aparece por primera vez, el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos. Y así, por ejemplo, en el capítulo de prebendarum del Código Canónico, se admite que la investidura, a un clérigo ausente, de un beneficio eclesiástico pueda hacerse por intermedio de otra u otras personas que le sustituyan en el acto de la investidura. Y si no ha precedido mandato del investido, para la adquisición efectiva del beneficio es necesaria una ratificación del titular, pero, antes de que se realice esta ratificación, el obispo que confiere el beneficio, no puede transmitir la investidura a otra persona.

Por otra parte, en el libro sexto del propio Código Canónico y en el capítulo De procuratoribus se declara lícita la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial.

Calasso¹¹ (II negozio giuridico, Lezionidi

10 Buchka, Idem

11 Calasso, citado por Díez Picazo, Luis. pág. 29

Storia del Diritto Italiano, Milán, 1959, pág. 319) habla de una modificación del mecanismo de la representación que se produce cuando el antiguo principio del alteri stipulari nemo potest cede su lugar a la regla iuris consagrada en el sextus (Cód. VI, 5, 12, 68 y 72) por Bonifacio VIII a fines del siglo XIII; potest quisper alium quod potest facere per se ipsum. El formalismo que circundaba originariamente el nacimiento de la obligación -dice Besta¹², la obbligazioni nella Storia del Diritto Italiano, Padova, 1937, pág. 180 impedía que se pudieran adquirir cosas o créditos a través de personas que se encontrasen bajo la potestad del interesado; el acto jurídico sólo era válido frente a quien había observado las formas establecidas. Ello equivale a decir que no se admitía la representación y sobre todo la representación directa.

No se considera la representación la facultad de poder declarar la propia voluntad por medio de un tercero (missus, nuncius). Besta¹³ (op cit., pág. 80 y 81) cree que con la

12 Besta, citado por Díez Picazo, Luis. Misma Obra

13 Besta, citado por Díez Picazo, Luis. Misma Obra

intensificación del comercio tuvieron que imponerse correctivos a aquella rígida postura, del Derecho Romano.

Así, el pretor hizo recaer sobre el pater las obligaciones de sus dependientes que hubiesen sido asumidas por su tolerancia (permissio) o por su orden (jussio).

La permissio se presupone cuando el pater ha constituido en peculio a su dependiente o le ha confiado la gestión de un establecimiento mercantil (institutio) o el gobierno de una nave. A las acciones de peculio, institoria y exercitoria que pueden hacerse valer contra el hijo se añade la actio de in rem verso.

Aún otros factores influyen en la evolución. Roberti¹⁴ señala la influencia de la Iglesia, que en la actuación de uno en favor de otro pudo ver una expresión de la caridad cristiana; otros autores han apuntado, además las costumbres germánicas que admitían la representación procesal; la desaparición de la esclavitud y de la cohesión de la familia y los estatutos de las

14 Roberti, citado por Díez Picazo, Luis. Misma Obra

ciudades italianas entre los que se subrayan el de Como (1232) y el de Brescia (1252). Este último sanciona que en todos los contratos hechos nomine alterius (y no sólo en la compraventa) se diese acción a aquél en cuyo nombre hubiese sido hecha la promesa o el contrato, como si el mismo la hubiese hecho y sin necesidad de cederle las acciones.

Bussi¹⁵ ha apuntado que el desarrollo de la representación puede deberse a haber concebido al notario como una persona que investida de un publicum numus debía omnibus inservere. Por esa razón el derecho adquirido por él pasaba sin más a la persona que estipulaba por medio de él. Los posglosadores, abiertos a las exigencias de la práctica, introdujeron tantas excepciones a la regla romana *nemo alteri stipulari potest* que puede decirse que está muerta ya".

Como podemos observar de los estudios del maestro, es prácticamente con el derecho canónico, cuando se comienza a vislumbrar la figura de la representación, pero el problema estriba en que se tenía que hacer una

15 Bussi, citado por Díez Picazo, Luís. Misma Obra

ratificación por medio del poderdante, y sin éste, no operaba, como actualmente lo conocemos, ya que entonces equivaldría a la gestión de negocios, sin embargo cuando se analiza la situación en que por medio de representante se podía contraer matrimonio, estamos ante la presencia de nuestro mandato especial para realizar específicamente este acto jurídico que es sacramental, asimismo se observa que se rompe con el molde tradicional de que los contratos sólo benefician a quienes lo celebran, y que no tenía porque beneficiar a terceros ajenos, aún mucho menos perjudicar, inclusive ya se desconoce la situación de la representación que tenía el pater familias, con las distintas acciones que se otorgaban al hijo, de ahí la conclusión válida de que la regla romana se encuentra muerta, porque actualmente es plenamente válida la celebración de los actos jurídicos por medio del representante.

3. FRANCIA

El maestro Luis Esteban Negri Pisano¹⁶

16 Negri Pisano Luis Esteban. La representación voluntaria, el poder y el mandato.

señala: "Cuando se admitió la posibilidad de la representación voluntaria al final de un proceso, cuyas vicisitudes relatamos en otro lugar se atribuyó al contrato de mandato el carácter de fuente de la facultad de representar y de todos los efectos propios de nuestra institución. La naturaleza particular del mandato, típico contrato de gestión y medio corrientemente utilizado para encauzar la colaboración prestada por una persona a otra en el desarrollo de la actuación jurídica, hizo que sin mayor análisis, se le considerara el origen y la explicación de la figura que acababa de hacer.

Era como si el mandato extendiera sus efectos en dos planos diferentes, como si tuviera una cara interna y una externa: "El contrato de mandato da lugar por una parte a la constitución de una relación representativa con todas sus consecuencias... y por otra parte a una obligación entre mandante y mandatario". Más tarde, no dejó de advertirse que el mandatario disponía de una facultad particular, de un poder que le permitía realizar actos con efectos directos para el mandante. El mandato originaba

pues un poder junto a un deber, pero se estimó que el poder era simplemente un accesorio, correlativo de la obligación de cumplir el contrato. Este razonamiento reforzó la creencia de que el mandato poseía un carácter esencialmente representativo.

El Código Civil francés y los que recibieron su influencia, siguieron en general la línea de aquellas ideas, corrientes en el antiguo derecho. El artículo 1984 de aquel Código contienen la siguiente definición: "El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre". Agrega el mismo artículo: El contrato no se forma sin la aceptación del mandatario.

Esta definición dice Laurent¹⁷ "Es criticada por todos los autores confunde el mandato con la procuración: Por eso la Ley dice que el mandato es un acto, lo cual es cierto con respecto a la procuración; palabra que designa el escrito (l'écrit) mediante el cual el mandante da al mandatario el poder de representarlo en el negocio que es objeto del mandato".

17 Laurent, citado por Negri Pisano, Luis Esteban, Misma Obra

Otros comentadores del Código Francés como Pont y Cokmet de Santerre¹⁸ estuvieron más cerca de distinguir el mandato y la procuración, atribuyéndole a ésta el significado de "poder de representar" o de "autorización para obrar... considerada en sí como acto jurídico... que consiste en una manifestación de voluntad" pero ninguno de ellos desarrolló estos conceptos, ni menos aún intentó demostrar que una autorización de esa naturaleza pudiera existir con independencia de un contrato de mandato".

En resumen se comprueba, que los primeros comentaristas del Código Francés y la mayor parte de los autores posteriores no hicieron ningún intento serio por independizar la representación voluntaria del contrato de mandato.

4. ALEMANIA

Se hace indispensable el estudio de la figura jurídica de la representación en Alemania, toda vez que en sus textos, se aprecian las bases jurídicas que en parte rigen actualmente en nues-

¹⁸ Pont y Cokmet de Santerre, citado por Nagri Pisano, Luis Esteban, Mismo Obra

tro derecho, esto se puede comprobar en los estudios hechos por el maestro Luis Díez Picazo¹⁹, que al efecto señala: ... "Una reelaboración completa de la figura de la representación no se realiza, hasta que los juristas alemanes acometen su estudio en el siglo XIX. Los pandectistas alemanes, aplicando todavía el Derecho Romano, se encuentran con la penuria de los textos... y con que frente a ellos la realidad social había ido creando o exigiendo la creación de una figura de carácter general de representación con efectos directos e inmediatos para el dominus negotii o principal. Su introducción, en contra del Derecho Romano, la justifican los pandectistas por vía consuetudinaria. Y es el intento de dibujar netamente los contornos de esta nueva figura lo que les va a dar ocasión a los juristas alemanes del siglo XIX para realizar una labor que no sólo es característica de su peculiar modo de operar, sino que es tal vez una de sus mejores aportaciones a la ciencia del derecho. Una vez más, como se ha recordado insistentemente el pandectismo pone sus evidentes dotes técnicas al servicio de las necesidades del capitalismo del siglo XIX.

19 Díez Picazo, Luis. Obra Citada, págs. 30 y 31

Un estudio de la doctrina de la representación, dice Ihering²⁰ le ha conducido a investigar una serie de relaciones que guardan con la representación una cierta semejanza y que a menudo se confunden con ella. La delimitación es necesaria para dejar claramente sentado el concepto de representación.

A un negocio jurídico ajeno, continúa diciendo IHERING, se le puede prestar una colaboración puramente fáctica o de hecho y una colaboración jurídica. La primera es una ayuda casi exclusivamente física y no posee otro carácter que el de la mera prestación de un servicio. La colaboración o participación jurídica en el negocio de otro, que para nuestro tema posee una importancia mayor, puede ser de tres maneras. Cabe, en primer lugar, una participación conjunta con la intervención del interesado o parte del negocio en sentido estricto, como es, un asentimiento, un complemento de capacidad, una aprobación, etc. Cabe, en segundo término, una actuación en lugar del principal, es decir, sustituyéndole, pero sin concluir el negocio en su nombre. IHERING llama a

20 Ihering, citado por Díez Picazo, Luis, Obra citada

esta figura Ersatzmann, traduciendo al alemán la expresión latina persona interpósita. La doctrina posterior lo llamará representación indirecta, representación mediata o representación oculta. El tercer supuesto de colaboración jurídica en el negocio ajeno es la verdadera y propia representación, que se da cuando se concluye un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre. Aquí, se encuentra, claramente expuesta, la doctrina moderna de la representación: conclusión de un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre".

De los tres supuestos señalados por IHERING, se puede contemplar que el primero de ellos se refiere a la gestión de negocios, el segundo a la representación indirecta y el tercer supuesto a la figura del mandato, como los regula nuestro derecho actual.

Luis Díez Picazo, en relación a Ihering²¹, dice que su postura... "provoca inmediatamente un trabajo de Sheurl²² que se publica en la misma revista, donde se van perfilando los puntos de

21 Idem. pág. 32

22 Sheurl, citado por Díez Picazo, Luis, Misma Obra, pág. 32

los que hoy podemos llamar la doctrina clásica de la representación, la cual se consagra definitivamente en la obra de Windscheid y con él en el Código Civil Alemán.

Para Windscheid²³ la representación es una declaración de voluntad que se realiza o emite por medio de otro. Sólo hay verdadera representación cuando el acto se realiza en nombre de otro y cuando una vez declarada la voluntad del representante, junto con la manifestación expresa o tácita de que actúa en nombre de otro, esta declaración de voluntad del representante, supuesto que no se haya excedido de los límites del poder de representación, no produce para él ningún efecto y para aquél por quien actúa, produce el mismo efecto que si éste hubiese actuado por sí mismo.

La doctrina que hoy es clásica en materia de representación se consagra en el Código Civil Alemán. Una exposición muy completa de ella se puede encontrar en libro de Hupka que entre otros recibió una amplia difusión. Los puntos claves de esta doctrina aparecen hoy expuestos en la

23 Windscheid, citado por Díez Picazo, Luis. Misma Obra, pág. 32

mayor parte de nuestros tratados y manuales. Esa doctrina que llamamos clásica, aunque no ha dejado de ser, probablemente desde el principio, objeto de ataques y de impugnaciones por parte de la literatura crítica, puede hoy considerarse como muy extendida.

El maestro Negri Pisano destaca la importancia de la doctrina Alemana en la figura jurídica que nos ocupa al avocarse al estudio de las ideas y conclusiones a que llegaron los juristas alemanes en torno a la representación y el mandato, y que revelan la eficacia y aguda inteligencia puesta para desvirtuar teorías anteriores en torno a la representación tendientes a demostrar el mandato como fuente de aquélla, en especial se refiere a Laband cuyas observaciones y deducciones de teorías anteriores le permitieron hacer una distinción tan importante, entre representación derivada del poder y mandato como negocio independiente.

Se señala a Laband como el primero que formuló claramente la distinción entre mandato y representación, y es verdad que le corresponde

ese mérito, si observamos el siguiente pasaje del maestro Negri Pisano²⁴ "nos llama la atención que ningún autor haya subrayado las circunstancias fortuitas que impidieron a Ihering anticiparse a Laband en la exposición de la idea que ya estaba en el pensamiento de aquél... Es sabido que corresponde a Laband el mérito de haber puntualizado por primera vez la distinción conceptual entre mandato y representación. Sus reflexiones abrieron el camino para el reconocimiento del poder como acto autónomo e independiente de la relación básica de gestión.

A continuación de algunas consideraciones reveladoras de Ihering, Laband sostuvo que mandato y poder pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental no necesaria. Pueden celebrarse mandatos que no faculten para representar, como sucedía en el Derecho Romano y sucede en el caso del comisionista "y en otros muchos y frecuentes casos"; y hay poderes independientes de la existencia de un mandato. "De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, sino dos relaciones jurídicas

24 Negri Pisano, Luis Esteban. Obra Citada. Pág. 134

diversas entre sí, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos. Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos basados en supuestos diferentes, y de contenido y efectos diversos", aclara Laband que cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, no puede hablarse de "mandato con facultad de representación" sino simplemente de "concurencia de un mandato con un poder", pues siempre la facultad de representar proviene del poder, acto distinto del mandato. Laband no inventa la figura del poder sino que la descubre guiado en parte por indicios que le suministran autores anteriores. El poder estaba ahogado por la unión de la representación y el mandato. Desvinculados estos conceptos, el poder pasó a ocupar su sitio como fuente de la representación voluntaria.

Josef Hupka, profesor de la Universidad de Viena cuya obra es conocida entre nosotros a través de su traducción española, desarrolló la teoría de Laband llevándola a sus últimos extremos, exagerando quizás ciertos perfiles

según se advierte en la aplicación práctica de algunas de sus opiniones.

Dice Hupka "el nacimiento de la serie de conceptos poder de representación, poder en sentido estricto y apoderamiento, presupone que la representación es un fenómeno de individualidad jurídica independiente y que, por tanto, reclama consideración particular en derecho, desligada de aquellas otras relaciones que le sirven de base". "Mandato y apoderamiento -dice también Hupka- "no son términos sinónimos ni opuestos sino que constituyen en realidad las denominaciones de dos relaciones diferentes entre sí. Mientras el mandato expresa una obligación del mandatario y constituye para ésta una necesidad de obrar, el apoderamiento como tal no es otra cosa que consentimiento en la representación, y sus efectos un poder jurídico: El poder de representación".

Así llegamos a la conclusión de que fueron los alemanes y en especial Laband quienes sentaron las bases en torno a la figura de la representación y el mandato, las cuales sirvieron

de base no solamente a nuestros legisladores, sino a otras legislaciones para codificar sobre esta materia, haciéndose una distinción que hoy es de mucha utilidad para llevar a cabo negocios, cuando por incapacidad o voluntad del sujeto dominus, éste requiere de una persona que actúe en su nombre en forma eficaz, y sobre todo, que los efectos de esa representación en un negocio encomendado cumplan su cometido, y surtan efectos en la esfera jurídica de los participantes.

CAPITULO II

DOCTRINAS QUE TIENEN POR OBJETO EXPLICAR EL FENOMENO DE LA REPRESENTACION

1. INTRODUCCION

Las teorías que se han ensayado para fundar el fenómeno de la representación, adolecen, en mi concepto, de un error grave: pretenden explicar la representación legal en los mismos términos que la voluntaria. Es decir, consideran que se trata de dos instituciones con características genéricas fundamentales que permiten asimilarias para encontrar una base única de ambas, y aunque en realidad pertenecen al mismo género sus características específicas son tan distintas que todo ensayo de explicación unitaria tienen que fracasar. Por ejemplo, en la teoría de la ficción se supone que es el representado el que comparece; que el representante es un instrumento, un órgano que está expresando la voluntad de aquél.

Este análisis podría satisfacer en el mandato, en la representación voluntaria, pero es totalmente inadecuado en la representación legal, en que el incapacitado, el ausente o fallido no comparecen al acto jurídico, ni es su voluntad la que se manifiesta a través del representante.

En la teoría del nuncio de Savigny²⁵, se dice que "el representante es un portavoz, un mensajero. Esta explicación es correcta en el mandato expreso; ya no lo es tanto en el mandato general, y es absolutamente falsa en la representación del loco o del menor de edad, del quebrado o concursado, porque el representante no es un mensajero que lleve la voluntad, de esas personas al celebrar el contrato.

La teoría de la cooperación de voluntades sigue pensando en la representación voluntaria; es correcta en el mandato, pues efectivamente mandante y mandatario manifiestan sus voluntades. Hay una cooperación distinta en el mandato expreso en que el mandatario cumple instrucciones determinadas, desempeñando mayor papel la voluntad del mandante; en tanto que en el mandato general, desempeña un papel menor la voluntad del mandante, y un papel principal la del mandatario; pero es totalmente inadecuada esta teoría para explicarnos la representación legal en los casos de incapacidad, concurso o ausencia. ¿En dónde está la cooperación de voluntades entre el

25 Savigny, Citado por Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo I. Obligaciones, Volumen I Editorial Porrúa, Méx. 1981, Pág. 394

ausente y el representante? ¿Entre el enajenado y el representante? ¿O entre el sujeto a quiebra o a concurso que por ley queda privado de capacidad de ejercicio, y por consiguiente, no puede cooperar con el síndico para manifestar su voluntad?

Por esto, en nuestro concepto dichas teorías sólo sirven para fundar la representación voluntaria, excepto la de la sustitución, que ya es un ensayo para tratar de ambas formas de representación pero que, como veremos, resulta inadecuada, porque no es posible asimilar situaciones jurídicas tan diversas.

Las doctrinas que tienen por objeto estudiar el fenómeno de la representación tratan de fundar jurídicamente porque los actos del representante obligan al representado. El problema es, por consiguiente, justificar una anomalía en el derecho; algo que de no encontrar justificación normativa, sería tanto como invertir en su aspecto fundamental las reglas jurídicas, permitiendo que una persona sufra en su patrimonio o en su esfera de derecho, las

consecuencias de un acto que no ha ejecutado. Es por esto que es grave el problema de la representación y todas las teorías que se han elaborado tratan de justificar jurídicamente, cómo el derecho ha admitido que una persona resulte obligada por actos que no llevó a cabo.

Conviene retener el fin de justificación que se proponen estas doctrinas, para poder después valorizar concretamente si cada una de ellas ha cumplido o no con esa finalidad. Cuatro son las doctrinas que se han elaborado a este respecto: 1a. Doctrina de la ficción. 2a. Doctrina del nuncio. 3a. Doctrina de la cooperación de voluntades del representante y del representado. 4a. Doctrina de la sustitución real de la voluntad del representado por la voluntad del representante. Las estudiaremos nuevamente para poder hacer una crítica.

2. DOCTRINA DE LA FICCIÓN

Esta es la clásica o comúnmente aceptada en Francia, la que ha sido admitida por autores como

Pothier²⁶ Traité du Contrat de Mandat) y Planiol²⁷. Todos estos autores explican que "en la representación, el obligado es el representado y no el representante, en virtud de que se considera que realmente el acto jurídico se ejecuta como si compareciera el representado, porque el representante sólo hace el papel de un simple instrumento para exteriorizar su voluntad. Se le ha denominado teoría de la ficción porque justamente acepta que aún cuando es el representante el que comparece en el contrato o en el acto jurídico, por una verdadera suposición, completamente ficticia, se dice que es el representado el que lo celebra. Nada de extraño hay, entonces, en que resulte obligado; su voluntad en realidad es la que se exterioriza porque el representante es simplemente un instrumento de él.

Se advierte, desde luego, que esta teoría elude el problema que trata de explicar, porque fingir o suponer un hecho contrario a la realidad, para explicar ese mismo hecho, es tanto como no explicar nada. Es justamente lo que se

26 Pothier, Citado por Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 395

27 Planiol, Citado por Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 395

trata de saber, porque el representado se obliga, si él no celebra el acto jurídico, y la teoría de la ficción dice que el derecho supone que es el representado el que comparece, que su voluntad se expresa por conducto del representante; que la voluntad jurídica del representado es la que se exterioriza como voluntad psicológica del representante; pero justamente es lo que se trata de determinar, porque el derecho finge o supone este hecho que es falso, porque la ley ha aceptado que es como si el representado contratara cuando en realidad no contrata; cuál es la razón que ha tomado en cuenta el legislador para hacer ficción.

Lo que nos explica la doctrina es un simple hecho que ocurre en las normas legales; estas normas suponen una ficción, pero ¿por qué la suponen? ¿Cuál ha sido la justificación que tuvo en cuenta el legislador para suponer tal cosa contraria a la realidad? Por otra parte el mismo legislador, si parte, como efectivamente ha partido, de esta ficción, está cometiendo una inconsecuencia consigo mismo, porque acepta que es la voluntad del representado la que se

manifiesta por conducto del representante, y esto lo admite tanto en la representación legal de los incapaces como en la representación voluntaria. En ésta habrá una justificación: por la decisión autónoma de una persona capaz a través del mandato. El derecho tiene que reconocer que la voluntad del mandatario es la voluntad del mandante, simple y sencillamente, porque el mandante, siendo capaz y soberano para resolver sus negocios jurídicos, así lo requiere; pero en la representación legal ¿Por qué el mismo legislador va a aceptar que el incapacitado es en rigor el que manifiesta su voluntad a través del representante, si justamente su voluntad es insuficiente para celebrar el acto jurídico? Por otra parte, sería indebido suponer que el representante tomó en cuenta la voluntad del loco o del menor de edad para exteriorizar esa voluntad, que de antemano sabemos está viciada para celebrar el contrato o el acto jurídico".

A pesar de que esta doctrina en ninguna forma satisface para explicar el problema de la representación, ha sido la tradicional, tanto desde el punto de vista teórico, y la

terminología que emplean es la de la doctrina de la ficción.

Los autores que la exponen, simplemente nos revelan el fenómeno que en su concepto ocurre cuando se finge que el representado comparece en el acto jurídico a través del representante; pero nada han ensayado para justificar por qué el legislador acepta esta situación verdaderamente irregular.

3. DOCTRINA DEL NUNCIO

Esta ha sido propuesta por Savigny, no obstante los conocimientos de este autor, él imaginó que el representante es un mensajero del representado, un simple portavoz que lleva su voluntad y que por esto queda obligado jurídicamente. Basta con reflexionar que no hay posibilidad de recurrir a un mensajero en la representación legal, para que esta doctrina resulte inadecuada, sobre todo en los casos de representación de los incapaces. Si el tutor, o el padre que ejerce la patria potestad fueran un

mensajero del menor o del enajenado para cumplir los caprichos de estos incapaces, los actos jurídicos que realizarán no serían válidos, ni la representación cumpliría su finalidad, que es proteger y suplir la voluntad de los incapaces.

4. DOCTRINA DE LA COOPERACION DE VOLUNTADES

Se debe a Mitteis Popesco²⁸, quien cree que en todo género de representación no existe una sola voluntad, sino que hay una verdadera cooperación de voluntades en distinto grado, según las distintas formas de representación jurídica.

Desde luego, desecha la teoría de la ficción, que supone que es la voluntad del representado la única que existe en el acto jurídico, o la teoría del nuncio.

Según Mitteis, en la representación voluntaria la cooperación se advierte fácilmente y puede variar del mandato expreso al general.

28 Mitteis, Citado por Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Pág. 397

En el mandato expreso predomina la voluntad del mandante, y la voluntad del mandatario casi es nula; debe sujetarse a las instrucciones que específicamente le han dado. En el mandato general, la voluntad del mandatario predomina, porque se le deja libertad de acción para ejecutar actos de dominio o de administración, dentro de normas muy generales; pero hay cooperación porque se requiere que el mandante autorice al mandatario para ejecutar toda clase de actos jurídicos y le deje después libertad para resolver en los actos que ejecute, los términos y condiciones en que quiera llevarlos a cabo.

En esta doctrina se advierte que hay un ensayo de explicación adecuada para la representación voluntaria, pero totalmente inadecuada para la representación legal. Subsiste el mismo problema ¿Cómo explicar la representación legal por una cooperación de voluntades entre el incapaz y el capaz? Desde luego el incapaz no puede, no debe intervenir, según el derecho, en la celebración del acto jurídico. Por esto podemos aceptar la tesis de la

cooperación sólo para un género de representación, que es la voluntaria por mandato.

5. DOCTRINA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE

Esta considera que hay una sustitución real de la voluntad del representado, por la del representante, que deben desecharse las ficciones, porque son hipótesis falsas. La realidad es que el representante comparece al acto jurídico y manifiesta su propia voluntad; que se sustituye totalmente la voluntad del representado, por la del representante.

Suponiendo exacto este fenómeno aun en el caso de la representación voluntaria, en que no hay sustitución absoluta, sino cooperación, también encontramos que esta doctrina no explica nada de lo que pretende explicar; simplemente nos dice lo que ocurre en la representación; que justamente es lo que debe fundarse; ya sabemos que la voluntad del representante es la que se sustituye a la voluntad del representado; ya

sabemos que quien comparece en el acto jurídico materialmente es el representante, pero ése no es el problema; el problema es averiguar por qué la voluntad del representante va a obligar al representado, y esto no lo contesta la teoría de la sustitución real.

Puede consultarse la exposición de las distintas doctrinas que tratan de explicar la representación, y encontraremos que ninguna de ellas hace otra cosa que exponer el fenómeno, pero no el por qué o la justificación del mismo.

En esta última teoría Madray²⁹, siguiendo a Bonnecase³⁰, ensaya, sin lograrlo, una explicación acerca de que los efectos del acto jurídico se deben a que la sustitución jurídica abstracta, se convierte en concreta, por virtud del hecho o el acto jurídico, que vienen a condicionar la hipótesis prevista en la norma y dice: en la representación tenemos una situación jurídica abstracta, que es la norma que estatuye que en ciertas condiciones, la voluntad de una persona obliga a otra; estas condiciones que

29 Madray, citado por Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Pág. 397

30 Bonnecase, citado por Rojina Villegas, Rafael, Misma Obra, Pág. 397

están en la situación jurídica abstracta son las que se realizan en el acto de la representación.

En los casos de incapacidad, es la norma la que dispone que la voluntad del representante obliga al incapaz. Según Madray, ésta es la situación jurídica abstracta, que no tenemos que discutir. ¿Por qué el legislador ha dicho que la voluntad del representante obliga al incapaz? Este ya es un problema que incumbe al legislador. Al jurista sólo le importa saber si se cumple la condición prevista en la norma, y esta condición se cumple cuando una persona se encuentra en estado de incapacidad. y otra, es decir, el representante, celebra un acto jurídico, entonces la situación jurídica abstracta se transforma en concreta, obligando al representado.

En esta parte encontramos una explicación, por lo menos desde el punto de vista normativo, dando por hecho el problema que tuvo que resolver el legislador, para crear aquella situación jurídica abstracta y decir que en los casos de incapacidad, la voluntad del representante obliga al incapaz pero en nuestro concepto, ha eludido

la tesis el problema: ha resuelto jurídicamente una cuestión admitiendo como situación indiscutible la validez de la norma jurídica que desde un punto de vista estrictamente normativo es correcto aceptar; pero desde el punto de vista doctrinario, ya no en el papel del juez que aplica la norma, sino en el del jurista que trata de explicársela.

CAPITULO III

REPRESENTACION LEGAL EN LA LEGISLACION MEXICANA

1. INTRODUCCION

En este capítulo se estudia la representación legal, figura jurídica de gran importancia por las especiales circunstancias en que se presenta, ya que al no intervenir la voluntad del representado, es nuestro Código Civil el que se encarga de reglamentar los supuestos de la representación legal.

Esta circunstancia basta para que cambie en forma sustancial la función que cumple el representante. Así como el origen de su facultad está en la ley, ella provee con cierta rigidez la manera en que debe comportarse y las condiciones que a que ha de sujetarse el desempeño de su cometido. El nacimiento y la extinción de sus poderes, la discrecionalidad de sus decisiones, la solución de los posibles conflictos de intereses. Asimismo, la ley dispone cómo se elige la persona que ejercerá la representación, cómo se le reemplaza y la capacidad que deberá tener.

Rafael Rojina Villegas señala³¹: "Desde el momento en que se reconoce la personalidad

31 Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. págs. 383, 384 y 386

jurídica, tanto a la persona física al ser concebida y entrar bajo la protección de la ley, antes del nacimiento, como a la persona moral, necesariamente se le otorga capacidad de goce de manera que todo sujeto, por el hecho de serlo tiene capacidad de goce necesariamente. En cambio, no tiene capacidad de ejercicio; puede ser titular de derechos y obligaciones, y estar imposibilitado jurídicamente para ejercitar en forma directa esos derechos; tal es el caso del menor de edad, que tiene capacidad de goce pero no de ejercicio, y del sujeto a interdicción que por enajenación mental o que por alguna otra causa análoga, no puede ejercitar sus derechos. Conviene al efecto reflexionar en que la representación legal en el derecho privado, es una institución jurídica auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negará

prácticamente también la capacidad de goce: De qué serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos, si no pudiera ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de otra persona? ¿traería esto como consecuencia práctica un desconocimiento de sus derechos?.

De esta suerte tenemos como representantes legales: 1o.- Los que ejercen la patria potestad y los tutores, es decir, representación de los incapacitados.- 2o.- Los síndicos como representantes de los intereses concursados o sujetos a quiebra. 3o. Los albaceas, como representantes de los bienes, derechos y obligaciones de una herencia.- 4o.- Los representantes del ausente.

La utilidad de la representación se muestra desde luego en dos aspectos: 1o.- Como una institución jurídica necesaria en la representación legal. 2o.- Como una institución jurídica práctica en la representación voluntaria.

En la representación legal es una institu-

ción necesaria, porque no podrían los incapacitados ejercer sus derechos sin ella, y esto traería como consecuencia que de hecho se les privara de la capacidad de goce.

En la representación de los concursos, quiebras y sucesiones, también hay una necesidad, al privársele de capacidad jurídica al concursado o quebrado o al extinguirse la capacidad jurídica por la muerte del autor de la herencia, por lo que es preciso que se designe un representante de los intereses hereditarios. También en los casos de ausencia hay una representación legal necesaria, para resolver el problema jurídico que origina la hipótesis de ausencia ya declarada, primero en la representación provisional, antes de que se haga la declaración de presunción de muerte del ausente, y después en la representación definitiva, una vez que se hace esa declaración".

Como hemos visto, las causas que dan origen al supuesto de representación legal son variadas; pese a esta variedad y a la específica finalidad de cada una de ellas, podemos hablar de una

figura jurídica unitaria ya que a través de ella, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede hacerlo por si solo.

Es de importancia señalar, los principales casos en que se requiere un representante legal, el cual tendrá que sujetarse a disposiciones legales que han sido creadas con el fin de proteger los intereses de quien tiene limitada su capacidad de ejercicio.

2. PATRIA POTESTAD

En este apartado estudiaré los principales artículos de nuestro Código Civil que tienen mayor relevancia para el estudio de la representación en relación con la patria potestad.

En primer término tenemos su definición proporcionada por nuestro Código Civil vigente, "Es la institución que ejercen los padres y a falta de éstos los abuelos, sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no

emancipados. Quienes la ejercen, tienen la administración de los bienes y legítima representación legal del incapaz".

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio la ejercen el padre y la madre (art. 414). En caso de faltar éstos los abuelos en el orden que el juez de lo familiar lo determine (art. 418). Esta última regla no se sigue cuando existe tutor testamentario.- Si el hijo nacido fuera de matrimonio, es reconocido y vive con los padres, ambos la ejercen (art. 415 c.c.).- Si es reconocido pero viven separados, entre ellos se pondrán de acuerdo en quien de los dos ejercerá la custodia, en caso de que no lo hagan el juez de lo familiar del lugar será, quien previa audiencia a los padres y al Ministerio Público, resuelva a quién corresponde ejercerla (art. 380 c.c.). Si la causa es el divorcio, dependerá del convenio en el voluntario y de la sentencia, en el necesario.

La Patria Potestad del hijo adoptivo la ejercen únicamente los adoptantes (art. 419 c.c.).

La representación legal, en virtud del ejercicio de la patria potestad, la acreditan los padres con la copia certificada del acta de nacimiento, los abuelos con la designación que de ellos haga el juez; el adoptante, con la copia certificada del acta de adopción.

El hecho de que la ley contenga estas disposiciones, no implica que el representante del menor tenga todas las facultades sobre la persona y bienes del representado, porque es la misma ley la que impone serias restricciones para evitar el abuso o mala administración que pudiera hacerse en virtud de este tipo de representación.

Así encontramos que el artículo 436 del c.c. vigente, a la letra dice: "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficios y previa la autorización del juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, vender

valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Con la transcripción literal de este artículo, se advierte que el legislador trató de considerar todos los supuestos para evitar que el representante lucre indebidamente.

3. TUTELA

El punto de partida que tomaremos para estudiar la representación en la tutela, será el análisis que hizo el maestro Bernardo Pérez, Fernández del Castillo³² en torno a los principales artículos de nuestro Código Civil en los que se regula esta figura jurídica.

La tutela "Es una institución jurídica que tiene por objeto, la guarda de una persona

32 Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Representación Poder y Mandato. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. págs. 82 a 84

incapaz y de sus bienes", según lo determina el Código Civil en su art. 449.- El objeto de la tutela, por lo tanto, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del art. 413 del Código Civil.

Tienen incapacidad natural y legal, los menores de edad; mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir; ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes (art. 450 c.c.).

Para que la tutela se confiera, es necesario que se declare el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a un procedimiento judicial".

El artículo 511 del Código Civil nos señala las personas a las que la ley les permite excusarse en el desempeño de la tutela, artículo, que por ser importante para el desarrollo de este tema, se transcribe: "Pueden excusarse de ser tutores: I.- Los empleados y funcionarios públicos; II.- Los militares en servicio activo; III.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; IV.- Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; V.- Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela; VI.- Los que tengan sesenta años cumplidos; VII.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; VIII.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".

Considero que fué un acierto del legislador haber excluido a estas personas de la obligación de ejercer este cargo, ya que siendo una institución creada con el fin de proteger al incapacitado, sería absurdo pensar que este grupo pudiera cumplir con tal cometido.

Por otro lado, del análisis de los artículos que integran el capítulo de la tutela, se observa que el tutor no es libre y soberano en sus actos y decisiones, pues éstos siempre estarán supervisados por otra persona denominada curador, quien cuidará que el tutor se conduzca en forma lícita, y principalmente cuidará que los intereses del incapaz, no se vean afectados.

Siendo obligación del curador vigilar la conducta del tutor en pro de los intereses del incapacitado, es natural que nuestro ordenamiento Civil imponga serias restricciones en cuanto al desempeño de ambos cargos, situación prevista por la fracción II del art. 626.- "El curador está obligado: Fracc. II.- A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que pueda ser dañoso al

incapacitado".

Las disposiciones generales reguladas por el Código de Procedimientos Civiles en relación a la función que cumple el Ministerio Público y el procedimiento que ha de seguirse para declarar el estado de incapacidad son las siguientes:

Artículo 895 - Se oirá precisamente al Ministerio Público:

I.- Cuando la solicitud promovida afecte, los intereses públicos;

II.- Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados;

III.- Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente;

IV.- Cuando lo dispusieren las leyes.

Artículo 902 - Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la

persona que va a quedar sujeta a ella.

La declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse: 1o. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años; 2o. Por su cónyuge; 3o. Por sus presuntos herederos legítimos; 4o., Por el albacea; 5o. Por el Ministerio Público.

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Artículo 903 - Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del Registro Civil, se hará la declaración de plano. En caso contrario, se citará inmediatamente a una audiencia dentro del tercer día, a la que concurrirán el menor si fuere posible y el Ministerio Público. En ella, con o sin la asistencia de éste y por las certificaciones del Registro Civil si hasta este momento se presentaron, por el aspecto del menor, y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o denegará la declaración correspondiente.

Artículo 904 - La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I.- Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata lo ponga a disposición de los médicos alienistas en el plazo de setenta y dos horas para que sea sometido a examen; ordenará que el afectado sea oído personalmente o representado durante este procedimiento; y que la persona bajo cuya guarda se encuentre el indicado como incapaz se abstenga de disponer de los bienes del incapacitado, siempre que, a la demanda se acompañe certificado de un médico alienista o informe fidedigno de la persona que lo auxilia u otro medio de convicción que justifique la

necesidad de estas medidas.

II.- Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas. Dicho examen se hará en presencia del juez, previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

III.- Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

a) Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de abuelos frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para

la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

b) Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

c) Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuvieren bajo su guarda el presunto incapacitado.

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

IV.- Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto

incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

V.- Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia, en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará resolución declarando o no ésta.

Si en dicha audiencia hubiere oposición de parte, se substanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

Artículo 905.- En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior se observarán las reglas siguientes:

I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo anterior y se podrán modificar por cambio de

circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

II.- El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

III.- El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV.- Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y

conservación de los bienes del incapacitado.

Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V.- Luego que cauce ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo que corresponda conforme a la ley.

VI.- El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

VII.- Las mismas reglas en lo conducente se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII.- El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

Artículo 910 - Dentro de los ocho primeros

días de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo de Tutelas y del Ministerio Público, se procederá a examinar dicho registro y ya en su vista dictará las siguientes medidas:

I.- Si resultare haber fallecido algún tutor, harán que sea reemplazado con arreglo a la ley;

II.- Si hubiere alguna cantidad de dinero, depositada para darle destino determinado, harán que desde luego tengan cumplido afecto las prescripciones del Código Civil;

III.- Exigirán también que rindan cuenta los tutores que deban darla y que por cualquier motivo no hayan cumplido con la prescripción expresa del artículo 590 del Código Civil;

IV.- Obligarán a los tutores a que depositen, en el establecimiento público destinado al efecto, los sobrantes de las rentas o productos del caudal de los menores, después de cubiertas las sumas señaladas con arreglo a los artículos 538, 539 y 554 del Código Civil, y de

pagado el tanto por ciento de administración;

V.- Si los jueces lo creyeran conveniente, decretarán el depósito cuando se presenten dificultades insuperables para el inmediato cumplimiento de los artículos 557 y 558 del Código Civil;

VI.- Pedirán, al efecto, las noticias que estimen necesarias del estado en que se halle la gestión de la tutela, y adoptarán las medidas que juzgue convenientes para evitar los abusos y remediar los que puedan haberse cometido.

Artículo 912 - Sobre la rendición y aprobación de cuentas de los tutores regirán las disposiciones contenidas en los artículos 519 y siguientes del c.c. vigente, con estas modificaciones: 1o.- No se requiere prevención judicial para que las rindan en el mes de enero de cada año, conforme lo dispone el artículo 590 del Código Civil; 2o.- Se requiere prevención judicial para que las rindan antes de llegar a ese término; 3o.- Las personas quienes deban ser rendidas son el mismo juez, el curador, el

Consejo Local de Tutelas, el mismo menor que haya cumplido dieciséis años de edad, el tutor que le reciba, el pupilo que dejare de serlo y las demás personas que fija el Código Civil; 4o.- La sentencia que desaprobare las cuentas indicará si fuere posible los alcances. Del auto de aprobación pueden apelar el Ministerio Público, los demás interesados y el curador si hizo observaciones. Del auto de desaprobación pueden apelar el tutor, el curador y el Ministerio Público; 5o.- Si se objetaren de falsas algunas partidas, se substanciará el incidente por cuerda separada entendiéndose la audiencia sólo con los objetantes, el Ministerio Público y el tutor.

Artículo 913 - Cuando del examen de la cuenta resulten motivos graves para sospechar dolo, fraude o culpa lata en el tutor, se iniciará desde luego a petición de parte o del Ministerio Público, el juicio de separación, que se seguirá en la forma contenciosa, y si de los primeros actos del juicio resultaren confirmadas las sospechas, se nombrará desde luego un tutor interino, quedando en suspenso entre tanto el tutor propietario, sin perjuicio de que se remita

testimonio de lo conducente a las autoridades penales.

La Ley en general es tan cuidadosa del cumplimiento de la justicia, que trata de prever cualquier aspecto que pudiera interpretarse en forma diferente al espíritu de la misma ley.

En el caso concreto de proteger a menores e incapacitados no solamente cuida de las funciones del tutor y del curador, sino que vigila a estos mismos dándole al Ministerio Público facultades para intervenir en caso de que puedan ser afectados los intereses materiales o derechos humanos de este grupo de personas.

4. AUSENCIA

La ausencia, es otra de las figuras jurídicas en la que se requiere la intervención de un representante.

Se da el supuesto de ausencia cuando una persona, sin tener apoderado, abandona su lugar

de residencia ordinaria y se ignora el lugar donde se halla y por lo tanto no se tienen noticias ciertas de si vive o está muerta.

El procedimiento de ausencia tiene 3 períodos, a saber: 1o.- Presunción de ausencia; 2o.- Declaración de ausencia; y 3o.- Presunción de muerte.- En el primero el Juez de lo Familiar nombra de entre el cónyuge, el hijo mayor, el ascendiente más próximo o el presunto heredero, a uno o a varios depositarios de los bienes.

Posteriormente entre los tres y seis meses siguientes a su desaparición cita por edicto al presunto ausente o su representante. Si transcurrido este lapso no se presenta cualquiera de ellos, designa a un representante legal de entre las personas nombradas depositarias.

El representante legal del ausente, tendrá facultades análogas a las del tutor, o sea para pleitos y cobranzas y actos de administración. Esta representación termina por el regreso del ausente, porque se presente su apoderado, o bien porque se tenga conocimiento de su muerte.

Declaración de ausencia.- Pasados dos años de nombrado el representante, los presuntos herederos o herederos instituidos en un testamento, el Ministerio Público y las personas que tengan interés jurídico, pueden solicitar la declaración de ausencia. Si el juez considera procedente, lo demandado, publicará la petición de declaración de ausencia durante 3 meses con intervalos de 15 días, en el periódico oficial del lugar donde se intente la acción o en el principal del último domicilio del ausente. Si transcurridos 4 meses después de la última publicación no se tienen noticias se le declarará formalmente ausente, situación que se dará a conocer por medio de 3 publicaciones con intervalos de 15 días que se repetirán cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

A partir de la declaración formal de ausencia, puede iniciarse el procedimiento de sucesión, en cuyo caso los herederos pueden tomar posesión de los bienes siempre y cuando otorguen garantías por si aparece el ausente. En este caso el ausente recobrará sus bienes y los

poseedores provisionales harán suyos los frutos industriales y la mitad de los civiles y naturales.- El tercer período se da cuando transcurridos 6 años después de la declaración formal de ausencia, el juez a petición de parte interesada declara la presunción de muerte.

Sobre este particular Rafael Rojina Villegas³³ señala: "En los casos de ausencia hay una representación legal necesaria, para resolver el problema jurídico que origina la hipótesis de ausencia ya declarada, primero en la representación provisional, antes de que se haga la declaración de presunción de muerte del ausente, y después, en la representación definitiva, una vez que se hace esa declaración".

Rojina Villegas estima que el punto de partida de la representación legal en caso de ausencia, se origina por la imposibilidad material de actuar. Hay una necesidad jurídica, ineludible, de que los derechos del imposibilitado para actuar, se hagan valer, porque de lo contrario, la incapacidad de ejercicio se transforma en incapacidad de goce,

33 Rojina Villegas, Rafael, Obra Citada, págs. 391 y 401

y, ésta al ser total, traería como consecuencia privación de la personalidad".

Se observa que estamos ante otro caso de representación legal, que como ya puntualizamos es la impuesta por la ley a diferencia de la representación voluntaria, que nace de la autonomía de la voluntad.

Considero que fue muy acertada la creación de normas legales en torno a esta figura jurídica debido a la necesidad ineludible en el derecho de que el imposibilitado pueda ejercitar sus derechos, además de que era evidente que la solución no sólo era necesaria, sino única, porque no habría otra forma de permitir al imposibilitado que actuara.

En el caso de los ausentes la función representativa está determinada en los siguientes artículos:

Artículo 651 c.c.- Si el ausente tiene hijos menores que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la

ley, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497.

Artículo 656 c.c.- Tienen acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste.

Artículo 672 c.c.- Pasados dos años, que se contarán del modo establecido en el artículo 670, el Ministerio Público y las personas que designa el artículo siguiente, pueden pedir que el apoderado garantice, en los mismos términos en que debe hacerlo el representante. Si no lo hiciera se nombrará representante de cuerdo con lo dispuesto en los artículos 657, 658 y 659.

Artículo 673.- Pueden pedir la declaración de ausencia:

I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;

II.- Los herederos instituidos en testamento abierto.

III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y

IV.- El Ministerio Público.

Artículo 695 c.c.- Si hecha la declaración de ausencia no se presentaren herederos del ausente, el Ministerio Público pedirá, o la continuación del representante, o la elección de otro que en nombre de la Hacienda Pública, entre en la posesión provisional, conforme a los artículos que anteceden.

Artículo 722 c.c.- El Ministerio Público velará por los intereses del ausente, será oído en todos los juicios que tengan relación con él, y en las declaraciones de ausencia y presunción de muerte.

5. SUCESION

Esta figura jurídica es muy controvertida, en cuanto si el albacea es o no el representante en las sucesiones. Considero que hay extinción de capacidad del autor de la herencia, por lo tanto hay necesidad de unificar la representación de herederos y legatarios a través de un órgano, que es el albacea.- Según el licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo³⁴ "El albacea ni representa al autor de la sucesión ni a los herederos ni a la masa hereditaria. Es un liquidador del haber hereditario. Mientras adjudica los bienes los debe administrar y representar la sucesión en todos los juicios que se promueven en favor o en contra de ella y finalmente, rendir cuentas". El maestro Rafael Rojina Villegas³⁵ opina que "En las sucesiones encontramos la extinción de una capacidad (la del autor de la herencia) con la creación de una copropiedad, es decir, no hay aquí problema de capacidad jurídica, porque los herederos y legatarios tienen, pero hay necesidad de unificar la representación de éstos a través de una

34 Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Obra Citada, pág. 84

35 Rojina Villegas, Rafael, obra citada, pág. 399

persona que es el albacea.- Esto es, por consiguiente, el punto de partida de la representación legal: incapacidad de ejercicio, imposibilidad material de actuar o necesidad de unificar una representación de persona distinta".

La sucesión es otra de las figuras jurídicas en la que se requiere un representante legal, e independientemente del albacea el Ministerio Público tiene un papel muy importante que desempeñar en las sucesiones.

Artículo 1654 c.c.- La herencia dejada a los menores y demás incapacitados será aceptada por sus tutores, quienes podrán repudiarla con autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Público.

Artículo 1668 c.c.- Las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar herencias; pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de Beneficencia Privada, no pueden repudiar la herencia, las primeras, sin aprobación judicial,

previa audiencia del Ministerio Público, y las segundas, sin sujetarse a las disposiciones relativas de la Ley de Beneficencia Privada.

Los establecimientos públicos no pueden aceptar ni repudiar herencias sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependan.

Artículo 1726 c.c.- Cuando fuere heredera la Beneficencia Pública o los herederos fueren menores, intervendrá el Ministerio Público en la aprobación de las cuentas.

Artículo 1745 c.c.- Los cargos de albacea e interventor, acaban:

I.- Por el término natural del encargo;

II.- Por muerte;

III.- Por incapacidad legal, declarada en forma;

IV.- Por excusa que el juez califique de

legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública.

V.- Por terminar el plazo señalado por la Ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo.

VI.- Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos;

VII.- Por remoción.

Resumiendo la idea principal; la misión del albacea, es la de vigilar que se cumpla estrictamente la voluntad del testador y unificar las diferencias que pueden surgir entre herederos y legatarios.

CAPITULO IV

REPRESENTACION VOLUNTARIA

1. INTRODUCCION

Un mundo cada día más pequeño por obra del progreso constante de los medios de comunicación y de transporte, la expansión del comercio nacional e internacional, la frecuencia con que las personas se alejan de la sede de sus negocios, la función dinámica de la riqueza en la economía moderna, la mayor amplitud con que se admiten las operaciones relacionadas con el patrimonio de incapaces, el número creciente de personas de existencia ideal y la extensión de sus actividades, son circunstancias que concurren para explicar el desarrollo sorprendente de la representación en la vida jurídica de nuestro tiempo.

En torno a la representación voluntaria el Tratadista Federico De Castro y Bravo, señala³⁶: Todos los días infinidad de actos se realizan por representación mediante el uso de poderes voluntariamente conferidos. Puede decirse que es una institución vulgar en el sentido de que aún los profanos conocen su existencia, recurren a

36 De Castro y Bravo Federico, *Temas de Derecho Civil*, Editorial Rivanedeyra, S.A., Madrid 1976, págs. 171-182

ella con desenvoltura, saben por lo general cómo se formaliza y cuáles son sus consecuencias. Nadie duda de que puede ausentarse repentinamente dejando a otro al cuidado de sus bienes, porque todos saben que la representación, como decía Sánchez Román³⁷, tiene la virtud de convertir la ausencia real en presencia jurídica. Nadie ignora que puede encargar, a quien elija por la confianza que le inspire, la conclusión de un contrato o su representación en juicio. Muchas personas se desempeñan, habitualmente, como tutores, síndicos, apoderados, curadores, padres que ejercen la patria potestad, administradores de sociedades, agentes marítimos, gestores de negocios, y la seguridad con que actúan parece responder a un conocimiento exhaustivo de esta compleja figura.

El desembarazo con que se le utiliza corrientemente, hace pasar inadvertidas las preocupaciones con que la representación aflige todavía a los juristas y la deficiencia de las normas legales que la regulan. ¿Cómo se explica el fenómeno de la representación? ¿Constituye un misterio, como se ha dicho? ¿Es realmente una

37 Sánchez Román, citado por De Castro y Bravo Federico, pág. 171

"monstruosidad jurídica", según se ha repetido?
¿Es compatible con el respeto a la autonomía de la voluntad? ¿Significa una excepción al venerable principio de la relatividad?. ¿Debe admitirse sin más, que no coincidan el sujeto de la voluntad y el sujeto de los efectos de un mismo acto?. ¿Puede transmitirse la voluntad?. Finalmente ¿Es posible que la voluntad de una persona se manifiesta con efectos para otra?.

Estas preguntas requieren respuestas en el estudio que vamos a emprender. Si se ahonda el análisis, será preciso determinar la fuente de esa extraña facultad que permite a una persona realizar actos jurídicos permaneciendo inmune a sus efectos, mientras éstos derivan a una esfera ajena; la naturaleza y los requisitos del acto que la confiera; la capacidad que ha de tener quien oficie de representante; las consecuencias de los vicios que puedan afectar su voluntad o la de su representado; la influencia sobre el acto de ciertos estados subjetivos de ambos, como su buena o mala fe, y su conocimiento e ignorancia de determinadas circunstancias".

El maestro Luis E. Negri Pisano³⁸ dice: "Conviene subrayar desde el comienzo que la representación es uno de los temas más confusos del derecho. Casi todo en ella es incertidumbre y vaguedad. Varios de sus problemas sustanciales aún no han merecido soluciones claras, precisas y aceptadas. Ninguna legislación sobre este punto satisface a todos. Pocos autores han dedicado alguna línea para confirmar lo dicho antes por otros. Por lo general, cada obra significa una nueva teoría, que pretende suplantarse las expuestas hasta entonces.

No conocemos un caso igual en la ciencia del derecho. Pero la representación no es una teoría apta para diversos usos ni un concepto utilizable para justificar, como se ha intentado, cualquier avance sobre la autonomía individual que no tenga otra explicación razonable.

Por lo demás la representación voluntaria, como su nombre lo indica, descansa en la voluntad de la persona representada con los perfiles jurídicos que ahora se le reconocen, es una institución moderna que encauza admirablemente la

38 Negri Pisano, Luis Esteban, Obra Citada, págs. 19, 20 y 21

colaboración entre los hombres, convirtiéndose en un instrumento indispensable de nuestro tiempo, sobre todo en el campo de las actividades económicas. Solamente el uso de la representación por los individuos y por las empresas, permite mantener el ritmo de los negocios en la escala requerida, cada vez menos dirigidos por las manos de sus propios dueños".

Si bien se mira, es la era de los representantes. Pero en la base de ese torbellino está la voluntad, la voluntad que elige la persona del representante, que lo eleva en la pirámide a medida que sus méritos aumentan la confianza que le inspira, que determina la extinción de sus poderes, y que pone fin cuando le place a las facultades conferidas.

La representación voluntaria, según veremos con detalles, tiene su origen exclusivamente en un acto jurídico que se llama poder, formado por una manifestación de voluntad de la persona representada y es así como la facultad de representar se confiere a otra persona. La representación voluntaria se realiza dentro del

ámbito de la libertad autonomía de la voluntad. Por medio de ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta.

El Código Civil vigente no trata en capítulo especial a la representación, sólo establece lineamientos generales: Artículo 1800.- "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por si o por medio de otro legalmente autorizado".- Artículo 1801.- "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por el o por la ley".

2. PODER

"El poder es el otorgamiento de facultades que dá una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. Es una de las formas de representación puede tener como fuente la ley o voluntad del sujeto dominus, mediante un acto unilateral.

Esta institución surte efectos frente a

terceros; se diferencia del mandato y prestación de servicios, válidos sólo entre las partes, mandante y mandatario, profesor y cliente, que no surten efectos jurídicos frente a terceros.

Una de las fuentes del poder es la declaración unilateral de voluntad recepticia. Para su realización tiene que estar unida a otra figura jurídica, como el mandato, prestación de servicios, fideicomiso, etc., aunque su unión con el mandato es más frecuente y normal³⁹.

A la palabra poder se le han dado diferentes significados. En una primera aceptación, se le considera como⁴⁰ "El documento por medio del cual se acredita la representación que ostenta una persona en relación con otra o sea, se refiere al documento desde el punto de vista formal, no a su contenido, y así se habla de carta poder o del poder notarial".

Una segunda acepción⁴¹. "Se refiere al acto por el cual una persona queda facultada por otra

39 Pérez Fernández del Castillo. Obra Citada, pág. 14

40 Diccionario Planeta de la Lengua Española, Editorial Planeta, S.A., 1982, Barcelona, Esp. pág. 912

41 Ibidem, misma página

para actuar en su nombre y representación, o sea, al acontecimiento espacio-temporal de facultamiento".

La palabra poder, se refiere a la institución por medio de la cual una persona puede representar a otra en virtud de un acto derivado de la autonomía de la voluntad o de la ley.

La doctrina alemana es la que ha estudiado en forma más clara la figura del poder. Al inicio de esta tesis, es decir en los acontecimientos históricos puntualizamos que se inicia con Rodolfo Von Inhering en 1857 y continúa con Laband 1866, quienes llegaron a la conclusión de su carácter abstracto, como un negocio independiente, consiste en la declaración unilateral de la voluntad de conferir facultades representativas al apoderado.

Para los tratadistas, la abstracción del poder ha tenido la utilidad de facilitar su distinción de otras figuras jurídicas como la del mandato, fideicomiso, prestación de servicios

profesionales. Considero sin embargo que no puede utilizarse ni desarrollarse en forma abstracta e independiente, sino unida a cualesquiera de las figuras jurídicas mencionadas. El apoderamiento no tiene un fin en sí mismo, sino que sirve de medio para la realización de conductas y consecuencias jurídicas posibles mencionadas o reguladas en el mandato, sociedad, fideicomiso, prestación de servicios profesionales y otros. En conclusión, el poder es un "negocio" abstracto, por no referirse a casos concretos; autónomo, porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio, pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio que exprese el alcance de la representación.

Siguiendo las ideas filosóficas de la escolástica, puede decirse que el poder es una figura jurídica latente en estado de potencia y se convierte en acto, cuando se realizan conductas concretas en ejecución de facultades otorgadas en cualesquiera de los negocios jurídicos mencionados. Podemos concluir este apartado, diciendo que, 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, esto es, la declaración unilateral que el representante hace frente a terceros al realizar un determinado acto jurídico de que actúa a nombre y cuenta de su representado. Así pues, toda representación supone o exige un poder, pero no debemos confundir pues como tantas veces hemos visto a lo largo de este estudio, que el poder es la facultad de representar en tanto que la representación es el acto por el cual se pone en práctica dicha facultad.

Los artículos de nuestro Código Civil que se refieren a la concesión de Poderes, son los siguientes:

Artículo 2553.- El mandato puede ser general o especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554. Cualquiera otro mandato tendrá el carácter de especial.

"El mandato puede ser general o especial. El

Código Civil reglamenta como generales los que se dan para atender un número indeterminado de asuntos, sea para pleitos y cobranzas, para administración o para actos de dominio; y especiales, aquéllos que se otorgan para la atención de uno o varios asuntos específicamente determinados, ya sea para pleitos y cobranzas, para actos de administración o aún de dominio. En este último caso el mandato será especial.

En la práctica pueden combinarse las ventajas del mandato especial con las del mandato general de modo que las facultades conferidas al mandatario no sean insuficientes pero tampoco excedan peligrosamente la medida exigida por la finalidad del mandato. En ese propósito se puede conferir un mandato general limitándolo a un bien o a un negocio determinado.

Aunque se trate de un mandato general, cuando alguna ley requiere de una cláusula especial para ejercer una determinada facultad, es necesaria la cláusula expresa como acontece con la facultad para desistirse en el juicio de amparo.

Cuando el mandato se otorga para realizar actos de derecho de familia, por ejemplo, contraer matrimonio, reconocer un hijo, adoptar y otros, ese mandato debe ser especial y otorgarse siempre en escritura pública y ha de precisarse el acto concretamente para el que se confiere; de manera que el mandatario general no tiene facultades para llevar a cabo ninguno de esos actos. Por otra parte, el mandato en estos casos, se extingue al mismo tiempo que el mandatario realiza el acto jurídico que le encarga el mandante"42.

Artículo 2554.- En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

42 Código Civil comentado

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen.

"En el mandato general hay una gradación o jerarquía: el mandato general para actos de dominio, comprende el mandato para actos de administración y para pleitos y cobranzas, en tanto que el mandato general para actos de administración, sólo comprende el poder general para pleitos y cobranzas.

Los autores que han estudiado el mandato sostienen opiniones diversas sobre la posibilidad

de que el mandatario esté capacitado para realizar donaciones a nombre del mandante"⁴³.

"El mandato general para actos de dominio permite al mandatario hacer donaciones a nombre del mandante supuesto que tiene todas las facultades de dueño por lo que debe limitarse expresamente esa facultad para impedir donaciones"⁴⁴.

Sánchez Medal expone⁴⁵: "Por dos razones el mandatario general para actos de dominio no puede hacer donaciones sin autorización expresa del mandante: a) Por analogía o por mayoría de razón ya que si el administrador general no puede conceder el uso gratuito de una cosa a través del comodato, sin permiso especial del comandante, tampoco el mandatario general para actos de dominio podrá donar sin permiso expreso especial del mandante; b) el mandato se confiere generalmente para la administración o conservación del patrimonio del mandante, no para la desintegración del mismo salvo permiso

43 Ibidem

44 Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Volumen II. 2ª Ed., México Antigua Librería Robledo 1956, pág. 243

45 Sánchez Medal Ramón, De Los Contratos Civiles, México 1984, Porrúa 7ª. Ed., pp. 243 y 255

especial, razón por la cual el mandatario tiene facultades para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos. Por razones análogas no pueden los padres ni los tutores hacer donaciones de bienes de sus representados".

"Artículo 2587.- 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 resolver y articular posiciones;

V.- Para hacer cesión de bienes;

VI.- Para recusar;

VII.- Para recibir pagos;

VIII.- Para los demás actos que expresamente

determine la ley.

Cuando en los poderes generales se desee conferir algunas de las facultades acabadas de enumerar, se observará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2554 c.c.

El procurador está obligado a realizar las gestiones que el mandante le encomiende, además de los actos expresados en el artículo 2588. Si estas gestiones están comprendidas en las enumeradas en este artículo se requerirá de un poder o cláusula especial, aún cuando se otorgue judicial con carácter general, éste no faculta al mandatario para ejecutar ciertos actos judiciales que por su naturaleza, requieran de facultades expresas. Las gestiones enumeradas en este artículo no se refieren a simples actos judiciales sino que constituyen decisiones o actuaciones que trascienden los límites mismos del desarrollo del proceso, son por ello de una mayor consecuencia para los asuntos del poderdante y en razón de esta consideración, se requiere de una formalidad especial".

3. MANDATO

El mandato es un contrato por el cual una persona llamada mandatario, se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (art. 2546 del Código Civil).

Esta definición difiere de la del Código de 1884 en varios puntos según lo puntualiza el Lic. Ramón Sánchez Medal⁴⁶.

"a) No exige que el mandato sea ostensible o representativo, y, por tanto no es necesario que el mandatario obre siempre en nombre del mandante, sino que permite que sea no, representativo o "Mandato del Testaferro", razón por la cual sólo se indica que el mandatario obre por cuenta del mandante; b) Es un contrato oneroso por naturaleza, por cuanto que es necesario pacto expreso en contrario para que sea gratuito; pero por no ser la retribución un elemento esencial no se incluye en la definición; c) El mandato es un contrato y, no un simple acto como lo expresaba el Código anterior (art. 2342)

46 Ibidem. pág. 303

1884, pues aunque ordinariamente, sólo interviene el mandante al conferir el mandato, de todas maneras se requiere la aceptación del mandatario para que sea perfecto; d) Tiene por objeto forzosamente actos jurídicos el mandato y no pueden ser objeto de él actos materiales".

a) CARACTERIZACION DEL MANDATO

"Este Contrato es generalmente principal, es decir, tiene vida independiente de cualquier otro contrato; pero puede ser accesorio cuando el mandato desempeña una función de garantía o de medio para cumplir una obligación preexistente, constituida a cargo del mandante. V.G.: Cuando éste es deudor del mandatario y le dá poder para el cobro de ciertos créditos suyos a efecto de que con su producto se pague la obligación existente entre ellos. En ese caso el mandato está vinculado con una operación anterior y tiene por objeto dar cumplimiento a la misma.

Es además bilateral, en virtud de que impone obligaciones recíprocas según veremos después. En el Código vigente, lo mismo que en los Códigos de

1870 y el de 1884, el mandato sólo será gratuito cuando así se haya convenido expresamente. De lo contrario la ley lo reputa por naturaleza oneroso, al imponer provechos y gravámenes recíprocos consistentes respecto al mandatario en ejecutar la misión que se le encargue, lo cual implica un gravamen para él y un beneficio para el mandante, con la obligación para este de cubrir honorarios o una retribución al mandatario. El artículo 2549 del ordenamiento en vigor substancialmente igual a los artículos 2506 del Código de 1870 y 2374 del anterior, prescriben: "Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente". Además, el contrato del mandato se caracteriza como formal por regla general, excepcionalmente puede ser consensual, es decir, debe constar por escrito; y, para ciertos negocios debe otorgarse en escritura pública. Excepcionalmente se acepta el mandato verbal en los negocios menores de doscientos pesos"⁴⁷.

En resumen el contrato de mandato es un contrato generalmente oneroso y sólo por

47 Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1988, pág. 293

excepción gratuito (2549 c.c.) También un contrato bilateral en sentido amplio porque da nacimiento desde su perfeccionamiento no sólo a obligaciones a cargo del mandatario, sino también engendra la obligación a cargo del mandante de pagar la retribución; pero en este caso, según se indica en la teoría general del contrato, no se trata de un contrato sinalagmático en el sentido propio o estricto, con obligaciones interdependientes.

El maestro Ramón Sánchez Medal⁴⁸ dice: "En efecto, no puede exigirse la rescisión de este contrato por incumplimiento de la citada obligación a cargo del mandante y además, nada impedirá que el mandatario reclamara y obtuviera el pago de la retribución pactada, aunque no realizara los actos jurídicos por habérselo ordenado así el propio mandante con posterioridad a la celebración del contrato, o por haber surgido un accidente imprevisto que hiciera inconveniente la ejecución del encargo dado por el mandante, lo que demuestra que no hay interdependencia recíproca entre las obligaciones del mandatario y las del mandante. A esta

48 Sánchez Medal Ramón. Ob. Cit. p.p. 303 y 304

idéntica conclusión se llega, si se considera que el mandatario carece de derecho de retención aún cuando no se le haya pagado la retribución, puesto que tal derecho sólo existe para obligar al mandante al reembolso de las expensas y al pago de los daños y perjuicios que hubiera sufrido (2579 c.c.), por cuyo motivo no se concede en este contrato la excepción de contrato no cumplido "exceptio non adimpleti contractus".

Cuando es gratuito el mandato, puede decirse que es unilateral, pues todas las obligaciones a cargo del mandante, o sea la de reembolsar al mandatario por los gastos efectuados y la de indemnizarlo por los daños y perjuicios que le hubiere causado el cumplimiento del mandato (2577 y 2578 c.c.), no nacen al momento mismo de perfeccionarse el contrato sino con posterioridad y a consecuencia de hechos eventuales, razón por la cual no es muy exacta la denominación de contratos sinalagmáticos imperfectos que se aplica a éste y a otros contratos unilaterales.

Es un contrato "intuitu personae" (arts. 2574 y 2575 c.c.) y debido a ello el mandato

termina con la muerte de cualquiera de las dos partes (2595 c.c. - III) y no puede el mandatario encomendar a un tercero el desempeño del mandato, a menos que expresamente lo hubiera facultado para ese efecto el mandante (2574 c.c.)

En cuanto a su forma es un contrato formal, ya que aun el mandato verbal de menor cuantía, debe ratificarse por escrito (2552 c.c.), siendo nulo el mandato que prescinda de los requisitos legales de forma (2557 c.c.)

Según una parte de la doctrina española, la igual que el contrato de promesa y el de sociedad, es un contrato preparatorio el mandato, por cuanto que crea relaciones jurídicas en orden de la realización de otros actos jurídicos posteriores a los cuales sirve de antecedente. En un sentido semejante se llaman contratos de organización al contrato de sociedad y al contrato de mandato.

Ordinariamente también es un contrato principal, o sea, que subsiste por sí mismo y no depende de otro contrato; pero por excepción

puede ser accesorio, como acontece en el mandato irrevocable que se otorga como condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una anterior obligación ya contraída (2596 c.c.)".

b) DIVERSAS ESPECIES DE MANDATO

Leopoldo Aguilar Carbajal⁴⁹ sostiene al respecto "Puede ser representativo o no representativo, según que los actos jurídicos que otorgue el mandatario declare que es representante de otra persona, o se ostente como contratante en su propio nombre. Sin embargo, en uno y en otro caso, los efectos de los actos jurídicos deberán repercutir en el patrimonio del mandante. (arts. 2560 y 2561 c.c.)

El mandato también puede ser civil o mercantil, según que los actos que vaya a ejecutar el mandatario sean o no mercantiles; el mandato mercantil toma el nombre de comisión.

La tradición romana fue en el sentido de considerar al mandato como contrato gratuito, ya

49 Leopoldo Aguilar Carbajal, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 1977, págs. 180, 181 y 182.

que se estimó como un favor de amigo. Art. 2459 c.c.

Puede ser el mandato general o especial, según que se confiera para que el mandatario celebre todos los contratos o actos jurídicos que se le puedan ofrecer al mandante, o bien cuando se otorgue para la ejecución de alguna de las facultades del mandato generales o se otorga para uno o varios asuntos determinados del mandante. En el Código anterior únicamente podría el mandato general recaer sobre actos de administración.

Conforme al Código Civil vigente pueden existir tres clases de mandatos generales: de dominio, de administración y judicial. Arts. 2553 y 2554.

Existen dos opiniones para distinguir un mandato general de un especial. La primera nos dice que el mandato será especial, cuando se hayan impuesto limitaciones, por el mandante, a las facultades enunciadas en el Art. 2554; en cambio otra nos dice que el mandato será

especial, cuando se otorgue para que el mandatario ejecute uno o varios actos o contratos determinados; pero no cambia su carácter si se le confieren al mandatario las facultades del mandato de que se trate".

Estimo preferible la opinión de que el mandato será general cuando se otorgue para todos los negocios que se le ofrezcan al mandante, dentro de la categoría o categorías que se enuncien; en cambio, el mandato será especial, cuando se confiera para uno o varios asuntos, específicamente determinados, independientemente de que se le confiera con todas las facultades legales o bien, se le limiten.

Como una formalidad requerida por la experiencia, los artículos 2555, en relación con el 2587, disponen que en los testimonios que expidan los Notarios, de los poderes que ante ellos se otorguen, siempre se inserte literalmente el Art. 2554, para que tanto el mandante como el mandatario sepan las facultades que se confieren a éste.

El mandato general para pleitos y cobranzas tiene como contenido las facultades enumeradas en el Art. 2554 c.c., pero además el mandatario tendrá facultades judiciales y extrajudiciales.

Por lo que refiere al mandato general para actos de administración, confiere al mandatario todas las facultades necesarias para el otorgamiento de actos de esa naturaleza.

En cambio el mandato general para actos de dominio, confiere la facultad de celebrar todos los actos de esta naturaleza.

En caso de duda, el mandato general debe interpretarse en forma extensiva; además se reconocen dentro de su contenido un conjunto de facultades implícitas; no es necesario como antes acontecía, enumerarlas. Por el contrario, en el mandato especial, el método de interpretación es el contrario, debe interpretarse restrictivamente y funciona a base de facultades expresas.

Otra clasificación del mandato es la que lo clasifica en revocable e irrevocable. A pesar de

que la tradición consideró al mandato como un contrato esencialmente revocable, por ser intuitu personae, porque pueden ponerle fin tanto el mandante como el mandatario, el primero por la revocación y el segundo por la renuncia, Art. 2596 y 2603.

Según la revocación puede ser expresa o táctica, (Arts. 2596 y 2599 de c.c.)

Mandato Irrevocable. El Código hace del mandato un contrato de garantía, en determinados casos; así prohíbe la revocación en dos casos: a) Cuando se estipule como condición en un contrato bilateral y b) como medio para cumplir una obligación contraída. Art. 2596

Como ejemplo del primer caso podemos citar cuando el vendedor tiene ya iniciados varios juicios sobre rescisión o pago de notas de los inquilinos del bien vendido y debido a tramites de pagos de impuestos, inscripción, etc., para la continuación de los trámites le confiere al comprador un mandato irrevocable. Como ejemplo de la segunda hipótesis, pensemos en un acreedor

alimentista que para garantía del pago puntual, sin correr los riesgos de una cesión de créditos, prefiere recibir un mandato irrevocable para que cobre varios créditos que se le adeudan al deudor alimentista. De éstos se pretende que el mandato irrevocable no puede referirse al mandato general.

c) ELEMENTOS ESENCIALES

Sobre este particular el Lic. Rafael Rojina Villegas⁵⁰ expone:

Consentimiento.- "En cuanto al consentimiento, hay en el mandato una modalidad especial. En efecto, el acuerdo de voluntades puede realizarse en forma expresa o tácica por parte del mandatario y también, en algunos poderes, el silencio del mandatario equivale a aceptación. En el contrato de que nos ocupamos el único en el cual el silencio produce efectos jurídicos. No es una novedad el consentimiento tácico, pero si es una excepción que el silencio del mandatario lo tome en cuenta la ley para atribuirle el efecto de que acepta el mandato; aunque para ciertos

50 Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, obra citada, pág. 295

contratos puede haber oferta tácita en nuestro derecho, en el mandato debe ser verbal o escrita y por consiguiente siempre expresa. En cambio, para el mandatario dice la ley que puede haber aceptación expresa (de palabra, por escrito o por signos inequívocos) y tácita, cuando el mandatario ejecuta los actos que le encomiende el mandante, sin que declare que acepta el mandato.

En los mandatos que se otorgan a ciertas personas que públicamente ofrecen sus servicios, si estos mandatos no son rechazados dentro de tres días, la ley considera que el silencio de esos profesionistas equivale a una aceptación. Es, como decíamos, el único caso que en nuestro derecho, en materia de contratos, se atribuye efectos al silencio. Artículo 2547: "El mandato que implica el ejercicio de una profesión, se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato".

El acuerdo de voluntades se concreta cuando el mandatario acepta la proposición del mandante. La aceptación puede ser expresa, de palabra, por escrito o por signos inequívocos, y tácita cuando el mandatario ejecuta los actos que le encomienda el mandante. Se reputa perfecto el mandato en el momento de la aceptación, pero deberán cubrirse las formalidades exigidas en cada tipo de mandato para su validez.

En opinión de Miguel Angel Zamora⁵¹, "Este artículo confunde los contratos de mandato con el de prestación de servicios profesionales, ya que requiere que la persona a quien va dirigida la comunicación ofrezca al público el ejercicio de su profesión, por lo que debiera estar situado en el capítulo que regula la presentación de servicios profesionales. Para que esta disposición sea operante, opina Zamora Valencia, se requiere que el posible cliente formule una clara y completa policitud del contrato de prestación de servicios profesionales, señalando con toda precisión el servicio que pretenda recibir y se requiere además, que le proporcionen

51 Zamora Valencia, Miguel Angel, Contratos Civiles, Porrúa, México, 1981, pág. 182

al profesional los medios necesarios para que pueda actuar".

Dada la naturaleza de la aceptación tácita y la circunstancia especial de que el mandato se otorga generalmente mediante una declaración unilateral del mandante, se ha pensado en que esa figura jurídica no es propiamente un contrato. Si se juzga superficialmente el otorgamiento de un poder, se pensará que, como el mandante hace una manifestación de voluntad unilateral, el mandato es un acto y no un contrato, tal como decía el Código anterior. Sin embargo, el artículo 2547, para evitar una interpretación equivocada, dispone que el mandato se reputa perfecto hasta el momento de la aceptación, como en cualquiera otro contrato; pero, al mismo tiempo, admite que la aceptación puede ser, además de expresa o tácita, simplemente presunta, en el caso ya indicado.

El objeto.- Respecto a éste, también tiene el mandato características muy especiales. Debe recaer exclusivamente sobre actos jurídicos, como ya explicamos. Estos actos jurídicos deberán ser posibles, lícitos y de tal naturaleza que puedan

ejecutarse por el mandatario; por consiguiente, el mandato no puede recaer sobre actos jurídicos que, conforme a la ley, sean personalismos. No puede haber mandato para otorgar un testamento o declarar como testigo. En todos aquellos actos jurídicos en que cabe la representación, el mandato sí puede otorgarse.

Los actos jurídicos, además de ser lícitos, deben ser posibles, tanto física como jurídicamente. Podría presentarse el caso de un mandato para ejecutar actos jurídicos imposibles desde el punto de vista legal; en este caso, el contrato es inexistente por falta de objeto, supongamos, poder para adquirir bienes destinados a un servicio público o de uso común.

Conforme al artículo 2548 de nuestro Código Civil: "Pueden ser objeto del mandato los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado".

"El objeto del mandato es la realización de los actos jurídicos por cuenta del mandante. Se distingue del contrato de prestación de servicios

profesionales en que el objeto de este último radica en la realización de actos o hechos materiales e intelectuales. El contrato de mandato recae exclusivamente sobre actos jurídicos, posibles, lícitos y de tal naturaleza que puedan ejecutarse por el mandatario, por lo tanto, el mandato no puede recaer sobre actos jurídicos que conforme a la ley sean personalísimos p.e. hacer testamento, tramitar divorcio voluntario y otros semejantes.

Para otorgar el mandato se requiere en el mandante capacidad para contratar y legitimación para llevar a cabo los actos jurídicos materia del mandato; para ser mandatario se necesita capacidad para contratar. Sin embargo, se requerirá legitimación para ejecutar el acto jurídico a que se refiere el mandato, en el caso de que se trate de un poder sin representación"⁵².

d) ELEMENTOS DE VALIDEZ

La capacidad.- Este elemento de validez presenta en el mandato características

especiales. No basta la capacidad general para contratar en el mandante; este debe tener un doble capacidad: a) para contratar y b) para ejecutar el acto jurídico que encomiende al mandatario. En un mandato para enajenar, el mandante no sólo debe tener capacidad para contratar, sino también para enajenar.

Un menor emancipado que tiene capacidad general para contratar, pero no para ejecutar actos de dominio sobre inmuebles, no podrá conferir mandato para esta clase de actos. En cambio, el mandatario, basta que tenga capacidad general para contratar, en el mandato representativo. En el no representativo, como la relación jurídica se constituye directamente entre mandatario y tercero, la capacidad del mandatario debe ser, no solo general, sino especial para ejecutar el acto jurídico de que se trate.

El mandato judicial tiene otro tipo de reglamentación. Propiamente no se refiere a la capacidad, sino a la legitimación del mandatario. Así el artículo 2585 establece una serie de

prohibiciones a los funcionarios judiciales y a los empleados, para ser mandatarios judiciales. Finalmente, la ley de Profesiones exige la posesión de una cédula profesional para ser mandatario judicial.

Artículo 2585 c.c.- No pueden ser procuradores en juicio:

I.- Los incapacitados

II.- Los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia, en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción;

III.- Los empleados de la Hacienda Pública, en cualquier causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos distritos.

El judicial es una de las especies del mandato, a través del cual se confieren facultades al mandatario para intervenir en procedimientos judiciales. No cualquier persona

puede ser procurador en juicio, la ley reglamentaria del a. 5°. Constitucional establece:

Art. 26.- Las autoridades judiciales y las que conozcan de asuntos contenciosos administrativos rechazarán la intervención en calidad de patronos o asesores técnicos del o de los interesados de personas que no tengan título profesional registrado. Se exceptúa los casos de gestores en asuntos obreros, agrarios y cooperativos y el caso de defensores en materia penal a que se refiere la ley...

"Los preceptos que rigen el mandato judicial son de excepción a las reglas generales del mandato, por lo tanto, el mandato judicial le son aplicables las reglas contenidas en estos artículos que se comentan y en los que sean omisos, se aplicarán las reglas generales del mandato.

Por regla general no pueden ejecutar un mandato los que carezcan de capacidad general para contratar (art. 450 c.c.) y esta regla se

aplica a los procuradores en juicio. Sin embargo, para el mandato judicial no es suficiente la capacidad general y a pesar de tenerla no podrán ser procuradores, por impedimentos legales, los funcionarios y empleados ya mencionados. Estos empleados y funcionarios, no solo tienen imposibilidad para ser mandatarios judiciales en los negocios que conozcan, sino en todos aquellos que sean de su competencia o que estén dentro de su jurisdicción territorial"⁵³.

La forma.- Por lo que se refiere a este otro elemento de validez en el mandato, cabe observar que ha sido minuciosamente reglamentado por el Código vigente, originando un problema para el mandato judicial. Dicen al efecto, los siguientes preceptos:

Artículo 2550.- El mandato puede ser escrito o verbal.

Artículo 2551.- El mandato escrito puede otorgarse:

I.- En escritura pública;

II.-En escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y 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;

III.- En carta poder con ratificación de firmas.

"Puesto que el mandato, conforme al a. 2550 c.c. puede ser escrito o verbal, el precepto que se comenta se refiere al otorgamiento del mandato escrito (en documento público o en escrito privado) y después de mencionar en la fr. I al mandato otorgado en escritura pública se refiere al que consta en escrito privado distinguiendo: A) el que se otorga en simple escrito privado B) el que consta en carta poder.

Puede otorgarse una carta poder sin ratificación de firmas, cuando el interés del negocio no exceda de cinco mil pesos (a. 2555 y 2556 c.c.)"54.

54 Idem

Artículo 2552.- El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos.

Cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dió.

El a. 2556 c.c. establece que sólo puede ser verbal el mandato judicial cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos. La SCJN ha emitido la siguiente jurisprudencia:

"Mandato requisitos del. Cuando el interés del negocio sea mayor a 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 validez ni la previa ni la posterior, ratificación de 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 ratificaciones de ninguna clase"⁵⁵.

Artículo 2555 c.c.- El mandato debe

55 SJF 1917-1985, cuarta parte, Tercera Sala, p. 542

otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes:

I.- Cuando sea general;

II.- Cuando el interés del negocio para que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad;

III.- Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público.

"Cuando los actos jurídicos encomendados al mandatario puedan comprometer de una manera importante el patrimonio del mandante como es el caso del mandato general, o cuando el interés del negocio exceda de \$5,000.00 - cantidad verdaderamente baja en la actualidad - habrá de seguirse las formalidades señaladas en este precepto. También deben cubrirse esas

formalidades cuando la ley expresamente lo señala como en los casos del derecho de familia"⁵⁶.

Artículo 2556. El mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de doscientos pesos y no llegue a cinco mil.

Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos.

"El art. 2550 establece el principio de la libertad de forma que tiene el otorgante del mandato, al disponer que puede ser escrito o verbal y el precepto en comentario establece en que caso (si la cuantía del negocio no excede de doscientos pesos) es valido del mandato otorgado verbalmente. Exige la forma de escrito privado si excediendo de esa suma, no llega a cinco mil pesos; en tanto que es preciso el otorgamiento del mandato en escritura pública si excede de tal cantidad.

Por donde se ve que la regla general que establece el a. 2550 sólo surtiría en el caso de los negocios menores de doscientos pesos en los cuales las partes pueden optar por cualquiera de las formas que la ley establece para probar el consentimiento contractual. En los demás casos, el mandato es un contrato, debe otorgarse ya en escrito privado o en escritura pública (art. 2550 y 2556) "57.

Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos.

El Código dispone que el mandato judicial se otorgará por escrito ante el juez, y que éste exigirá la ratificación de la firma, y es aquí donde se origina el problema. Artículo 2586: "El mandato judicial será otorgado en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos ...La primera interpretación que se hizo del mandato judicial, fue exigir siempre, conforme al artículo últimamente citado, que se otorgase por escrito, ratificando las firmas ante el juez;

57 *Ibidem*

pero, posteriormente, se sostuvo que el mandato judicial está también previsto por el artículo 2551, aun cuando este precepto se encuentra en el capítulo del mandato general, supuesto que habla de carta-poder ratificada ante el juez cuando el interés del negocio llegue o pase de 5,000.00 pesos y que no será necesaria la ratificación de la firma en negocio de cuantía menor a cinco mil pesos. Se argumenta que si el legislador se refirió a la hipótesis de que el mandato debería ratificarse ante el juez, era para el negocio que se estaba ventilando y, por consiguiente, era un mandato judicial y por que disposiciones expresa, cuando su cuantía era inferior a la suma de \$5,000.00, bastaba la carta-poder sin ratificación de firmas".

Podemos por tanto considerar en relación con el problema relativo a la forma en el mandato judicial que, conforme a los artículos 2551 y 2556, en relación con el artículo 2555, para el mandato judicial son aplicables las reglas generales contenidas en esos preceptos, toda vez que expresamente se refiere el Código a la necesidad de ratificar el mandato ante el juez,

si el negocio para el cual se confiere llega a \$5,000.00 o excede de esa suma; pero que cuando el negocio sea inferior a esa cantidad, y no es general, basta la carta poder ante testigos, sin que sea menester la ratificación de firmas.

Inobservancia de la forma.- Por lo que se refiere al problema de nulidad por inobservancia de la forma, también el mandato presenta características especiales. Rafael Rojina Villegas⁵⁸ expresa "Cuando no se otorga con las formalidades debidas, está afectado de nulidad relativa; y según la regla general, en toda nulidad de esa clase, cualquiera de las partes puede invocarla. En el mandato, además del mandatario y mandante, pueden invocarla los terceros que hubieren contratado ya que a ellos afecta directamente el mandato y la validez jurídica de la operación dependerá de que se hubiese observado la formalidad correspondiente. Del artículo 2558 interpretado a contrario sensu, se desprende que los terceros que hubieren contratado si pueden pedir la nulidad del mandato por falta de forma, cuando hubieren procedido de buena fe. Dice así dicho precepto: "Si el

58 Rojina Villegas Rafael, ob. cit. pág. 299

mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato".

Tenemos como artículos especiales en esta materia, el 2557, 2558 y el 2559.

Artículo 2557 c.c.- "La omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden, anula el mandato, y sólo 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".

Cuando el mandato no se otorgue con las formalidades exigidas por la ley, se encuentra afectado de nulidad relativa, puesto que el art. 2231 del c.c. establece: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecha en la forma omitida". Podríamos aplicar el a. 2552 que en el segundo párrafo establece: "Cuando el mandato haya sido verbal debe

ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio". De manera que el mandante puede ratificar los actos celebrados por quien no lo representó válidamente, y así convalida los actos llevados al cabo por éste.

Las partes carecen de facultades para ejercitar la acción proforma, puesto que el mandato es un acto por naturaleza revocable, y por lo tanto, no pueden exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley (a. 2232 del c.c.), salvo que se trate de mandatos irrevocables.

Artículo 2558.- "Si el mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste, proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato".

No podrán ejercitar la acción ni oponer la excepción de nulidad, el mandante, mandatario o tercero que haya intervenido en el mandato o en los actos jurídicos procedentes de aquel, cuando hayan actuado de mala fe. La ley no protege a

aquellos que aún conociendo la falta de formalidades celebraron actos jurídicos con la persona que se ostenta como mandatario sin serlo.

Artículo 2559.- "En el caso del artículo 2557, podrá el mandante exigir del mandatario la devolución de las sumas que le haya entregado, y respecto de las cuales será considerado el último como simple depositario".

En caso de nulidad del mandato por falta de formalidades podrá el mandante, si ha procedido de buena fe, exigir del mandatario la devolución de las sumas que le haya entregado respecto de las cuales será considerado éste como depositario y como tal tendrá que devolverlas cuando lo requiera el mandante".

e) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

Según el Lic. Ramón Sánchez Medel⁵⁹ "Pueden reducirse a dos: ejecutar el mandato y rendir cuentas, sin embargo, una y otra obligación son obligaciones complejas, por que cada una de ellas entraña varios deberes del mandatario.

⁵⁹ Sánchez Medel Ramón, ob. cit. pág. 314

1ª.- Obligación de ejecutar el mandato: La ejecución debe hacerse en forma personal por el mandatario, ya que el contrato es "intuitu personae" y por ese motivo no puede el mandatario delegar en un tercero la ejecución del mandato, toda vez que para sustituir el mandato se requiere autorización expresa del mandante" (2574 a 2576)

Artículo 2574. "El mandatario puede recomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello".

El deber de cumplir con las obligaciones derivadas del mandato corresponde al mandatario en forma personal ya que se trata de un contrato intuitu personae, en razón de la confianza que inspira el mandatario al mandante. En tal virtud el mandatario no puede delegar en un tercero la ejecución del mandato, salvo que exista autorización expresa del mandante.

Pero la facultad de sustitución conferida al mandatario, no se entiende otorgada al sustituto, salvo cláusula expresa".

Artículo 2575.- Si se le designó la persona del sustituto, no podrá nombrar a otro sino se le designó persona, podrá nombrar a la que quiera, y en este último caso solamente será responsable cuando la persona elegida fuere de mala fe o se hallare en notoria insolvencia.

"Cuando se faculta al mandatario para sustituir el mandato, Pueden presentarse dos situaciones: Que en la cláusula de sustitución se designe a la persona en favor de quien el mandatario puede sustituir sus facultades. Esta sustitución constituye una verdadera cesión del contrato de mandato, y en tal virtud desaparece la primera relación jurídica y se establece otra indirectamente entre el mandante y el segundo mandatario, en la cual el primer mandatario no tiene ninguna responsabilidad por el incumplimiento del mandato.

Si la sustitución del mandato se realiza en virtud de una autorización general (impersonal) también existe una cesión, porque la sustitución no equivale a la delegación del mandato, por lo tanto, no desaparece la relación jurídica entre

el mandatario y el mandante (cesión imperfecta). Aquél será responsable ante el mandante del dolo o insolvencia del sustituto "60.

Artículo 2576.- El sustituto tiene para con el mandante los mismo derechos y obligaciones que el mandatario.

"Luego que ha sido designado el mandatario, éste puede encomendar el cumplimiento del mandato al sustituto, quien queda obligado tanto frente al mandante como frente al mandatario original, el cual es (conforme al artículo anterior) responsable de la inejecución dolosa por parte del mandatario sustituto, además de que garantiza la solvencia de éste frente al mandante"61.

La Primera Obligación del Mandatario es ejecutar el mandato personalmente, realizando los actos jurídicos que se le encomendaron, por cuenta o en representación del mandante, es la regla general. Como excepción, puede el mandatario encomendar la ejecución del mandato a otra persona, cuando se le hayan conferido

60 Código Civil comentado

61 Ibidem

facultades para sustituir o delegar el mandato.

El Prof. Leopoldo Aguilar Carbajal⁶² en su libro Contratos Civiles expone:

"La substitución del mandato puede ser conferida ampliamente o bien, en forma restringida, según que tenga facultades para designar la persona del substituto o tenga que designar a la persona señalada por el mandante.

En cambio, la substitución del mandato se puede asimilar a una cesión, de tal manera que el primitivo mandatario sale de la relación primitivamente establecida con el mandante, y el nuevo mandatario, que se puede asimilar a un cesionario, entra en relaciones directas con el mandante.

La delegación del mandato consiste en que el mandatario, haciendo uso de las facultades que se le confirieron, otorga un nuevo mandato en favor de otra persona y se convierte en mandante respecto a ella. Se establecen relaciones jurídicas directas entre el mandatario y el

62 Aguilar Carbajal Leopoldo. Ob. Cit. págs. 185 y 186

delegado quedando ajeno a ellas el mandante primitivo".

La segunda obligación del mandatario, se sujetará a las instrucciones recibidas. Artículo 2562: "El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo". Si hubiese un acontecimiento imprevisto o las instrucciones fuesen insuficientes, o si no hubiesen tales instrucciones, el mandatario está facultado para obrar a su arbitrio, debiendo consultar con el mandante si el negocio lo permite, y está obligado a proceder con la diligencia del caso, como si tratase de cosa propia, respondiendo, por consiguiente, de una culpa in concreto.

El mandato es un contrato, un acuerdo de voluntades del que surgen obligaciones que tienen por objeto la ejecución de ciertos actos jurídicos que deben realizar el mandatario de acuerdo con las instrucciones del mandante.

El mandato cualquiera que sea su especie, impone al mandatario entre otras obligaciones primordiales: A) sujetarse en la ejecución del mismo, a las instrucciones del mandante; y B) rendir cuentas de su gestión al mandante de la ejecución de los actos que éste le ha encargado, cuando lo pida el mandante o al concluir el mandato.

En lo previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio propio. Artículo 2565: "En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso de encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante, de daños y perjuicios, que dará opción de éste, ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario".

Si el mandatario realiza operaciones fuera de las instrucciones recibidas, actúa fuera del mandato y corresponde al mandante la opción de

ratificar esas operaciones o dejar al mandatario que se responsabilice de ellas. Los actos realizados por los mandatarios producen efectos respecto a los terceros de buena fe, de manera que si el mandante los ratifica quedará obligado frente a ellos, si no ratifica, será responsable el mandatario.

Además el mandatario es responsable frente al mandante por los daños y perjuicios que le cause por la ejecución de operaciones no encomendadas.

Cabría preguntarse si también la no realización de las instrucciones recibidas responsabiliza al mandatario. Pensamos que si, puesto que el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga a. 2546 del c.c. y el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo, será responsable de daños y perjuicios causados (art. 2104 c.c.)

La tercera obligación del mandatario es que

deberá informar al mandante durante la ejecución del mandato y al terminar éste. Artículo 2566: "El mandatario está obligado a dar oportunamente noticia al mandante, de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo. Asimismo, debe dársela sin demora de la ejecución de dicho encargo".

Todos los hechos o circunstancias que puedan modificar o revocar el encargo deberán ser notificados inmediatamente al mandante. En tanto no pueda realizarse esa comunicación el mandatario obrará con prudencia, cuidando del negocio como propio, por aplicación extensiva del a. 2563

Otra de las obligaciones del mandatario es que deberá rendir cuentas al mandante, entregando todas las sumas que hubiere recibido por el mandato, y las utilidades o cantidades que por cualquier otra causa percibiere, aunque legalmente no correspondan al mandante. Artículo 2569: "El mandatario está obligado a dar al mandante cuentas exactas de su administración, conforme al convenio, si lo hubiere; no

habiéndolo, cuando el mandante lo pida, y en todo caso al final del contrato". Artículo 2570: "El mandatario tiene obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder". Artículo 2571: "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aún cuando lo que el mandatario recibió no fuere debido al mandante".

Acepta el Código que habría un enriquecimiento sin causa en el mandatario si éste percibe cantidades que legalmente no le corresponden y, ante este enriquecimiento sin causa, como las relaciones jurídicas se crean entre los terceros y el mandante, será este el que puede resultar obligado a restituir aquello que indebidamente recibió el mandatario. Por este motivo, éste entregará al mandante aquellas sumas, para que, de existir repetición de lo pagado, pueda el mandante restituir.

También el mandatario está obligado a pagar intereses por las cantidades que hubiere destinado a negocios propios, a partir de la fecha en que hubiere dispuesto de ellas, sin

perjuicio de la responsabilidad penal, por las diversas cantidades en que resulta alcanzado en la rendición de cuentas. Artículo 2572: "El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión; así como los de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyó en mora".

El derecho de retención permitirá cuando se rindan cuentas, no entregar aquellos bienes o sumas que correspondan al mandante, si este no cumple con su obligación. El derecho de retención es, en este caso, excepcional y sólo lo autoriza la ley para ciertos contratos como el mandato, el hospedaje y la prenda, porque implica en realidad, hacerse justicia por propia mano. Artículo 2579: "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores". Los artículos 2577 y 2578 se refieren a las obligaciones del mandante de anticipar fondos al mandatario, reembolsar los que hubiere este

adelantado e indemnizarlo de los daños y perjuicios que le hubiere causado la ejecución del mandato.

Finalmente el mandatario deberá indemnizar al mandante de los daños y perjuicios que le causare cuando se exceda en sus facultades, traspasando los límites del mandato.

f) OBLIGACIONES DEL MANDANTE.- Este tiene como obligaciones principales:

1ª.- Anticipar al mandatario los fondos necesarios para la ejecución del mandato, cuando el último así lo solicite. Artículo 2577: "El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo".

2ª.- Pagar el mandatario las cantidades que hubiese anticipado o suplido para la ejecución del mandato, así como los intereses correspondientes a partir de la fecha del desembolso.

3ª.- Indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios causados por la ejecución del mandato, siempre y cuando no haya habido culpa en el mandatario. Artículo 2578: "Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario".

4ª.- Cubrir al mandatario una retribución u honorarios, cuando no se haya estipulado que el mandato sea gratuito. Por naturaleza el mandato es oneroso y el mandatario tiene derecho de exigir una retribución, pero esto no impide pactar la cláusula en contrario. Artículo 2549: "Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente".

g) RELACIONES ENTRE MANDANTE, MANDATARIO Y TERCEROS

Trataremos ahora de estas relaciones que son las de mayor interés jurídico en la práctica. En el estudio de las mismas, conviene hacer la distinción esencial entre mandato representativo y no representativo. En el primero, se crean relaciones jurídicas directas entre mandante y terceros y, por consiguiente, el mandatario no tiene, ni obligaciones respecto de los terceros, ni la facultad correlativa para exigir a éstos en su propio nombre y beneficio, el cumplimiento de sus obligaciones.

Realizado el negocio, el mandatario es extraño a la relación jurídica en cuanto a exigir su cumplimiento o responder de las obligaciones contraídas. Como ha obrado en nombre y por cuenta del mandante, la persona de éste y su patrimonio quedan obligados respecto de terceros y así lo declara expresamente el artículo 2581 en relación con el 2560 y 2582. Artículo 2581: "El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites

del mandato". Artículo 2582: "El mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante, a no ser que esta facultad se haya incluido también en el poder".

Es decir, en los casos en que el mandatario haya traspasado los límites del mandato, éste sea nulo o haya sido revocado, no se crean relaciones entre el mandante y los terceros, pero el mandante puede ratificar lo que hizo el mandatario traspasando el mandato, cuando éste, le había sido revocado, o cuando es nulo; se trata pues, de una nulidad relativa y queda a voluntad del mandante cumplir y, por consiguiente ratificar tácitamente las obligaciones contraídas por el mandatario. Artículo 2583. "Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, sino los ratifica tácita o expresamente". Para el mandato judicial dispone el artículo 2594: "La parte puede ratificar, antes de la sentencia que cause ejecutoria, lo que el procurador hubiere hecho excediéndose del

poder".

Si no ratifica, el mandante, tiene además la acción de daños y perjuicios en contra del mandatario. Asimismo, los terceros no quedan sin protección jurídica; estos no tiene acción contra el mandante, pero si contra el mandatario, si procedieron de buena fe, es decir, desconociendo los límites del mandato, la revocación de éste o su nulidad. Si fueren de mala fe, sabiendo que era nulo el mandato, que estaba revocado o que el mandatario traspasaba sus facultades, no tendrán acción alguna en contra del mandatario, a no ser que éste se hubiese obligado personalmente, en cuyo caso, se tratará de un mandato no representativo. Artículo 2584: "El tercero que hubiere contratado con el mandatario que se excedió en sus facultades, no tendrá acción contra éste, si le hubiere dado a conocer cuáles fueron aquellas y no se hubiere obligado personalmente por el mandante".

La segunda forma del mandato, cuando no existe representación, no crea relación jurídica entre mandante y terceros, sino directamente

entre mandatarios y terceros. El mandatario debe cumplir las obligaciones y tiene derecho de exigir a los terceros el cumplimiento de las suyas; pero como el mandato afecta al patrimonio del mandante, ya que los actos se ejecutan por su cuenta, en una relación jurídica posterior, exigirá al mandante el reembolso de las cantidades o prestaciones que hubiese pagado por él. A su vez el mandante, exigirá al mandatario las prestaciones, derechos o utilidades que hubiese recibido o adquirido por el negocio. El artículo 2561 antes transcrito así lo dispone expresamente. Se exceptúa el caso en que el mandatario, al ejecutar el mandato por cuenta del mandante, lo haga respecto de cosas propias de éste. Por ejemplo, cuando venda un bien del mandante, de tal manera que la relación jurídica se fincará directamente con él.

Para los terceros que contrataron con el mandatario sin representación, éste es el único obligado y quien está facultado para exigir el cumplimiento de las obligaciones estipuladas a cargo de los mismos.

h) DIVERSAS FORMAS DE TERMINACION DEL MANDATO

El artículo 2595 del c.c. enumera las distintas formas de terminación del mandato. Dice así dicho precepto: "El mandato termina: I.- Por la revocación; II.- Por la renuncia del mandatario; III.- Por la muerte del mandante o del mandatario; IV.- Por la interdicción de uno u otro; V.- Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido; VI.- En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672".

1ª.- Revocación del mandato.- El mandato termina por la revocación del mismo que haga el mandante, excepto cuando se haya otorgado con el carácter de irrevocable. Artículo 2596: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la

otra de los daños y perjuicios que le cause.

El maestro Rafael Rojina Villegas⁶³ manifiesta: "Es irrevocable el mandato cuando se ha conferido como condición para cumplir un contrato bilateral, o como medio para solventar obligaciones previas entre mandante y mandatario, (por ejemplo, cuando para satisfacer una deuda del mandante a favor del mandatario, le otorga a éste poder para que se haga pago de fondos de aquél, que cobrará al deudor en el desempeño del mandato; si el mandatario acepta, no podrá revocar el mandato). En estos casos, tampoco el mandatario podrá renunciar el poder. En la revocación se regulan por la ley diversos modos.

En el mandato judicial la revocación puede hacerse mediante una promoción en el juicio, en la que el mandante manifieste que revoca el poder conferido al mandatario. Artículo 2592. "La representación del procurador cesa, además de los casos expresados en el artículo 2595: IV.- Por hacer el dueño del negocio alguna gestión en el juicio, manifestando que revoca el mandato".

63 Rafael Rojina Villegas, *Obra Citada*, págs. 307, 308 y 309

Una segunda forma de revocación es el nombramiento de nuevo mandatario, a no ser que expresamente se estipule que el nuevo nombramiento no implica la revocación del poder anterior. Artículo 2599: "La constitución de un nuevo mandatario para un mismo asunto, importa la revocación del primero, desde el día en que se notifique a éste el nuevo nombramiento". En el mandato judicial tenemos la aplicación expresa, cuando el mandante confiere un nuevo poder en juicio. Artículo 2592: "La representación del procurador cesa, además de los casos expresados en el artículo 2595: V.- Por nombrar el mandante otro procurador para el mismo negocio". El solo hecho de apersonarse nuevo mandatario implica la revocación del anterior y cuando se desee evitar este efecto, debe manifestarse, que se otorga el nuevo nombramiento sin revocación del mandato precedente.

2ª. Renuncia del mandatario.- Otra forma de terminación del mandato comprende la renuncia que haga el mandatario. En el mandato irrevocable no procede la renuncia, y si el mandatario abandona sus obligaciones, será responsable de los daños y

perjuicios que cause al mandante. En el revocable, procede la renuncia, pero ello no quiere decir que el mandatario abandone inmediatamente los negocios, debe esperar a que el mandante, provea a la procuración si de lo contrario se le sigue algún perjuicio. Artículo 2603: El mandatario que renuncie tiene la obligación de seguir el negocio mientras el mandante no provee a la procuración, si de lo contrario se sigue algún perjuicio". "El mandatario no está obligado a esperar el nombramiento de un nuevo apoderado, porque ésto sería tanto como dejar al arbitrio del mandante el momento en que el mandato terminara y, para este contrato, se admite que por voluntad de alguna de las partes, sino se trata de mandato irrevocable, cuales quiera de ellas pueden dar por terminado el contrato. El mandatario sólo debe continuar en la administración hasta avisar al mandante, y esperar el tiempo razonable para que éste se haga cargo de sus asuntos.

En el mandato judicial es de especial interés hacer esta distinción, porque ocurre frecuentemente que un mandatario en juicio cree

que con renunciar el poder ya no está obligado a intentar recursos, presentar pruebas, asistir a las diligencias, etc. Esta renuncia, tratándose de un mandato judicial puede ser de mala fe o inoportuna, justamente en los momentos en que se deba intentar algún recurso, contestar demandas, rendir pruebas, etc.; tal proceder originará la obligación de indemnizar al mandante de los daños y perjuicios causados por haber renunciado. Por consiguiente el mandatario debe esperar que quede notificado el mandante, para que se apersona en juicio. Por ésta razón el artículo 2591 ya antes transcrito llega al extremo de prohibir el abandono del cargo, aun en el caso de que el mandatario tuviere justo impedimento para desempeñarlo, requiriendo que el mandatario nombre un sustituto, si tiene facultades para ello, o que avise al mandante para que proceda a nombrar a otra persona que se haga cargo del juicio".

3°. Muerte del mandante o del mandatario.- Otra forma de terminación se refiere a la muerte del mandante o del mandatario. El mandato es un contrato que origina derechos intransferibles por

la muerte. Ni el mandante está obligado a respetarlo en favor de los herederos del mandatario, ni éste puede exigir la continuación del mandato, cuando muera el mandante. Esto no quiere decir que las relaciones jurídicas anteriores ya realizadas que originaron prestaciones en favor de una o de otra parte, no se transmitan por herencia. Los herederos del mandatario tienen derecho de exigir los honorarios adeudados, los desembolsos hechos por él, sus intereses y el monto de los daños y perjuicios que hubiere causado el mandato al mandatario; pero por lo que toca a la función específica del mandato, para poder continuar ejecutando actos jurídicos por cuenta o en nombre del mandante, los herederos no pueden tener esa facultad. Sin embargo, la ley les impone el deber de atender a los negocios entre tanto dan aviso al mandante, practicando, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar algún perjuicio. "Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier

perjuicio". (Artículo 2602).

En caso de muerte del mandante ocurre el mismo fenómeno. El mandatario no puede exigir que sus herederos respeten el mandato que se le había otorgado. Tampoco puede el mandatario por ese solo hecho abandonar los negocios sino que debe esperar a que se designe albacea, o que los herederos puedan atenderlo. Artículo 2600: "Aunque el mandato termine por la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración, entre tanto los herederos proveen por si mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio". "En el caso del artículo anterior, tiene derecho el mandatario para pedir al juez que señale un término corto a los herederos a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios". (Artículo 2601)".

4ª Expiración del plazo para el cual se confirió el mandato.- Otra forma de conclusión del mandato ocurre por expiración del plazo para el cual se concedió. Se presentan problemas semejantes al de la revocación, cuando el

mandatario continúa ejerciendo el poder una vez vencido el plazo. Por analogía, pueden aplicarse los artículos 2597 y 2598 para que el mandante notifique la expiración del plazo a las terceras personas respecto de las cuales se confirió el mandato. De otro modo éstas podrían desconocer el término del mismo y exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario después de vencido el plazo, motivando un conflicto entre un tercero de buena fe y mandante, cuya solución está prevista en el artículo 2604 en los siguientes términos: "Lo que el mandatario, sabiendo que ha cesado el mandato, hiciere con un tercero que ignora el término de la procuración, no obliga al mandante, fuera del caso previsto en el artículo 2597". En consecuencia sólo se protege al tercero cuando el mandato se otorgo expresamente para tratar con determinada persona, como dice el artículo 2597; pero si no fuera así, el mandante no quedará obligado con el tercero, si no que este sólo tendrá una acción de daños y perjuicios en contra del mandatario, que después de concluido el término del poder, continuó haciendo uso de el."

5°. Conclusión del negocio para el cual fue otorgado el mandato. También el mandato concluye en los casos en que termine el negocio para el cual fue conferido es decir, en los mandatos especiales para determinado negocio, supongamos para un juicio, el mandato concluye al terminar ese negocio, lo mismo que si se diera para llevar a cabo una compraventa o un arrendamiento. Es evidente que al terminar el negocio para el cual se confirió el mandato deba quedar éste sin vigencia.

6°.- Interdicción del mandante o mandatario. Requiriendo el mandato que ambas partes tengan la capacidad general para contratar y que además el mandante tenga la capacidad especial para celebrar los actos jurídicos que encomiende al mandatario, es lógico que al cesar la capacidad de uno u otro, por que se declare su estado de interdicción, tendrá que concluir el mandato. Tratándose del mandante, su declaración de interdicto hará que se le nombre un tutor, quien será en lo sucesivo su legítimo representante.

En cuanto al mandatario, es evidente que no

solo habrá un obstáculo jurídico por su incapacidad para que pueda desempeñar el mandato, sino que también por su estado de enajenación mental o su falta de inteligencia sobrevenida por una causa posterior, le impedirá cumplir con su cometido. En el mandato no representativo se mantienen las mismas conclusiones, pues aun cuando el mandante no contrate directamente las obligaciones ni adquiere los derechos, siendo el mandatario quien entra directamente en relaciones jurídicas con los terceros, sin embargo, para la existencia del contrato de mandato no representativo que celebran ambas partes, es necesaria la capacidad general en el mandante, así como para que pueda exigir después al mandatario, que cumpla transmitiéndole los derechos y obligaciones que hubiere adquirido en su propio nombre.

7ª.- Ausencia del mandante.- El artículo 2595 fracción VI dispone: "El mandato termina: VI- En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672". Conforme al artículo 648: "El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o

después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder". "En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas". (Art. 670) "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aun cuando el poder se haya conferido por más de tres años" (Art. 671). "Pasados dos años, que se contarán del modo establecido en el artículo 670, el Ministerio Público y las personas que designa el artículo siguiente pueden pedir que el apoderado garantice en los mismos términos en que debe hacerlo el representante. Si no lo hiciere, se nombrará representante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 657, 658 y 659". (Art. 672 c.c.)".

CONCLUSIONES

1.- En la práctica notarial y procesal, a veces se emplean como sinónimos, indistintamente representación y personalidad. El segundo término es el adecuado, pues es una reminiscencia del uso que tenía en el siglo XIX.

2.- La representación normalmente se estudia dentro del derecho privado, concretamente en los negocios jurídicos, cuando en realidad es más amplia, ya que se extiende: En el Derecho Privado, a la familia, sucesiones y demás; en el Derecho Público, en el Procesal, constitucional, administrativo, etc.

La posibilidad de representación está restringida tratándose de actos personalísimos, como en el testamento y reconocimiento de hijos, que por esencia tienen esta característica.

3.- El mandato, por ser un negocio por medio del cual una persona se obliga a realizar actos jurídicos concretos por cuenta de otra, es el vehículo o cause más adecuado para la realización

del poder. La frecuente unión de estas figuras jurídicas, es la razón por la que la mayor parte de los códigos regulan indistintamente el mandato y el poder. Insisto, algunos autores sostienen que el mandato sin representación es la excepción, cuando en realidad es la regla.

4.- Algunos autores consideran que basta que se tenga un poder para actos de dominio para que se estimen implícitas las facultades del pleito y cobranzas y actos de administración; o bién, basta que se tenga poder para actos de administración para que se consideren implícitas las facultades para defenderlos, o sea, las de un apoderado general para pleitos y cobranzas, siguiendo el principio de quien puede lo más puede lo menos.

5.- Particularmente considero que el que puede lo más puede lo menos, pues por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 2554 establece que el mandatario tendrá todas las facultades de un dueño tanto en lo relativo a los bienes como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

6.- El mandato irrevocable debe ser siempre limitado y nunca general o amplísimo, pues se debe circunscribir al cumplimiento de una obligación contraída, o contrato bilateral, cuando su otorgamiento sea una condición.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Contratos Cíviles, Editorial Porrúa, S.A., México 1977, págs. 180, 181 y 182.
- 2.- Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A., México 1981, págs. 59 y 63.
- 3.- Arellano García, Carlos. Práctica Forense Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, págs. 45 y 46.
- 4.- De Castro y Bravo, Federico. Temas de Derecho Civil, Editorial Rivadeneyra, S.A., Madrid 1976, págs. 171-182.
- 5.- Diccionario Planeta de la Lengua Española. Editorial Planeta, S.A., Barcelona, España 1982, pág. 912.
- 6.- Díez Picazo, Luis. La Representación en el Derecho Privado, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición. Madrid 1979, pág. 25.
- 7.- Negri Pisano, Luis Esteban. La Representación Voluntaria, el Poder y el Mandato, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1985, pág. 125.
- 8.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Representación, Poder y Mandato, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, pág. 81.
- 9.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Volumen II. 2ª. Edición. Antigua Librería Robledo, México 1956, pág. 243.

- 10.-Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Obligaciones, Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 394.
- 11.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, pág. 293.
- 12.-Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A., México 1988, pág. 303.
- 13.-Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, págs. 283 y 284.
- 14.-Zamora Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 182.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal 59° Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1991.
- 2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 39° Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1990.