

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**"ANÁLISIS DEL MANDATO FRENTE A LA
REPRESENTACIÓN CIVIL"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

OLIVER ALONSO MENDEZ VALDÉZ

ASESOR DE TESIS: LIC. ERICK SALVADOR PULLIAM ABURTO



MEXICO, D.F.

2002.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**CON RESPETO Y AMOR PARA
MYRIAM FLORES GARCIA**

ANÁLISIS DEL MANDATO FRENTE A LA REPRESENTACIÓN CIVIL

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACION Y EL MANDATO

1.1 LA REPRESENTACION EN ROMA.

1.1.1 LA REPRESENTACION LEGAL.

1.1.1. A) LA TUTELA.

1.1.1. B) EX LEGE HOSTILIA.

1.1.2 REPRESENTACION VOLUNTARIA EL MANDATO.

1.1.2.A) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

1.1.2.B) OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

1.1.2.C) EXTINCIÓN DEL MANDATO

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL Y EL MANDATO EN NUESTROS CODIGOS CIVILES.

1.2.1. EL CODIGO CIVIL DE 1870.

1.2.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

1.2.2.A) EN LAS PERSONAS FÍSICAS.

1.2.2.B) EN LAS PERSONAS MORALES

1.2.3. EL MANDATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

1.2.4. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

1.2.4.A) EN LAS PERSONAS FÍSICAS

1.2.4.B) EN LAS PERSONAS MORALES.

1.2.5. EL CONTRATO DE MANDATO DEL CODIGO CIVIL DE 1884

1.2.6. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

1.2.6.A) EN PERSONAS FÍSICAS.

1.2.6.B) PERSONAS MORALES.

1.2.7. EL CONTRATO DE MANDATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

CAPITULO 2

REPRESENTACION

- 2.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN EN MATERIA CIVIL**
- 2.2 LA CAPACIDAD.**
 - 2.2.1. LA CAPACIDAD DE GOCE**
 - 2.2.2. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.**
- 2.3 LOS ELEMENTOS DE LA REPRESENTACION.**
- 2.4 CLASIFICACION DOCTRINARIA DE LA REPRESENTACIÓN.**
- 2.5 REPRESENTACION DIRECTA.**
- 2.6 LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.**
- 2.7. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA REPRESENTACION .**
 - 2.7.1 EL PATRIMONIO.**
 - 2.7.2. REPPRESENTACION Y ASISTENCIA.**
- 2.8. TEORIAS QUE EXPLICAN LA REPRESENTACION.**
 - 2.8.1. DOCTRINA DE LA FICCION.**
 - 2.8.2. DOCTRINA DE LA COOPERACIÓN DE VOLUNTADES.**
 - 2.8.3. DOCTRINA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO.**
 - 2.8.4. DOCTRINA DEL NUNCIO.**
- 2.9. DIFERENCIA ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS FIGURAS.**
 - 2.9.1. REPRESENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN**
 - 2.9.2. REPRESENTACIÓN Y PROCURA.**
 - 2.9.3. REPRESENTACIÓN Y MANDATO.**
 - 2.9.4. REPRESENTACION Y TRANSMISION DE LA DECLARACION NUNCIUS.**
 - 2.9.5. REPRESENTACIÓN Y PRESTACIÓN DE OBRA.**
 - 2.9.6. REPRESENTACIÓN Y LOS ORGANOS DE PERSONA JURIDICA.**
 - 2.9.7. REPRESENTACIÓN Y CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.**
 - 2.9.8. LA REPRESENTACIÓN Y MEDIACIÓN.**

CAPITULO 3

MANDATO

- 3.1. ASPECTOS GENERALES DEL MANDATO.**
- 3.2. CLASIFICACION DEL MANDATO.**
- 3.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA .**
 - 3.3.1. EL CONSENTIMIENTO**
- 3.4. ELEMENTOS DE VALIDEZ.**
 - 3.4.1. LA CAPACIDAD.**
 - 3.4.2. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.**
 - 3.4.3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.**
 - 3.4.4. EL CONSENTIMIENTO DEBE SER MANIFESTADO EN LA FORMA QUE ESTABLECE LA LEY.**
- 3.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**
 - 3.5.1. DEL MANDANTE.**
 - 3.5.2. OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.**
- 3.6. PLURALIDAD DE MANDANTES Y MANDATARIOS.**
- 3.7. RELACIONES QUE SE PUEDEN PRESENTAR ENTRE EL MANDANTE MANDATARIO Y LOS TERCEROS.**
 - 3.7.1. MANDATO REPRESENTATIVO.**
 - 3.7.2. MANDATO NO REPRESENTATIVO.**
- 3.8. MANDATO GENERAL Y ESPECIAL.**
 - 3.8.1. DIFERENCIAS ENTRE EL MANDATO Y EL PODER.**
- 3.9. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL MANDATO .**
 - 3.9.1. COMENTARIOS RESPECTO DE LA REVOCABILIDAD, IRREVOCABILIDAD Y RENUNCIA**
 - 3.9.2. MUERTE DEL MANDANTE.**
 - 3.9.3. MUERTE DEL MANDATARIO.**
 - 3.9.4. POR INTERDICCIÓN DEL MANDANTE.**
 - 3.9.5. POR EL VENCIMIENTO DEL PLAZO Y POR LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO PARA EL QUE FUE CONCEDIDO.**
 - 3.10.6. AUSENCIA DEL MANDANTE.**

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACION Y EL MANDATO.

1.1 LA REPRESENTACION EN ROMA.

La necesidad de hacerse representar por otro dentro del Derecho Romano, fue una idea que se encontró con grandes dificultades para su desarrollo, la más grande fue la solemnidad que el Derecho Romano imponía a sus actos, y de una manera especial a quienes pretendían valerse de la representación voluntaria.

La representación voluntaria, entendida como la que realiza una persona por otra, a través de un contrato como el de mandato, apareció tardíamente en el Derecho Romano, esto debido a que los actos dentro del Derecho Romano primitivo eran solemnes y exigían la presencia del interesado, se debe recordar que en materia de obligaciones, éstas eran consideradas como intrasmisibles, y se expresaba de forma bastante común que la obligación era una relación estrictamente personal entre el acreedor y el deudor, lo cual dicho en otras palabras era que nadie se podía hacer representar por otra persona, salvo en los casos que la misma ley lo permitiera. El Derecho Romano reconocía únicamente al paterfamilias y a sus sometidos como una sola persona, por lo anterior era común que éste adquiriera a través de aquellos derechos como la posesión y hasta la propiedad

A principio el derecho clásico no admitió que un acto o negocio jurídico celebrado por una persona, produjera efectos en otra, sino que consideró que el acto realizado por el representante producía efectos en el patrimonio de éste, y solo mediante una transmisión posterior podía tener efectos en el patrimonio del representado. "El problema de la participación o intervención de un tercero en la

ejecución de negocios jurídicos se resolvía en Roma obrando el tercero a nombre propio, y a efecto de que el acto celebrado por él fuera oponible al principal, tenía que haber una transmisión ulterior entre ellos, ésta fue la regla que rigió no sólo en el Derecho Romano Clásico, sino también en el Justiniano"¹ Aunque es importante mencionar que fueron admitidas importantes excepciones a las que se reconocieron efectos parciales al menos, en representación. Algunas de ellas se dieron en materia comercial en instituciones reguladas por el Derecho Romano tales como la *actio institoria* y la *exercitoria*, y es que a fines de la época clásica cuando en los mercados disminuyó la cantidad de esclavos, "empleados libres obligan con sus actos jurídicos a sus patrones (*actio institoria*) tratándose de un gerente libre; *actio exercitoria* dirigida contra el *paterfamilias* en relación con obligaciones contraídas a nombre de él, por el capitán libre que se encontrara a su servicio; *actio quasi-institoria*- interpolación en D.17.1.10.5- para casos análogos"²;

En el derecho clásico, el *dominus negotii* respondía de las obligaciones asumidas en el comercio de la nave del institor, quien recibía mandato en virtud de la *prepositio institoria*; sin embargo según Sciajola, el *Dominus negotii* carecía en general de acción contra los terceros respecto a los derechos adquiridos del institor, y solo éste podía demandarlos, a no ser que cediera su acción a aquél.

Hecha la anterior mención se tiene que efectivamente en una primera época, la representación estuvo excluida del campo de las obligaciones contractuales; una persona *sui juris* no podía obligar a otra, y los terceros solo se vinculaban con el mandatario con quién contrataban, permaneciendo extraños a las relaciones entre éste y su mandante; pero como el mandatario no obraba por propia cuenta sino por la del mandante, se encontraba obligado a transferirle todos los derechos que resultan de la ejecución del mandato.

Al respecto comenta el maestro Floris Margadant, "La representación directa

¹ BARRERA GRAFF, Jorge. "La Representación Voluntaria en el Derecho Privado" pág. 14

² FLORIS MARGADANT S Guillermo. "El Derecho Privado Romano" Editorial Esfinge, México 1995. pag 332

surgió solo lentamente, en la fase preclásica, el formalismo jurídico y los ecos mágicos en el derecho impidieron esta forma de representación: Si el rito crea la obligación, los que no intervienen personalmente en este rito no pueden convertirse en deudor o acreedor, pasada esta fase, la psicología jurídica romana todavía se oponía a la representación, un buen pater familias hace las cosas por sí mismo, o cuando menos a través de sus propios esclavos o hijos.³

Posteriormente al admitirse la representación para la realización de los negocios contractuales, se identifica con el mandato "Se confundió, pues con la relación que era mas frecuente -pero no la única- para dar origen a la representación, y se encerró así tomando la parte como el todo, a la representación voluntaria en el molde jurídico del mandato, naciendo el concepto, luego generalizado, de que la representación es la esencia del mandato."⁴

Por lo anterior y para hacer más didáctico el presente trabajo, expondré a la representación legal en algunos de los supuestos que el mismo Derecho Romano señalaba, y que posteriormente por la influencia francesa llegaron a nuestros distintos ordenamientos civiles, para referirnos posteriormente al contrato de mandato.

1.1.1 LA REPRESENTACION LEGAL.

La Representación podemos entenderla como:

"El acto por virtud del cual una persona dotada de poder llamada representante obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o Dominus del negocio". También por Representación en sentido propio se entiende la "Contemplatio Domini", esto es, la declaración unilateral que el representante hace frente a

³ Idem

⁴ "Enciclopedia Jurídica Omeba" Tomo XXIV Voz Representación. Editorial Drskill. S.A. Buenos Aires, Argentina. pág. 722

terceros de que actúa a nombre y por cuenta de su representado"⁵

El Derecho Romano estableció que solo surtiría efectos el acto jurídico entre las partes que hubieran actuado en él, de lo anterior podemos obtener que la representación podía presentarse de la siguiente manera:

A) DIRECTA

Es aquella cuando el acto realizado por el representante recae directamente en la persona del representado.

B) INDIRECTA

Cuando el acto celebrado recae en el representante, quien posteriormente pasa sus efectos al representado como aconteció en el mandato romano.⁶

Dentro de los actos que se encontraban en el primer tipo de representación encontramos los siguientes:

A) LA TUTELA.

Se puede definir a la Tutela como "La potestad dada y permitida por el Derecho Civil sobre un hombre libre, para proteger a quien a su edad no puede defenderse por sí mismo."⁷

La tutela se completaba a través de la auctoritas tutoris entendida ésta como el

⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles". Ed. Porrúa, México 1973.

⁶ BRAVO VALDÉS, Beatriz y Bravo González Agustín "Segundo Curso de Derecho Romano" Editorial Pax México 1984. Pág. 45

⁷ LEMUS GARCÍA, Raúl. "Derecho Romano" (Compendio). México pag.123

acto jurídico mediante el cual el tutor acompañaba y asistía a su pupilo a la celebración de un acto jurídico, completando con esto su personalidad y otorgando su consentimiento, como algunas de las características más importantes de dicho acto se debe mencionar:

El hecho de que debería de encontrarse presente el tutor en el momento de la celebración del acto.

Que no podía sujetarse a término ni condición.

Dentro del período más formalista del Derecho Romano deberían pronunciarse ciertas frases sacramentales.

Por otro lado la *negotiorum gestio*, consistía en la realización de un acto por el tutor a nombre y cuenta del pupilo y sin la representación de este último como características tenemos que:

Se realizaban sin la presencia del pupilo.

Los actos celebrados repercuten directamente en su persona y no en la del pupilo.

Existía la necesidad de transmitir esos beneficios o las cargas al patrimonio del pupilo

B) EX LEGE HOSTILIA.

Esta figura se presentaba cuando ante un robo un tercero actuaba en defensa y beneficio del ausente.

Posteriormente dentro del proceso formulario y con el paso del tiempo el

ciudadano tuvo la posibilidad de ser representado por un cognitor, al cual se le nombraba con tal carácter, ante el adversario y en presencia de un magistrado, o por un procurator el cual era nombrado sin ninguna formalidad, pero comúnmente se le pedía que garantizara el dominus, es decir el hecho de que el representado aceptaría el resultado del negocio.

Por su parte en las Instituciones de Justiniano en el Libro Tercero Título XXVIII se señala:

"Podemos adquirir una obligación no solo por nosotros mismos, sino también por las personas que se hallan bajo nuestra potestad, como nuestros esclavos y nuestros hijos de familia, de tal modo que sin embargo, lo que adquirimos por nuestros esclavos se hace enteramente nuestro; mientras que el beneficio de la obligación adquirida por nuestros hijos de familia se divide a semejanza de lo que nuestra Constitución ha decretado para la propiedad y usufructo de las cosas. Así el producto que resulte de la acción será del padre en usufructo, conservándose al hijo la propiedad; siendo por lo demás, intentada la acción conforme a la división establecida por nuestra constitución..."⁸

De donde se obtiene que no era lo mismo hacerse representar por un hijo que por un esclavo, ya que las consecuencias que se originaban eran distintas.

Sin embargo una cosa es la representación que tiene y puede ejercer una persona sobre los puestos a su potestad y/o guarda, y otra cosa distinta, era buscar, crear y desarrollar una multiplicidad de actos y consecuencias jurídicas, es decir poder obligarse ante terceros, siendo representado por otra persona, sin que necesariamente la o las personas se encontraran bajo su potestad, y sin el requisito de realizar personalmente el acto jurídico.

⁸ "Las Instituciones de Justiniano", Libro Tercero, Título XXVIII. Editorial Heliasta Buenos Aires República de Argentina. Pág. 278-279.

1.1. 2. REPRESENTACION VOLUNTARIA EL MANDATO.

Pero por útil que nos parezca hoy en día el mandato apareció tardíamente hasta el sistema formulario, ya que los actos del Derecho Civil exigían la presencia del interesado, debido a que nadie se podía hacer representar por otro, a menos que se tratara de alguno sometido a su potestad, pues se consideraba que formaban una sola persona.

Como he dicho líneas atrás ya entrado el derecho Clásico surgió el "mandatum", que era un contrato bilateral por virtud del cual una persona, denominada mandatario o procurator, se obliga a efectuar gratuitamente el encargo o gestión encomendados por otra, denominada mandante o mandator. El mandato romano no implicaba ninguna sustitución de voluntad ni iniciativa por parte del mandatario, quien debía concretarse simplemente a ejecutar lo que se le mandaba..⁹

Cabe definir al mandato dentro del Derecho Romano como "el contrato en virtud del cual una persona- el mandante –le encarga a otra el mandatario – que realice determinado acto por cuenta y en interés de aquél." ¹⁰ Mandatum, viene de mando-as-are de manus que significa mano y do, dar

Tres eran las **características** que resaltaban dicho contrato:

- a) La clase de servicio que se obligaba a realizar el mandatario, no debía ser contrario a las leyes, ni a las buenas costumbres, "El mandato tiene por objeto actos referentes al patrimonio, es decir actos de administración en el sentido más amplio de la palabra."¹¹

⁹ MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. "Escribanos y Escrituras Públicas en el Siglo XVI". Editado por la U.N.A.M. México, página 189.

¹⁰ MORINEAU IDUARTE, Martha e Iglesias González, Román. "Derecho Romano" Segunda edición Editorial Harla. México, 1994 página 169

¹¹ Idem.

- b) El mandato a diferencia de lo que vivimos hoy en día era esencialmente gratuito, sin embargo este rigor fue desapareciendo poco a poco en la época clásica, donde ya se empezó a aceptar la idea de que dichos servicios deberían ser remunerados, al pago se le denominó honor, y no merces, ya que estas se otorgaban por concepto de renta de un bien, situación no aplicable para el mandato.
- c) Derivada del punto anterior y considerado como un principio de las obligaciones es necesario que los actos a realizar le reportaran una ventaja que fuera apreciable en dinero, respecto este punto es importante señalar que el contrato solo reportaba beneficios al mandante, el mandatario solo respondía por su falta grave al mandante, aunque también poco tiempo después se empezó a desarrollar una tendencia que quedo expresada en el Digesto, de que el mandatario debería poner mas cuidado en las diligencias que realizara en nombre del mandante.

A) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

PRIMERA.

Realizar el mandato, hacer precisamente lo que se le ha encargado en las condiciones determinadas por el mandante y en la mejor forma.

Por lo anterior se consideraba que no se ha ejecutado el mandato cuando:

- a) El negocio realizado por el mandatario no es el que se le había encargado.
- b) El negocio realizado por el mandatario es el que se le ordenó, pero lo ha realizado en situaciones mucho más onerosas para el dueño del negocio.

SEGUNDA.

El mandatario estaba obligado a rendir cuentas al mandante, ya que los actos celebrados por el mandatario con terceros, recaían en su persona y había necesidad de que rindiera cuenta de ellos al mandador, trasmitiéndole por ésta vía todos los efectos para quedar liberado.

TERCERA.

Como el contrato era en beneficio del mandante se podía concluir que el mandatario solo respondería de su falta grave, lo cuál era corroborado por los propios textos del Digesto, sin embargo desde la época clásica existió una tendencia a exigir del mandatario, los mejores cuidados, la causa de este criterio parece residir en el hecho de que "Quien confía sus asuntos a un mandatario cree contar con él, con eficacia propia y quien acepta esta confianza que se ha puesto en él, se compromete a merecerla."¹²

A este respecto el maestro Floris Margadant indica que el mandatario debía responder del dolo, culpa grave y de la culpa leve, ya que "en D.17.1.26.6, Paulo opinaba que el mandatario respondía de la pérdida por robo naufragio y otras desgracias, opinión rigurosamente correspondiente al principio de que res prit domino, pero que desde los glosadores, ha sido muy criticada. Mas justa es la cita D17.1.26.7, en que Neracio reconoce que el mandante era responsable del daño causado por un esclavo, comprado por instrucciones del mandante, el cual roba un objeto al mandatario"¹³

Es por lo anterior que la actio mandati con su formula ex fide bona, se da tanto

¹² Digesto 17.1.8.10, 29 y 3

¹³ Obra citada. Guillermo Floris Margadant S.

para el mandante de la gestión, como para el mandatario, teniendo en cuenta que en el primer supuesto la acción le permitía exigir las cuentas causadas con motivo de la gestión así como poder recibir en virtud de esas cuentas los beneficios logrados por la gestión, en contraparte el mandatario podía exigir del mandante la indemnización por los gastos y perjuicios que le haya causado el encargo, "La acción era la misma en ambas direcciones, la designación en iudicium contrarium cuando se da al mandatario, parece deberse a una interpolación de Justiniano, que restablece el principio de gratuidad olvidado por el derecho vulgar, da la actio mandati contraria para reclamar en su caso, los honorarios debidos al mandatario."¹⁴

1. 1. 2. B) OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

PRIMERA.

Debe de indemnizar al mandatario de todos los gastos en que este haya incurrido con motivo de la ejecución del mandato

SEGUNDA.

Debe de tomar a su cargo todas las obligaciones contraídas por el mandatario procurándole su liberación, ya ejecutándolas o haciéndose cargo de ellas.

¹⁴ Citado por Marta Morineau González y Román Iglesias Iduarte S. Kreller pag 296 en sz 1948

1. 1. 2. C) EXTINCIÓN DEL MANDATO

El mandato se daba por finalizado en cualquiera de los siguientes supuestos:

PRIMERO.- Por el cumplimiento del encargo o la imposibilidad material de realizarlo.

SEGUNDO.- Por voluntad de ambas partes.

TERCERO.- Por revocación del mandato por parte del mandante

CUARTO.- Por voluntad del mandatario siempre que no lo haga en un momento no oportuno, en cuyo caso deberá pagar los daños e intereses al mandante, a menos que haya causa justificada como enfermedad grave que haya impedido su realización.

QUINTO.- Por la insolvencia del mandante.

SEXTO.- Por muerte del mandante o del mandatario, ya que éste, encuentra su origen en consideración de la persona que lo va a realizar es decir, es intuitu personae.

Ahora bien un ejemplo que sirve para precisar la importancia de la calidad de la persona a la que se le va a hacer el encargo, se encuentra en mandato post mortem, el cual como su nombre lo indica, va a surtir sus efectos después de la

muerte del mandante, y dicho encargo por mencionar algún caso podría ser el que éste (el mandante), le solicitara a una persona de su confianza (mandatario) que construyera un sepulcro en su honor.

1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL Y EL MANDATO EN NUESTROS CODIGOS CIVILES.

Debido a lo extenso que resultaría hablar sobre las distintas formas de representación legal, en el presente trabajo solo he de mencionar algunas de las disposiciones legales más representativas que de acuerdo a la época tenían cabida en los anteriores Códigos,

Para lo anterior he destinado la primera parte del presente estudio a las normas jurídicas que regulaban la representación legal, y enseguida haré lo mismo con las normas jurídicas que regulaban el contrato de mandato.

Realizare primero la descripción de las normas aplicables a las personas físicas para continuar con las relativas a las personas morales.

Lo anterior con el fin de hacer resaltar las diferencias entre la representación y el contrato de mandato, para de esta forma obtener datos comparativos que permitan establecer de un modo mas preciso, las formas, ventajas y similitudes existentes entre ambas figuras.

1.2.1. EL CODIGO CIVIL DE 1870.

La importancia del conocimiento sobre el Código Civil de 1870, no es tan solo por su hecho histórico como primer cuerpo legal civil que formalmente se denominaba

código, sino que gran cantidad de los artículos que lo conformaban fueron incorporados al Código Civil de 1928, "Mas de la mitad de aquél, 2578 artículos de los 4126 que lo integran están reproducidos en forma literal o casi literal en la mayoría de los casos, en unos 2300 del código de 1928 2297, para ser exactos."¹⁵. Claro esta cifra sólo es un reflejo de lo que todavía se tenía a mediados del año de 1974.

Pero es importante resaltar que en aquellos años imperaba en México un ambiente poco estable, se había acabado de consolidar la reforma, las leyes de secularización de bienes eclesiásticos aun tenían ecos en importante zonas del país, esto sumado al gran individualismo que crecía en aquellas épocas, hizo posible que los mismos creadores del cuerpo legal asumieran una posición de cordura ante la situación que se vivía en el país, y como lo demuestran en la propia exposición de motivos, hacen patente su imposibilidad de conciliar la legislación existente en el país con los códigos de Francia, Holanda, Austria y Portugal, hecho por lo cual deciden innovar lo menos posible; y aun en este caso prefirió casi siempre a su propio juicio el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas.

1.2.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

A) EN LAS PERSONAS FÍSICAS.

Para comenzar es prudente contar con una definición sencilla que indique que se debe entender por representación legal, para lo cual he recurrido a la que de forma sucinta dice que es el conjunto de actos jurídicos que por disposición de ley se exige que realice un tercero en auxilio de otro, que se encuentra imposibilitado

¹⁵ BATIZA, Rodolfo. "Las Fuentes del Código Civil de 1928". Ed. Porrúa México 1978. pág. 28.

¹⁶ Obra citada pág. 14

legal o físicamente. Aunque la anterior definición es correcta, es conveniente contar de forma adicional con la siguiente "Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otro un acto jurídico o un contrato, de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en patrimonio del representado, como si el mismo hubiera ejecutado el acto o celebrado el contrato, creando una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero."¹⁶

Ahora bien, aunque hablar de la representación involucra entre otros temas el de la capacidad, en el presente trabajo solo haré mención de la misma cuando así se requiera para completar alguna exposición o idea, ya que el tema de capacidad es digno de un estudio aparte, por lo anterior es conveniente contar con una definición de capacidad jurídica para lo cual recurrí a la que da el maestro Pina como "la Aptitud o idoneidad para ser sujeto de relaciones de esta naturaleza".¹⁷

El artículo 1º del Código Civil de 1870 hacía mención de que "La ley civil es igual para todos sin distinción de personas y sexos, mas en los casos especialmente determinados"..¹⁸

De acuerdo con ello en su artículo 12 se señalaba que "La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento pero desde el momento en que un individuo es procreado entra bajo la protección de la ley, y se tiene por nacido para los efectos del presente código".¹⁹

De lo anterior y en relación con el artículo 694 del mismo ordenamiento se aprecia que "La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos..."²⁰ Por su parte el artículo 695 señalaba que "El mayor de edad dispone libremente de su persona y

¹⁶ BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones" pag.244 citando a Colin et Capitant, t. I núm.75;Capitant, Introduction, núm. 316 y 318;Planiol, Ripert et Esmein, t. VI num.54

¹⁷ DE PINA VARA, RAFAEL. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa, México. 1994.

¹⁸ Código Civil de 1870

¹⁹ Idem

²⁰ Idem

de sus bienes, sin embargo las mujeres mayores de veintiún años pero menores de treinta, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía se hallen si no fuere para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio".²¹

Es de esta forma y en relación directa con el artículo 415, que mencionaba que "La patria potestad se acababa... III.- por la mayor edad del hijo".²² De donde es posible inferir que solo al tener el varón 21 años podía realizar actos plenos en el mundo jurídico sin necesidad de tener que obrar por medio de sus padres o las personas que legalmente tuvieran la obligación de representarlo, y por su parte la mujer tenía prohibido abandonar el hogar sin consentimiento de los padres.

Al alcanzar la mayoría de edad tampoco les eran aplicables otro tipo de instituciones protectoras tales como la tutela ya que de acuerdo con el artículo 430. "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o solo la segunda para gobernarse por sí mismos..."²³

Por lo tanto solo deberían ser representados aquellas personas que en contrario sensu no reunieran los requisitos establecidos en el mismo ordenamiento legal, es de importancia el mencionar que el artículo 1398 señalaba que "Son hábiles para contratar las personas no exceptuadas por la ley."²⁴ Para ello el artículo el artículo 201 fracción II señalaba que "La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que se celebre sea el de mandato..."²⁵ por otra parte el artículo 205 indica que "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio...."²⁶

²¹ Idem

²² Idem

²³ Idem

²⁴ Idem

²⁵ Idem

²⁶ Idem

Ahora bien, también existía la posibilidad de desarrollar la representación bajo él supuesto que una persona realizara una intromisión inoficiosa en el patrimonio de otra persona con el fin de que la ausente no sufriera un detrimento en su patrimonio, si el dueño al regresar ratificaba la gestión efectuada ésta surtía efectos de mandato expreso.

B) EN LAS PERSONAS MORALES.

Por otro lado el artículo 43 del Código de 1870 reconocía como entidades jurídicas a "las asociaciones ó corporaciones temporales ó perpetuas, fundadas con algún fin o por algún motivo de utilidad pública"²⁷. Es de mencionar que dicho ordenamiento jamás definió que era el contrato de asociación, pero por otra parte en el artículo 2351 se definió al contrato de sociedad como aquel en virtud del cual los que pueden disponer libremente de sus bienes ó industria, ponen en común con otra u otras esos bienes ó industria ó los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de esos bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtenga, ó solo las ganancias y pérdidas.

Ahora bien, estas asociaciones y sociedades exteriorizaban su actividad jurídica a través de sus representantes correspondientes tal como lo señalaba el artículo 2418 establecía que "El socio administrador debía ceñirse a los términos en que se le ha confiado la administración; y si nada hubiere expresado, se limitara como un mandatario general, al giro del negocio o de los capitales que haya recibido"²⁸

En su actuación el administrador necesitaba autorización expresa para enajenar los bienes de la sociedad, salvo que en el mismo contrato se hubiese señalado que ese era su objeto, también requería de autorización para hipotecarlas, gravarlas con cualquier derecho real, o tomar capitales prestados.

²⁷ Idem

²⁸ Idem

En el artículo 2422 se estableció que para el caso de que varias personas hayan sido nombradas como socios administradores, o siendo varios no se les haya precisado su actividad podrá cada uno de ellos realizar actos administrativos.

Ahora bien a falta de convenio sobre la forma de administración, la ley sancionaba que se consideraba a todos los socios con igual poder de administrar los actos, y que dichos actos obligaban legalmente a los demás socios, salvo que estos se opusieran antes de que los efectos jurídicos se actualizaran.

1.2.3. EL MANDATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

"Durante el siglo XVI no se estableció una entre poder y mandato, ya que tanto en el formalismo de Yrulo como en los protocolos de Antonio Alonso, todos los negocios de representación voluntaria se suscriben bajo la forma de poder, no importa si dentro de la misma escritura se estipula o no un salario, por los servicios prestados."²⁹

Con el paso del tiempo las instituciones jurídicas se perfeccionaron y para el año de 1870, el Código Civil definía al contrato de mandato en el artículo 2474 donde se mencionaba que, "Mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa."³⁰

De la anterior definición se puede destacar lo siguiente

- a) Exige que el mandato sea representativo.

²⁹ MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. Citando a Cossío quien a su vez es citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Derecho Notarial, página 127.

³¹ Idem

- b) Se define al mandato como un acto.
- c) La definición que aporta este código va a ser recogida posteriormente por el código de 1884.
- d) Una de las características más importantes del Código de 1870, es que por medio de este acto el mandatario se comprometía a celebrar una gran variedad de actos en nombre del mandante, no importando si el acto a celebrar fuera jurídico o no, y mucho menos las consecuencias, pero de acuerdo a la tradición romana por ser un contrato *intuitu personae*, la realización de los actos debía de revestir el máximo cuidado, pues como indican los artículos 2491 y 2498 del mismo ordenamiento, debía de realizar solo los actos que se le encargaran, y que en caso de que se hayan distraído de su objeto alguna cantidad de dinero, ó se hayan invertido en otros fines se debía pagar interés al mandante.

Se consideró pertinente que el mandato fuera de naturaleza onerosa, y salvo pacto en contrario sería gratuito, tal como lo exponía el artículo 2506 "Solo será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente."³¹ Disposición que se ha conservado hasta nuestros días.

En cuanto a la forma es conveniente resaltar es el hecho que de acuerdo con el artículo 2478 para otorgar un mandato este debía revestir las "solemnidades legales" y constar en "escritura publica", actualmente nuestros actos jurídicos que necesitan revestir de cierta solemnidad son el matrimonio y el testamento. De igual forma tenemos que si habiendo terminado el mandato, el mandatario continuare en ejercicio del mismo, sería responsable junto con el mandante de forma personal ante él o los terceros con quienes se haya actuado, pero el mandatario es responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, aún tratándose de

³¹ Idem

caso fortuito.

En su artículo 2480 el Código de 1870 no exigía que el mandato verbal fuera ratificado antes de que concluyera el negocio para el cual se dio.

En el artículo 2481 se precisaba la clasificación que el mandato podía tener, ya como general o especial pero el artículo 2482 agregaba que "El mandato general no comprende mas que los actos de administración. Para enajenar, hipotecar y cualquiera otro acto de riguroso dominio, el mandato debe ser especial."³²

Para finalizar el mandante podía revocar cuando y como le pareciera el mandato, aun existiendo convenio o condición que estableciera algo en sentido contrario, tal como lo establecía el artículo 2525.

1.2.4. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

A) EN LAS PERSONAS FÍSICAS.

Para desarrollar este tema he de seguir con la misma técnica expuesta en el capítulo de representación en el Código de 1870. Primero se analizan los casos en las personas físicas y a continuación en las personas morales.

Es importante señalar que en este ordenamiento aun no se encuentran cambios importantes en cuanto a la forma de desarrollar la representación legal, es decir la patria potestad se ejerce en un principio por el padre tal como indica el artículo 366, por su parte en la tutela se admite ahora en su definición que también pueda tener por "Objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales

³² Idem

que señala la ley ³³

Por otra parte, la administración de todos los bienes del matrimonio recaía preferentemente en el hombre tal como lo indicaba el artículo 196.

La mujer continuaba con la prohibición de abandonar el hogar a no ser para realizar alguno de los supuestos ya mencionados anteriormente, y permanecía la obligación por disposición de ley de conseguir autorización judicial para contratar con su esposo.

El artículo 364 refrendaba la disposición establecida en el Código de 1870, respecto a los menores de edad no emancipados, que continuaban sujetos a la patria potestad, mientras existiera alguno de los ascendientes a quienes correspondía ejercerla.

Por su parte el artículo 3703 establecía "Que la ley reconocía como ejecutores de las últimas voluntades á las personas designadas por el testador y cuando éste no hubiere hecho designación ó el nombrado no desempeñare el cargo, a la persona electa por los herederos instituidos de entre ellos mismos y por mayoría de votos." Para el caso de no existir acuerdo entre los herederos el juez lo nombraría de entre los mismos herederos, una de las características radicaba en que como explicaba el artículo 3726 "La posesión de los bienes hereditarios se transmite por ministerio de ley a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia."³⁴ Situación que vendría a ser corregida por nuestro actual código al incluir a los herederos.

Asimismo el artículo 599 señalaba que "Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar en que se halle y quién la represente, el juez á petición de parte ó de oficio nombrara un depositario de sus bienes, la citara por edictos

³³ Idem

³⁴ Idem

publicados en los principales periódicos de la República señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes."³⁵

Aquí la diferencia en concreto con el Código de 1870, se encuentra en la calidad que tiene el representante del ausente, ya que no es lo mismo un procurador que contaba con facultades para conservación de los bienes, cobro de rentas, réditos así como cualquier otra gestión con carácter de urgente, a las de un depositario, tal como lo señalaba el código de 1884.

El depositario nombrado en términos del artículo 599 era considerado en virtud del artículo 602 como un depositario judicial por lo cual y en relación con el artículo 2592 su actuación tenía que ceñirse a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimientos y en su defecto por las señaladas por el mismo ordenamiento Civil, para el secuestro convencional, las cuales estaban especificadas entre otros artículos en el 2556 y señalaba que "Estaba obligado a prestar en la guarda y conservación de la cosa depositada el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas... a restituir el deposito cuando le fuese exigido con todos sus frutos y accesiones."³⁶

B) EN LAS PERSONAS MORALES.

El artículo 38 del Código Civil reconoce como personas morales y con entidad jurídica a

II Las asociaciones...

III Las sociedades civiles

³⁵ Idem

³⁶ Idem

A este ordenamiento solo le fueron trasladadas disposiciones jurídicas del anterior Código, y ejemplo de ello es que se transcribió textualmente la definición respecto de las sociedades.

El artículo 2283 por su parte fue una copia del artículo 2415 del anterior ordenamiento, al señalar mismo que el socio administrador podía ejercer las facultades concedidas (por la Asamblea de socios), con absoluta independencia salvo existiera pacto en contrario.

El artículo 2287 del Código de 1884 seguía aplicando el principio de autorización expresa al administrador único, para que este pudiera realizar ciertas actividades con relación a la sociedad, tales como vender gravar o tomar capitales prestados.

En caso de falta de convenio expreso respecto de la administración de la administración todos los socios eran considerados con igual poder para administrar, y los actos que uno de ellos practicara obligaban a los demás, salvo que estos se hubieren opuesto a tal situación antes de que se actualizaran los efectos jurídicos.

1.2.5. EL CONTRATO DE MANDATO DEL CODIGO CIVIL DE 1884

Con relación al contrato de mandato se tiene que:

En su artículo 2342, se continua acarreando la idea de definirlo como un acto que siempre implica la representación del mandante ante terceros, pero que no exige que los actos que sean objeto del contrato de mandato tengan un contenido o consecuencia jurídica, por lo cual podían realizarse una gran cantidad de actos materiales a través del mismo siempre y cuando la ley no exigiera la intervención personal del propio interesado, tal como lo señalaba el artículo 2344.

Permanece la regla establecida sobre la gratuidad del contrato, el cual sólo salvo pacto en contrario establecido por las partes podía ser de naturaleza onerosa tal como lo señalaba el artículo 2374.

El mandato se actualizaba hasta el momento que el mandatario aceptaba realizar el acto encargado por el mandante., En este caso, como la disposición era una transcripción literal de la existente en el Código de 1870, y el objeto del contrato seguía siendo el mismo, el legislador no creyó que fuera necesario precisar el momento de su aceptación, situación que vendría a ser corregida por el Código de 1928.

Ahora bien, como el ordenamiento de 1884 fue en muchos aspectos una copia del de 1870, las ideas relativas a la capacidad de ejercicio de la mujer, seguan siendo admitidas como máximas de difícil modificación, por lo cual la mujer se encontraba aún con el impedimento de ley para ser procuradora en juicio a no ser, que esa procuración fuera en beneficio de su esposo sus ascendientes o descendientes, tal como se encontraba precisado en el artículo 2382 fracción II.

De igual forma los artículos 2349 y 2350 repiten de forma literal lo ya expresado en cuanto a la clase de contratos de mandato que pudieran acordar las partes, los cuales podían ser generales o especiales, pero por mas general que fuera, siempre que se quisieran realizar actos que implicaran el domino sobre los bienes el mandato sería de carácter especial.

1.2.6. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

A) EN PERSONAS FÍSICAS.

Continuando con la técnica de estudio ya expuesta he de mencionar que, con la

publicación en septiembre de 1932 del nuevo Código Civil elaborado con anterioridad en el año 1928, y su respectiva entrada en vigor a partir del primero de octubre de 1932, se tuvo la posibilidad de crear un ordenamiento que dejara atrás las cargas que por la trascripción literal de instituciones, principios y figuras jurídicas caducas que no permitían el desarrollo de un Derecho real y objetivo.

Es por ello que en este Código se introdujeron importantes modificaciones a las normas jurídicas con la intención de asegurar una igualdad jurídica entre las personas, dicho esfuerzo no ha cesado, prueba de ello es que la actividad legislativa se ha visto enriquecida en algunas ocasiones, como es el caso de la igualdad jurídica de derechos y obligaciones entre hombre y mujer consagrada a nivel constitucional en el artículo tercero.

Ahora bien algunas de las diferencias con respecto al Código de 1884 y que considero merecen un poco mas de atención son:

PRIMERA.

Ya no se sitúa a la mujer en un segundo plano de preferencia para ejercer la patria potestad sobre sus hijos, el presente ordenamiento reconoce la igualdad jurídica entre hombre y mujer y por lo mismo les otorga el derecho para guiar la educación de sus hijos y tener la guarda sobre los mismos, ejemplo de ello es el artículo 414 de Código Civil que en su parte inicial indica. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro; con ello tanto mujer y hombre comparten ahora el derecho y la obligación de educar a sus hijos, a diferencia de lo expuesto en los ordenamientos anteriores.

El mismo artículo va mas allá de lo establecido por sus antecesores, al señalar que a falta de ambos padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá a los

ascendientes en segundo grado que determine el juez de lo familiar, dando con ello fin a la preferencia establecida anteriormente para los ascendientes paternos

SEGUNDA.

Por otro lado y para el caso de la autorización judicial que requería la mujer para contratar con su esposo, dicha disposición se pasó tal cuál del Código de 1884 a 1928, tal como lo exponía el artículo 174, afortunadamente dicha disposición fue derogada tardíamente en 1994.

TERCERA.

Otra situación de especial importancia se tiene en el caso de la adopción plena, en la cual como indica el artículo 410; El adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismo derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o los adoptantes... la adopción plena es irrevocable. Esta figura introducida también por reformas recientes al código permite que otra persona distinta al progenitor natural, tener a su cargo la patria potestad del menor, extinguiendo la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y por si fuera poco, equipara al adoptado con un hijo consanguíneo, y le da a esta el carácter de irrevocable.

B) PERSONAS MORALES.

En el artículo 25 del Código se establece que son personas morales:

III Las sociedades civiles...

VI Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

Con lo anterior al quedar establecidas como sujetos en el mundo jurídico el mismo ordenamiento señaló en su artículo 27 que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de ley, o conforme a las disposiciones relativas a las escrituras constitutivas y sus estatutos.

Dicha disposición se ve reafirmada por el artículo 2674 del Código, al señalar que el poder supremo de las asociaciones reside en la asamblea general. El director o directores de ellas tendrán las facultades que les conceden los estatutos y la asamblea general, con sujeción a los documentos.

Ahora bien en el caso de la sociedad la administración de la misma, puede conferirse a uno o mas socios, pero a diferencia de los anteriores ordenamiento señala el artículo 2709 .."habiendo especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contraria ni entorpecer las gestiones de aquellos ni impedir sus efectos", para el caso de que la dirección no se hubiere limitado todos los socios tendrán el derecho de concurrir a la misma y las direcciones serán tomadas por mayoría.

El nombramiento de socios administradores, no priva a los demás socios de examinar estados sociales.

Ahora bien en su artículo 2712 se precisa que los socios administradores ejercerán las facultades necesarias para el giro y desarrollo de los negocios que formen objeto de la sociedad, pero continua el principio de la autorización expresa

para el caso de que se tenga que vender cosas de la sociedad, si esta no se ha constituido con ese objeto, gravarlas en cualquier forma o tomar capitales prestados.

Para el caso de ser varios los socios administradores, y sin que se haya precisado la actuación de los mismos, cada uno podrá practicar con relación a la sociedad los actos que crea oportunos.

Si en su actuación el o los socios administradores se exceden en sus facultades, dicha actuación solo obliga a la sociedad en razón de los beneficio adquiridos.

1.2.7. EL CONTRATO DE MANDATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

En cuanto al mandato se tiene que éste ordenamiento rompe con la tradición heredada por los anteriores ordenamientos, algunos cambios que merecen atención son:

PRIMERA.

El mandato va a ser definido como un contrato, ya que como indica el artículo 2546. "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga." Por lo tanto y de acuerdo con el artículo 1859. "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos, a las disposiciones especiales de la ley sobre los mismos." El error en los anteriores ordenamientos fue el de considerar como punto determinante el hecho de que él mandante confiriera un encargo al mandatario, a partir de esta definición se termina también con el uso de procuración y mandato como sinónimos.

SEGUNDA.

La segunda diferencia, es que los actos que realizara el mandatario necesariamente deberán ser jurídicos y no materiales, tal como lo señala el artículo 2546 en relación con el 2548 del mismo Código.

TERCERA.

Ahora bien tampoco se exige que el contrato de mandato sea de carácter ostensible o representativo y, por lo tanto no es necesario que el mandatario obre siempre en nombre del mandante, sino que permite que sea no representativo, lo anterior se desprende de la lectura del artículo 2546 y 2560 dando lugar con ello a lo que conocemos como mandato del testafarro.

A este respecto vale la pena advertir que si la forma de exteriorizarse por parte del mandatario, es la de atender y realizar el acto, contrato o negocio jurídico como si fuera por cuenta de él mismo, omitiendo en todo momento el verdadero interés del mandante, no se estará ante un acto pleno de representación, ya que lo básico en un éste tal como lo indica el maestro Rojina Villegas, no es el de actuar por cuenta de otro, sino mas bien el de actuar en nombre de otro.

Lo que sucede en este tipo de relaciones a reserva de verlo con mayor detalle en futuras paginas, es que, los efectos del contrato y las consecuencias del mismo no se producen directamente entre el mandante y los terceros, sino que será entre el mandatario y los terceros.

CUARTA.

Por otro lado el legislador consideró pertinente mantener la naturaleza onerosa del

mandato, dejando con ello la gratuidad de dicho contrato en la voluntad de las partes que intervinieran en el mismo pero exigiendo la manifestación expresa de las mismas, tal como lo previene el artículo 2549. Ahora bien tal situación es una característica del contrato y no un elemento esencial del mismo.

QUINTA.

Debido a los cambios en la técnica legislativa el mandato difiere fácilmente de otros contratos, con los que anteriormente parecía tener similitud, ejemplo de ello es el contrato de prestación de servicios profesionales señalado en el artículo 2606, y del contrato de obra a precio alzado, precisado en el artículo 2612 ambos del Código Civil, ya que en estos casos lo que es objeto del contrato, es la realización de actos materiales, que como circunstancia particular en el caso de servicios profesionales se basa en el conocimiento de estudios especializados en distintas ramas que prestan con el carácter de profesional y que acreditan con la correspondiente cédula expedida por autoridad, tal es el caso de un doctor, dentista, cirujano, arquitecto, ingeniero, etc..

SEXTA.

El Código de 1928 retoma la clasificación del mandato establecida en los artículos 2481 y 2349 de los códigos de 1870 y 1884, ya como general ó especial, y la plasma en el artículo 2553, pero precisando que serán mandatos generales aquellos que se encuentren contenidos en cualquiera de los tres párrafos del artículo 2554, y los cuales son poderes para pleitos y cobranzas, actos de administración y actos de dominio. El poder en este caso debe ser entendido como las facultades con las que se podrá dar cumplimiento al contrato de mandato.

De acuerdo con esta idea y como señala el mismo artículo 2553 en su parte final solo será especial el contrato de mandato cuando tenga cualquier otro carácter, con lo anterior dejamos atrás lo que señalaban los artículos 2482 y 2350 de los códigos de 1870 y 1884 al señalar que el mandato general no comprendía más que los actos de administración, ya que para enajenar, hipotecar o cualquier otro acto de riguroso dominio se requería que el poder fuera de carácter especial.

CAPITULO 2

2.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN EN MATERIA CIVIL

"La función y la importancia de la representación son claras y evidentes si se considera que el representado o principal, no solo amplía enormemente el radio y el ámbito de sus actividades jurídicas y económicas al valerse de alguna o de varias personas para vincularse con terceros, sino que también en múltiples casos es imprescindible la intervención de un representante - persona física - para relacionarse jurídicamente con los terceros"³⁷. La representación multiplica, pues, la posibilidad del principal o representado, y permite su intervención en zonas y lugares distantes a aquel en que vive y trabaja y en materias que por su variedad y dificultad escapan a su atención personal, a su conocimiento y capacidad, pero no a la de los representantes especializados que nombre o le sean nombrados.

"En nuestro Derecho, casi todos los actos jurídicos pueden celebrarse a través de un representante. Existe sin embargo, una importante limitación en el derecho de familia, en la cual la regla es inversa, los actos han de ser celebrados precisamente por el interesado, y no a través de representante, v. gr. la adopción...Sin embargo, nuestro Código Civil, dentro del Derecho de familia, permite que el acto de matrimonio pueda celebrarse a través de un apoderado..."³⁸

En cuanto a las personas morales, como se ha señalado páginas atrás estas actúan a través de sus órganos de administración, en consecuencia es natural que se designen socios administradores en la escritura constitutiva correspondiente

³⁷ Obra Citada. Manuel Borja Soriano pag. 244

³⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso" Ed. Porrúa. México 1994. pag. 222

para que actúen a nombre de ésta, y cuando se omita esta situación se entenderá que todos los socios tienen derecho a concurrir en la administración de la sociedad, y sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos.

Las facultades concedidas a los socios administradores se reputan como facultades generales de administración, es decir el administrador tiene facultades de un mandatario con poder para llevar a cabo los actos de administración, tal situación resalta de lo señalado en el artículo 2712, que indica que los actos de dominio que se pretendan realizar sobre el patrimonio de la sociedad requerirán de autorización expresa de los otros socios, salvo el objeto de la sociedad comprenda dichos actos.

Como ya señale, existe representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y el patrimonio del representado, como si el mismo hubiera celebrado el acto produciendo con ello una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero

De la anterior definición es necesario resaltar dos aspectos vitales para que se manifieste la representación y son, que el representante actúe a nombre del representado, y que también lo haga por cuenta del representado, logrando con ello que los efectos de los actos realizados por el representante repercutan en la persona del representado y en especial en su patrimonio.

Es debido a las consecuencias de carácter patrimonial que se puedan presentar, que no cualquier persona puede realizar dicha actuación en beneficio de otro.

Uno de los supuestos básicos que es necesario tener en cuenta para hablar de la representación, es la capacidad, abordare brevemente este tema solo para tener bases suficientes con las cuales continuar el estudio del tema que nos ocupa.

2.2 LA CAPACIDAD.

BONNECASE define a la capacidad en los siguientes términos:

"Es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida la capacidad concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio."³⁹

El artículo 22 de nuestro Código Civil señala "La capacidad jurídica de las persona físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

El anterior artículo establece el principio que se debe de seguir en materia de capacidad para personas físicas, señalando claramente el tiempo que puede durar dicho atributo, y el situación especial que se presenta en el caso de los concebidos no nacidos.

Por otra parte para el caso de las personas morales creadas en términos del Código Civil así como de la legislación mercantil será necesario observar lo que establece el artículo 1796 en sus primeros dos párrafos, al señalar que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley.." Lo cual nos da por consecuencia el momento en que nace la persona moral, ahora bien, si "La persona no es mas que una expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades

³⁹ Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Editorial Porrúa. México

jurídicos es decir, de un conjunto normativo⁴⁰ es necesario que también cuente con una capacidad de ejercicio, la cual en este caso se equipara al objeto que la misma va a desarrollar, ya que como lo establece el artículo 26 del Código Civil "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución."

Ahora bien la capacidad como tema de estudio ha sido dividida para su mejor comprensión en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

2.2.1. LA CAPACIDAD DE GOCE

La capacidad de goce la podemos entender como la facultad para ser titular de derechos y obligaciones y disfrutar esos mismos derechos.

De esta capacidad de goce se admite que exista una incapacidad parcial o total en los casos que expresamente señala la ley.

La incapacidad total de goce la encontramos cuando por razones de interés público, la norma jurídica no les reconoce a los extranjeros dicha capacidad para adquirir dentro de una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas tal como lo señala el artículo 27 constitucional fracción primera párrafo primero.

Es importante señalar que no se trata aquí de una incapacidad de ejercicio, porque de hacerlo se estaría admitiendo que los derechos se han adquirido y que solo hay una imposibilidad de ejercitarlo directamente por el titular.

⁴⁰ KELSEN, Hans, "La Teoría Para del Derecho" pag. 43

2.2.2. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Por otra parte la capacidad de ejercicio debe de ser entendida como la facultad para ser titular de derechos y obligaciones y hacer valer por sí mismo esos derechos.

La capacidad de ejercicio puede ser total o parcial, siendo el primer caso la que tienen los mayores de edad, en términos de los artículos 646 y 647 del Código Civil, y que no se encuentren en alguno de los supuestos que precisa el artículo 450, a su vez tienen capacidad parcial de ejercicio las personas menores de edad pero que han sido emancipados en términos de los artículos 641 y 643 del mismo ordenamiento.

Es importante determinar con certeza cuando se esta en presencia de una incapacidad total y cuando frente a una incapacidad parcial, debido a que toda incapacidad total de ejercicio trae como consecuencia la necesidad de una representación legal, ya que si se admitiese la capacidad de goce, pero se negare la capacidad de ejercicio, se estaría negando a la persona la posibilidad a ejecutar todos los actos tendientes a disfrutar de la primera.

Es por ello que en nuestro sistema jurídico, como en otros se cuenta con distintas instituciones, tales como la patria potestad, el tutor, el representante del ausente, el albacea. Cuyas funciones entre otras son las de realizar los actos necesarios que impliquen la representación, cuidado de la persona, y de sus bienes, para dar con ello cumplimiento a una obligación impuesta por ley.

Por lo que respecta a las personas morales su capacidad de ejercicio se traduce en el conjunto de actos que puede realizar de acuerdo con su objeto social, es decir únicamente podrán realizar los actos que se hayan determinado dentro de su escritura constitutiva o que se hayan añadido por modificación a la misma.

Para finalizar es conveniente señalar que la capacidad de ejercicio, tiene un doble aspecto:

- a) Capacidad general referida a aquella aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos.

Como sería el caso de celebrar un contrato de transporte, comprar un boleto para ver una película en el cine, contratar los servicios de un especialista médico, etc., para lo cual únicamente se requiere cumplir con el requisito del artículo 646 y no encontrarse bajo el supuesto que establece el artículo 450 del Código.

- b) Capacidad especial como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos.

El ejemplo sería una persona que contare con poder bastante para dar en subarrendamiento un departamento que este arrendando, ya que para este caso sería necesaria la capacidad especial o autorización por parte del arrendador al arrendatario, para que realice dicho acto.

Con lo anterior se confirma la regla que establece que la capacidad es la regla y que la incapacidad es la excepción.

2.3. LOS ELEMENTOS DE LA REPRESENTACION.

La representación es una institución muy peculiar en nuestro marco jurídico, tanto que se puede trastornar todo el orden jurídico si se admitiera como norma general, es decir, si se reconociera como principio de interpretación jurídica que los actos que realiza una persona, siempre y en todo caso obligan a otra persona, que nunca consintió tal actuación.

La representación facilita la formación de las relaciones jurídicas entre personas capaces permitiéndoles ejecutar actos sin aparecer ellos mismos, suprime las imposibilidades materiales como la lejanía, la inexperiencia en determinadas situaciones que muy a menudo son obstáculo para la celebración de distintos actos o contratos, por lo anterior podemos ver que la representación tiene su utilidad más manifiesta dentro de la esfera del patrimonio, entendiendo a este último como "El conjunto de bienes pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona que constituyen una universalidad de Derecho".⁴¹

Ahora bien la representación como tal requiere de dos elementos para que se pueda realizar:

- 1.- Que la actuación jurídica se realice por el representante en nombre del representado.
- 2.- Que ese acto jurídico se realice por cuenta del representado.

El primer elemento implica al segundo, pero este no incluye al primero. Es decir, "el acto jurídico que se ejecuta en nombre del representado siempre es por su cuenta, pero el que se celebra por cuenta del representado, no siempre es en su nombre."⁴²

Para hacer un poco más claro lo anterior, es necesario precisar que cuando se ejecuta en nombre del representado, es por que se está manifestando la voluntad jurídica del mismo, y cuando se actúa por cuenta del representado es porque se va a afectar el patrimonio del representado, pero esta situación no implica que se

⁴¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El Patrimonio" Editorial Porrúa. México 1997. Pag. 45.

⁴² ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Obligaciones Tomo V. Volumen I. pág. 389

tenga que manifestar a terceros que la actuación se realiza en nombre del representado.

2.4. CLASIFICACION DOCTRINARIA DE LA REPRESENTACIÓN.

Para el estudio de representación se han elaborado distintas clasificaciones, algunas de ellas son la directa, indirecta, voluntaria, legal y la orgánica.

LA REPRESENTACIÓN DIRECTA existe cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre el representado y tercero como en el caso del poder y de la tutela.

LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA se da cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiere para sí los derechos y obligaciones del representado frente a los terceros, para finalmente transmitirlos al representado vía rendición de cuentas como ocurre en el contrato de mandato, o bien a través del contrato de prestación de servicios o asociación en participación, en los que como afirma el maestro Bernardo Pérez, "se establece entre dos personas una relación jurídica interna desconocida y en ocasiones fingida para el tercero, pero al final de cuentas los efectos van a repercutir en el patrimonio de quien encomendó el negocio."⁴³

LA REPRESENTACIÓN ES VOLUNTARIA cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación, el ejemplo es el caso del poder.

⁴³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "Representación Poder y Mandato", Editorial Porrúa, México 2001

LA REPRESENTACIÓN ES LEGAL se presenta cuando una persona por ser incapaz jurídicamente haber sido declarada ausente, será representada por otra persona capaz de entre las señaladas por las disposiciones legales.

En relación con esta clasificación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido distintas jurisprudencias, aceptando con ello la clasificación aquí expresada, ejemplo de ello es la siguiente jurisprudencia:

"EI MENOR DE EDAD, PUEDE SER REPRESENTADO LEGALMENTE POR EL PADRE O LA MADRE INDISTINTAMENTE.

Si bien la patria potestad sobre los hijos se ejerce por el padre o la madre, en cuyo carácter resultan ser los legítimos representantes de los que están bajo ésta, ello no debe interpretarse en el sentido de que rigurosamente tengan que ser ambos padres los que simultáneamente deban representar al menor en un juicio, ya que basta que uno de ellos lo haga para que sé de la legitimación procesal para acudir a juicio, pues no existe precepto legal que exija que tengan que ocurrir ambos padres para tener por legalmente representado al menor, y de la interpretación del artículo 424 del código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia federal, se deduce la posibilidad jurídica de que la representación en juicio se ejerza por solo uno de los padres, facultad que se encuentra limitada únicamente para el caso de que se pretenda concluirlo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

*Novena Época Tomo VI noviembre de 1997 Tesis V.2º.58 c página 493.*⁴⁴

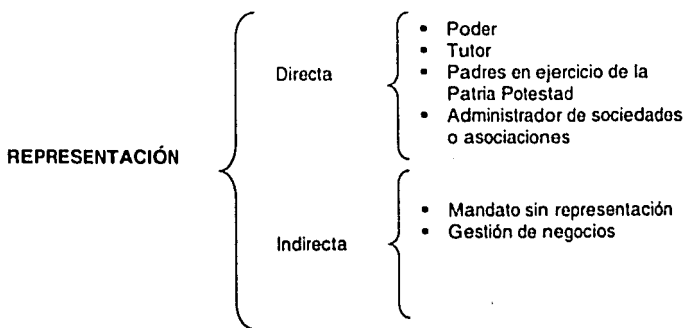
⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia . IUS.

El maestro Gutiérrez y González indica por su parte, que la representación legal se puede dar también sobre personas capaces, "cuando la ley imputa obligatoriamente o por necesidad a una persona capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona física capaz, lo anterior en relación a:

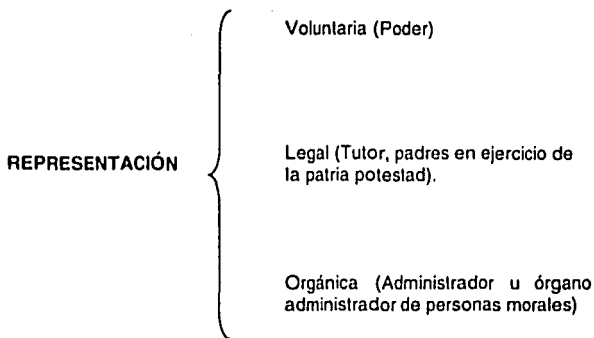
- a) Personas físicas, por motivos de solidaridad social para evitarles un daño, o por razones de economía procesal, y
- b) En las personas morales, por no tener éstas existencia corpórea."⁴⁵

LA REPRESENTACIÓN ORGANICA, NECESARIA O ESTATUTARIA se presenta en las personas morales, ya que las mismas requieren de personas físicas que actúen de acuerdo con los estatutos en los que se establece entre otras, la forma de organización y actuación de los órganos representativos, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil.

Lo anterior clasificación puede ser explicada gráficamente de la siguiente forma:



⁴⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones" Editorial Porrúa. México 1999. pag. 409



La primera clasificación esta dada en base a los efectos que puede tener la representación, es decir será directa cuando el representante actué por cuenta y en nombre del representado, y será indirecta cuando dicha la actuación la lleve a cabo el representado pero en nombre propio u ocultando a nombre de quien actúa.

La segunda clasificación esta dada en base a la fuente que tiene la representación, y así se tiene que esta puede tener su origen en la voluntad de una persona, por ministerio de ley establece cuando se actualiza un supuesto jurídico, o por necesidad que surge de la creación de personas morales para las cuales la ley señala los órganos que las representen.

Para efectos del presente trabajo utilizare la clasificación señalada en el primer cuadro, por considerarlo mas práctico y con mayor relación al desarrollo del trabajo que realizo.

2.5. REPRESENTACION DIRECTA.

Cuando el acto jurídico, convenio o contrato es celebrado por el representante por cuenta y en nombre del representado, manifestando el primero que la actuación es en nombre e interés del segundo, se tendrá una representación plena, ya que aunque no concorra en persona el representado, la manifestación de la voluntad del representante permitirá la actualización del supuesto jurídico y como consecuencia la existencia y validez del acto.

El ejemplo se da cuando se ha dejado a un menor de edad una herencia, en este caso las personas que ejercen la patria potestad o en su defecto el tutor por disposición de ley tienen la obligación de aceptarla, y solo, podrán repudiarla con autorización judicial, tal como lo disponen los artículos 425, 436, 437 y 1654 del Código Civil.

"Se debe tener presente que requisito esencial de la representación es que el tercero con quien el representante contrata, conozca o deba conocer el carácter de éste,"⁴⁶ dicho sea en otras palabras, que en las relaciones externas de la representación (representante-tercero), se sepa que el representante no está actuando a nombre ni por interés propio, sino que lo hace por el de otra persona, quien es el representado.

En contra de esta opinión Pompesco Ramniceano, citado por Barrera Graff "Afirmo que tal nota no es la esencia sino solamente de la naturaleza de la representación; a tal conclusión llega el autor al admitir que se puede obrar a nombre de otro cuando el tercero con quien se contrata sabe tal cosa aunque ignore quién es ese otro; es decir, desconoce la persona por quien el representante obra, pero sí conoce que exista dicha relación representativa., ya que indica, según creemos, esta situación no modifica la afirmación del texto: basta que se actúe a nombre de

⁴⁶ Obra Citada. Jorge Barrera Graff. pág. 31 Neppi, cit., pp76 y ss Sconamiglio , cit., núm. 20. p. 71 Pugliatti, Il rapporto di gestione...citp.162.

otro y que esta situación sea conocida por el tercero, para el efecto, importantísimo y fundamental, de que este se relacione directamente con el representado y no con el representante; es decir, para que exista representación. Si tal cosa se ignora por el tercero y se oculta por el pseudo representante no hay representación porque falta ese requisito esencial.⁴⁷

2.5.1. EL INTERES JURÍDICO EN LA REPRESENTACIÓN DIRECTA.

Ahora bien se debe tomar en cuenta que dentro de las relaciones jurídicas se puede presentar una diversidad de situaciones en las cuales el interés jurídico no sea exclusivo de la persona del representado, aunque por costumbre sea está la regla, pues se pueden presentar distintos ejemplos como los que plantea el maestro Rojina Villegas y que a continuación señalo.

1.- Puede ser que la actividad jurídica o el negocio jurídico propiamente se desarrolle en interés del representante, con el asentimiento del representado.

Tal sería el caso de que por existir una obligación entre representando y representante, el negocio no se pueda cumplir plenamente por el primero y sea necesario dar posibilidad al representante de que actué (en su interés debido al beneficio que obtendría y con asentimiento del representado) para lograr el cumplimiento del acto o negocio.

Ejemplo de ello sería el caso de un deudor, (representado) que por tener una imposibilidad física otorga en favor de su acreedor (representante) un poder con facultades generales pero limitadas al objeto para que realice las inversiones necesarias respecto de cierta cantidad de dinero en un banco, para que los beneficios económicos que se generen sean en provecho de el representado, con lo cual se le pagara la cantidad que el primero le adeudaba al segundo.

⁴⁷ Idem

2.- Ahora bien también hay con interés tanto representante como del representado.

El ejemplo puede ser dos personas que son copropietarios por partes iguales de un terreno que tiene dos casas, las características del mismo hacen que sea posible constituir el régimen de propiedad y condominio, así como disolver posteriormente la copropiedad aplicándose cada persona una casa, terminando de esta forma con la copropiedad, por lo anterior celebran entre sí un contrato de mandato con un poder suficiente de uno de ellos a favor del otro, para que sea este último quien realice todos los trámites necesarios, ya que uno de ellos tiene que ausentarse temporalmente del país .

3.- También se puede dar en interés de un tercero diverso del representado.

Dicha situación podría presentarse cuando una persona encarga a otra, que compre una casa en determinada zona, pero no para que la ponga a nombre del representado, sino que tiene planeado donarla a su hijo que está próximo a casarse, por lo anterior le otorga recursos económicos suficientes así como un poder con facultades suficientes, que van desde comprar la casa hasta hacer el pago del precio a cargo del representado, y firmar la escritura correspondiente de donación del representado en favor de su hijo.

Es conveniente recordar que tanto el representante como el representado deben ser personas capaces en derecho, es decir no debe existir una prohibición legal que lo afecte o lo limite, ya que de acuerdo con expuesto páginas atrás existen incapacidades de goce que afectan a los extranjeros, personas físicas o morales.

Por otro lado es importante tomar en cuenta las observaciones del maestro Sánchez Medal en cuanto a ciertas situaciones que se pueden llegar a presentar respecto de la representación, como en los siguientes casos:

"a) Existe en ocasiones poder sin representación ni mandato, por ejemplo el tutor que tiene poder o facultad por la ley para dar en arrendamiento por un año un determinado inmueble de su pupilo, se abstiene de celebrar ese contrato y prefiere esperar un tiempo. b) Existe otras veces poder y representación pero sin mandato por ejemplo un padre que a nombre de su menor hijo cobra y recibe el pago de un legado a favor de dicho menor. c) Existe también conjuntamente poder, representación y mandato, por ejemplo cuando un mandatario, expresamente facultado por el mandante compra a nombre de éste determinado bien. d) Existe en algunos casos mandato y poder pero sin representación, por ejemplo cuando el mandatario que se encuentra expresamente facultado para comprar un inmueble a nombre del mandante, compra dicho bien para sí mismo, esto es en nombre propio. e) Existe finalmente un mandato sin poder ni representación, por ejemplo cuando el mandante no ha facultado al mandatario para que obre a nombre de aquél, sino que una y otra parte han convenido en que los actos jurídicos sean realizados por el mandatario a nombre propio y solo por cuenta del mandante."⁴⁸

2.6. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.

Ahora bien la representación indirecta, es aquella en la que el mandatario oculta su carácter tal, y finge al relacionarse con un tercero que actúa como interesado directo o a nombre propio sin que exista detrás de él la figura de un principal ni la existencia de un encargo, que haga creer o aceptar al tercero que éste contrata y se obliga sólo con él; en tal caso dice Pugliatti "No existe representación alguna, sino un fenómeno distinto y especial, de un genero mas amplio, a saber un negocio indirecto, una interposición gestoría como propone Betti que se le denomine"⁴⁹

⁴⁸ Obra Citada. Ramón Sánchez Meda. pág. 233

⁴⁹ Idem.

Sin embargo bajo esta situación no se estará ya ante la presencia de una representación plena, ya que "el verdadero carácter esencial de la representación, es, no el declarar por cuenta de otro, sino el declarar en nombre de otro."⁵⁰

Este tipo de actuación se presenta cuando por un interés particular una persona (representado) celebra con otra (representante) un contrato de mandato por virtud del cual el segundo se obliga a ejecutar ciertos actos o a realizar un negocio como si fuera en interés propio, pero para posteriormente transmitirlo vía rendición de cuentas al representado quien nunca apareció en la relación jurídica con el tercero.

Ejemplo de esta situación lo tenemos cuando una persona esta interesada en adquirir un terreno contiguo al de su casa, sin embargo no desea hacer la compra directamente él, por temor a que su vecino se lo venda en un precio superior al que se lo ofrecería a cualquier tercero, por lo que decide celebrar con una amistad suya un contrato de mandato por el cual su amistad (representante) adquirirá la propiedad del inmueble con los recursos económicos que le provea el representado, contrayendo el representante la obligación correspondiente de transmitirlo posteriormente vía rendición de cuentas al representado.

2.7. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA REPRESENTACION .

2.7.1. EL PATRIMONIO.

Como explicaba anteriormente la representación ya directa y la indirecta encuentran su campo de repercusión más grande e importante, en el patrimonio de la persona del representado, por lo anterior es importante tener en cuenta cuales son las dos formas por las que se afectan el patrimonio a través del representante:

⁵⁰ Obra Citada. Rafael Rojina Villegas Derecho Civil Mexicano Tomo V pag. 391

- a) La primera de ellas sería facultando el representado al representante, para que a la firma del contrato, el segundo manifieste, no su voluntad, sino la voluntad jurídica del representado.
- b) La segunda sería que el representante actuara en nombre propio, ostentándose ante los terceros como dueño del negocio, para posteriormente y por virtud de un contrato (de mandato en este caso) se obligue a transmitir, los derechos y obligaciones que haya adquirido para el representado.

2.7.2. REPRESENTACION Y ASISTENCIA.

Tema relacionado con la representación es la asistencia, ya que Bonnacase estimaba que las dos directrices fundamentales en las que se basaba la organización de las incapacidades son la representación propiamente dicha y por otra la asistencia.

Es decir en algunos casos, indicaba el jurista, el incapaz tiene que actuar necesariamente por conducto de su representante, en otros se permite que el incapaz manifieste su voluntad en el acto jurídico pero debe concurrir también su representante legal dando su conformidad para la validez del mismo.

Por su parte Rojina Villegas indica que ... "encontramos algunos actos, del estado civil, como son el matrimonio, la adopción, las esponsales el reconocimiento de hijos, etc, en los que se permite al menor que ha llegado a determinada edad, generalmente catorce o dieciséis años intervenir en el acto jurídico, pero será necesario además la conformidad de su representante legal para que dicho acto tenga validez..."⁵¹ tal como lo señalan los artículos 141, 149, 362 y 397 fracción I, pero en otros ... "actos jurídicos de carácter patrimonial (contratos o convenios),

⁵¹ Idem

exceptuando el testamento, el incapaz no puede intervenir en el acto debiendo ser su representante el que lo sustituya en forma integral."⁵²

Pero dicha distinción no es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, ya que no se puede considerar que la organización de las mencionadas incapacidades se base en unos casos sobre la idea de representación y en otros la de asistencia, debido a que la propia norma jurídica señala expresamente que para los incapacitados siempre aplicara la idea de representación y nunca como asistencia, a mayor abundamiento "la asistencia puede ser entendida como, el socorro favor o ayuda, y nuestro Derecho Positivo distingue solo entre la asistencia privada y la asistencia pública"⁵³, por lo mismo no se puede concebir que exista asistencia entre la voluntad de un incapaz (representado) y la de una persona capaz (representante).

Ahora bien, también es cierto que la representación no es una institución general e idéntica para todos los casos, sino que en cada uno se han considerado las características especiales que reviste cada uno de ellos establecidos por la norma, Bonnacaso comentaba la respecto que:

"La representación es una institución jurídica en virtud de la cual, fundada en elementos de hecho convencionales o legales, una persona tiene el poder de realizar directamente por cuenta de otra, operaciones materiales y jurídicas. Con relación a una persona determinada, la representación es susceptible de aplicarse mediante un contrato, hallándonos, entonces ante un mandatario cuyas facultades estarán limitadas, como hemos indicado, a la ejecución de los actos jurídicos dentro de los límites establecidos convencionalmente por la parte o por el Código Civil en caso contrario. Pero la representación jurídica puede también ser puesta en movimiento por la misma ley basada en elementos distintos al contrato, como en el caso de la tutela o del mandato de un barco. La ley, en esta hipótesis

⁵² Idem

⁵³ "Diccionario Jurídico Mexicano" Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Tomo I A-CH Editado conjuntamente UNAM/Porrúa, México, 1993. Voz Asistencia, pág. 244.

establece las reglas constitutivas de la institución de la representación, en atención a las necesidades que se trata de satisfacer. Es mas aun en los casos en los cuales la representación jurídica se aplica por virtud de un contrato, o mas bien, por un acuerdo de voluntades, como normalmente acontece respecto al capitán de un barco, algunas reglas se aplican por si mismas. En efecto la ley no ha organizado la representación en una forma abstracta y rígida, por lo contrario prevé diversos tipos de representantes estableciendo, respecto de cada uno de ellos, las reglas susceptibles de realizar el fin que persigue⁵⁴

2.8. TEORIAS QUE EXPLICAN LA REPRESENTACION.

A continuación presento aspectos importantes respecto de las doctrinas que explican el fenómeno de la representación, todas ellas buscando una solución a dicho problema.

2.8.1. DOCTRINA DE LA FICCION.

Esta es la teoría clásica o la comúnmente aceptada en Francia, es la misma que ha sido admitida por los autores como Pothier y Planiol.

Citado por Bernardo Pérez del Castillo, Geny considera que la representación se deriva de una ficción legal, al afirmar que:

“Según la concepción que nos sugiere una vista ingenua de las cosas, cada uno no está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecuta personalmente... Ha parecido que convenía reconocer directamente, mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de nacer, en la persona de un tercero, los

⁵⁴ Obra Citada. Rafael Rojina Villegas. pag. 388

derechos creados por la voluntad de un contratante que se convierte así en extraño a sus propios actos. Bastaría se dirá, para llegar a ese resultado con invertir el principio inicial. ¿Quién no ve, sin embargo, que eso es precisamente deformar la realidad, y que si se pretendiera hacerlo brutalmente y por vía de autoridad se arriesgaría a destruir la noción de la individualidad que sigue siendo un fundamento necesario para toda nuestra concepción del derecho? No se puede escapar a la dificultad, sino aceptando aquí la ficción de la representación por otro del cual se apartarán los excesos, sometiéndola a circunstancias y condiciones necesarias".⁵⁵

Ahora bien dicha teoría explica que en la representación, el obligado es el representado y no el representante, para ello se basan en el hecho de que el representante es tan solo un instrumento del representado quién a su vez solo manifiesta la voluntad jurídica del primero.

Se le ha denominado teoría de la ficción, porque justamente acepta que aun cuando es, el representante el que comparece en el contrato o el acto jurídico, por una verdadera suposición, se dice que es el representado, el que lo celebra.

Pothier citado por Manuel Borja Soriano indica que. "Es el mandante, dice el que se considera que contrata por su ministerio (del mandatario) y quien se obliga hacia las personas con las cuales su mandatario ha contratado en esta calidad. El mandatario en este caso, no contrae ninguna obligación para con las personas con las que contrata en esta calidad, porque no es el quien se reputa que contrata; no hace si no interponer su ministerio, por el cual se considera que el mandante contrata"⁵⁶

De acuerdo con lo anterior nada de extraño hay entonces, en que resulte obligado el representado ya que es su voluntad la que en realidad se exterioriza, de lo

⁵⁵ Citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo en Representación Poder y Mandato pag. 9

⁵⁶ Citado por Manuel Borja Soriano en Teoría General de las Obligaciones pag. 245

mismo se obtiene:

- 1.- Que es básica la voluntad del representado para la realización de los actos.
- 2.- El representante es solo un instrumento del representado, lo que el segundo exterioriza es la voluntad del representando, quién en virtud de esa exteriorización resulta como el obligado ante terceros.

Ahora bien la crítica que se le hace a esta teoría es de que "elude el problema, que en un principio tendría que explicar, ya que fingir o dar por supuesto un hecho contrario a la realidad es no explicar nada"⁵⁷. Si lo que se busca justamente es conocer la razón jurídica por la cual queda obligado una persona que no participa en un acto o contrato, no es posible contestar a tal cuestión con una suposición.

De aceptar esta teoría como la mas apropiada para explicar el fenómeno de la representación, se tendría que elaborar una mejor explicación respecto de cómo aplicarla en los casos de la representación legal, ya que no es posible dar validez al hecho de que una persona incapaz se auxilie de una persona capaz para encargarle la realización de ciertos actos jurídicos, quien a su vez solo declara la voluntad del primero.

El problema consiste en el hecho de admitir, que el vínculo jurídico no se ha creado entre el representante y el tercero, sino entre el incapaz (representado) y el tercero frente al cual se haya exteriorizado el representante.

También sería totalmente indebido el suponer que el representante tomó en cuenta la voluntad del loco o del menor de edad para exteriorizar esa voluntad.

A pesar de que esta teoría en muy poca medida satisface las dudas que le dan origen, crea otras más complejas debido a los tópicos con los que resuelve las

⁵⁷ Obra Citada. Rafael Rojina Villegas. pág. 395

primeras, es decir, "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 precisado para justificar de una forma mas razonable esta situación tan irregular"⁵⁸.

Y es que en el mundo de los razonamientos jurídicos no puede haber lugar para las suposiciones y mucho menos cuando estas implican la posibilidad de realizar actos que traen como consecuencia el cambio en el patrimonio de una persona, la disminución o aumento de obligaciones en un sujeto.

Fingir o suponer un hecho contrario a la realidad, para explicar ese mismo hecho, es tanto como no explicar nada.

2.8.2. DOCTRINA DE LA COOPERACIÓN DE VOLUNTADES.

Esta teoría sostiene el hecho de que el representante y el representado, forman una sola voluntad, es decir, ambos participan en la formación de la voluntad, y aquí es importante hacer notar que podrán existir distintos grados de cooperación, en relación directa con las distintas formas de representación jurídica.

Según Mitteis citado por Borja Soriano indica que "hay que admitir que el representante no contrata solo, y que el representado no contrata de manera exclusiva sino que ambos contratan jurídicamente y que los dos producen el acto jurídico. No hay que hacer caso de la voluntad del representante, sino que en la medida en que se ha manifestado psicológicamente hay que tomar en consideración, por consiguiente las instrucciones que ha recibido del representado. En la medida de estas instrucciones, es este último el que quiere; en cuanto a lo demás, es el representante."⁵⁹ Según la misma teoría, continua

⁵⁸ Obra citada Rafael Rojina Villegas. pag. 396

⁵⁹ Citado por Manuel Borja Soriano en Teoría General de las Obligaciones pag. 248

indicando Borja Soriano, pero ahora citando a Vivante "tanto el representado como el representante cooperan a la formación del negocio, y se debe determinar la validez de su contenido según las dos voluntades del representante y del representado, en la parte en la que cada una influye en la formación del negocio. Según esta teoría en el mandato general se deberá atender especialmente a la voluntad del representante, en el mandato especial se deberá especialmente tener en cuenta la voluntad del representado, y en el mandato en el que se encuentran determinados solo algunos elementos, se deberá atender simultáneamente a las dos voluntades, a cada una en la parte concreta de las determinaciones contractuales respectivas"⁶⁰

En la representación voluntaria la cooperación se advierte fácilmente, y puede variar del mandato expreso al mandato general. "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 una cooperación porque se requiere que el mandante autorice al mandatario para ejecutar toda clase de actos jurídicos y le deje después la libertad para resolver los actos que ejecute, así como para cabo"⁶¹

En esta teoría hay un adelanto en cuanto a la explicación de la representación voluntaria, pero su aplicación para la representación de personas incapaces, sigue siendo inadecuada, ya que como se puede explicar el hecho de que una persona incapaz manifieste su voluntad, que en la integración de ella coopere una persona capaz y más aun de que está manifestación sea reconocida por la norma jurídica.

⁶⁰ Obra Citada. Manuel Borja Soriano. pag. 248

⁶¹ Obra Citada. Rafael Rojina Villegas. pág. 397

2.8.3. DOCTRINA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO.

Esta teoría explica la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante, de la siguiente forma, el representante comparece al acto jurídico y manifiesta su propia voluntad; que sustituye totalmente la voluntad del representado, por la del representante.

Esta teoría se limita a indicar que la representación se da cuando el representante comparece por el representado, pero no explica el problema de cómo la voluntad del representante puede llegar a obligar al representado.

Madray, siguiendo a Bonnacase, explica los efectos del acto jurídico se deben a que la situación jurídica abstracta, se convierte en concreta, por virtud del hecho o del 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 están en la situación jurídica abstracta son las que se realizan en el acto de la representación."⁶²

Bien es cierto que cuando la norma jurídica lo dispone, un representante puede obligar a un incapaz, esta es una situación que jurídicamente no se discute. Pero el explicar ¿ Por qué el legislador a dicho que la voluntad del representante obliga al incapaz?, ya no es explicado por esta teoría, ya que señalan que el problema debe ser resuelto por los legisladores.

Desde el punto de vista jurídico el problema a sido resuelto al admitir a la representación como una situación abstracta, pero desde el plano doctrinario no se aclara cuales son los motivos que motivaron a tomar tal resolución.

⁶² Obra Cita.Ja. Rafael Rojina Villegas. pag. 397

2.8.4. DOCTRINA DEL NUNCIO.

Esta teoría ha sido propuesta por Savigny, en ella explica que el representante es solamente un mensajero, un nuncio o mensajero cuya función es primordialmente ser portavoz de la voluntad del mandante, situación por lo cual queda obligado jurídicamente.

La crítica que se le hace a esta teoría es la misma que las anteriores, ya que bastaría con recordar que no hay posibilidad jurídica de recurrir a un mensajero para manifestar la voluntad de un incapaz.

Al respecto Bernardo Pérez indica: "Esta teoría no explica el caso de los representantes de menores incapaces y sin embargo, es útil para explicar el mandato especial."⁶³

2.9. DIFERENCIA ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS FIGURAS.

2.9.1. REPRESENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN

La legitimación es un término procesal, el cual se puede estudiar ya sea desde el punto activo o pasivo, en general se le considera como "la idoneidad de una persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posición que se tiene frente al acto, o sea, en la realización de un acto jurídico, la relación que existe entre los sujetos o uno de los sujetos con el objeto"⁶⁴, por su parte la representación es una institución establecida por la ley para asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos de las personas sujetas a una incapacidad jurídica.

⁶³ Obra Citada. Bernardo Pérez Fernández del Castillo pag. 9

⁶⁴ Idem

2.9.2. REPRESENTACIÓN Y PROCURA.

La representación es una institución de derecho privado que tiene tres posibles fuentes de origen, como indica Sánchez Medal, "la ley, una resolución judicial, o una voluntad unilateral de una de las partes en un contrato de mandato"⁶⁵, por su parte la procura no es, sino sinónimo de poder, que a su vez es resultado del ejercicio de una de las fuentes señaladas por el autor.

Se le denomina procurador según el diccionario de Escriche citado por Bernardo Pérez, aquel "Que en virtud de poder o facultad de otro ejecuta en su nombre alguna cosa; ó como dice la ley de las partidas Aquel que recabda ó hace algunos pleitos o cosas ajenas por mandato del dueño de ellas mas que el acto de apoderar o facultar a una persona para que realice en nombre del representado ciertos actos"⁶⁶

2.9.3. REPRESENTACIÓN Y MANDATO.

Para precisar sus las diferencias entre estas dos figuras es necesario tener presente que "La representación puede conferirse directa y exclusivamente por la ley, como es el caso de la patria potestad....también puede conferirse por virtud de un procedimiento judicial con fundamento en una norma que imponga la necesidad de nombrar un representante a una persona que sea incapaz de hacer valer por si misma sus derechos o cumplir con su obligaciones, a un ausente o a un sujeto o sujetos que sean causahabientes a título universal de otro que ha fallecido, como es el caso de los tutores, del representante de ausente o del albacea."⁶⁷

⁶⁵ Obra Citada, Ramón Sánchez Medal pag. 232

⁶⁶ Obra Citada, Bernardo Pérez Fernández del Castillo pag. 6

⁶⁷ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. "Contratos Civiles" Editorial Porrúa, pag. 230

Sin embargo aunque la representación es una institución prevista en la ley, el maestro Zamora y Valencia decide denominarla como legal para distinguirla de aquella que se confiere intencionalmente y la cual él mismo califica de voluntaria.

El mandato por su parte, es un contrato, su origen esta en las voluntad del mandante de conferir el encargo y el mandatario de aceptarlo, la actuación de este último se limita a los actos jurídicos que le hayan sido encargados y como característica muy especial el mandato tiene por naturaleza ser no representativo y solo lo será cuando se le confiera al mandatario un poder para poder realizar los actos a nombre del mandante.

Profundizando en diferencias entre la representación legal, y la voluntaria de donde se deriva el mandato, tenemos que "La representación legal es necesaria ya que de otra manera se suprimiría la personalidad jurídica de las personas que no pudieran hacer valer por sí mismas sus derechos, y la situación de no tener un derecho se equipara a tenerlo y no poder hacerlo valer; es en términos generales irrenunciables porque se dejarían desamparados a los incapaces, no es revocable, porque el incapaz no puede realizar el acto revocatorio, y las facultades del representante son fijas, ya que ni el ni su representado las pueden ampliar. La representación voluntaria en cambio es prescindible, eludible, revocable a voluntad del representado, renunciable por el representante y las facultades del representante son variables, diversas según la intención de quien las confiere"⁶⁸

2.9.4. REPRESENTACION Y TRANSMISION DE LA DECLARACION NUNCIUS.

"El representante forma y emite una voluntad suya –aunque lo haga en nombre y por cuenta del representado- tiene un ámbito de libertad como ser en la elección de la contraparte en el negocio, o en su contenido, en el que decide él, y sus instrucciones a las que debe ajustarse marcan los límites de su libertad de obrar;

⁶⁸ Idem

realiza por sí el negocio, es declarante en éste (sí es representante activo) o destinatario (sí es pasivo)."⁶⁹

El nunciatus por el contrario, por el contrario es un simple cooperador, que se vuelve en transmisor o portavoz, de la voluntad. solo contribuye a que la declaración de voluntad que se le dio formada llegue a su destino; pero no celebra él, ni siquiera en nombre y por cuenta del otro.

Es sólo pues, un instrumento material vehículo de la declaración ajena; no tiene nunca ingerencia en la formación de la voluntad; no tiene ningún poder de disposición, ni es nunca parte en el negocio.

Como consecuencia de esta distinción se obtiene que:

- a) El nunciatus requiere de la capacidad de ejercicio para transmitir la declaración,
- b) Por su parte el representante debe tener contar con la capacidad de ejercicio y de goce necesaria para asumir los derechos y hacer frente a las obligaciones que en nunciatus asumió durante el negocio.

2.9.5. REPRESENTACIÓN Y PRESTACIÓN DE OBRA.

En aquella el representante, emite una declaración de voluntad que traerá consecuencias jurídicas, por su parte en la prestación de obra hay simplemente ejecución de hechos materiales.

Es decir mientras que en la prestación de obra "el locador pone al servicio del locatario sus facultades intelectivas, en la representación, el representante pone

⁶⁹ Obra Citada. Enciclopedia jurídica Omeba . Voz representación. Pag. 728.

al servicio del representado sus facultades volitivas, es decir su propia actitud de querer y de emitir declaraciones de voluntad. (Rocco, Vivante, citados por Fontanarrosa).⁷⁰

2.9.6. REPRESENTACIÓN Y LOS ORGANOS DE PERSONA JURIDICA.

Es diferente la representación, de la emisión de la declaración de la voluntad de las personas jurídicas mediante sus órganos, aunque las leyes a menudo, hablen de "representantes de las personas jurídicas" para aludir a sus órganos.

"La persona jurídica tiene sus órganos internos de deliberación, ejecución y los externos a través de los cuales entra en relación con terceros. Esos órganos son personas físicas, lógicamente, pero ello no implica que éstas celebren por sí, el negocio, pero en nombre y por cuenta de la persona jurídica. O sea que no hay negocio (representativo) "de" la persona física, pero con efectos para la persona jurídica, sino que hay un negocio "de" ésta, y "para" ésta, realizado por el órgano adecuado a través del cual la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar, que consiste en una actividad que les es "directamente" imputable a ella."⁷¹

De acuerdo con esto el órgano forma la voluntad de la persona jurídica, pero no declara su voluntad a los terceros como voluntad de otra persona. No hay entre la persona jurídica y el órgano una disolución de sujetos –una separación como existe entre representante y representado, quien tiene cada uno su voluntad y autonomía-, sino al contrario una compenetración de entidad y órgano integrante. Por tanto no puede hablarse de representación.

El órgano es el vehículo, el instrumento, por medio del cual se expresa una voluntad única, que es la del ente social, que actúa directamente y en nombre

⁷⁰ Idem

⁷¹ Idem.

propio.

El representante por su parte declara su propia voluntad, pero en nombre de un interés ajeno, y presupone o puede presuponer, una separada voluntad del representado.

Nada impide, no obstante, que en un mismo sujeto concurren las calidades de órgano, y de representante, cuando se reúnen las condiciones para la existencia de ambas, tal como lo indican Rocco, Messineo, Planiol y Ripert-Esmein citados en la Enciclopedia Ormeba, ni tampoco que al actuar la persona jurídica mediante una persona física se produzcan situaciones a las que analógicamente, sean de aplicación normas de la representación.

2.9.7. REPRESENTACIÓN Y CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.

"En éste dos personas -una de las cuales es el estipulante que podría confundirse con un representante- celebran entre sí, en nombre y por cuenta propia, un contrato dirigido a atribuir un beneficio a un tercero, que es extraño a la conclusión del contrato: El estipulante es parte, asume para sí las obligaciones que de éste derivan, no tiene necesidad de ningún poder de representación; y por el tercero se adquieren sólo los derechos directamente, por virtud del contrato, y no en cuanto se ha obrado en su nombre. No puede hablarse entonces de una representación."⁷²

2.9.8. LA REPRESENTACIÓN Y MEDIACIÓN.

El mediador pone en contacto a las partes interesadas en el negocio, el va a desarrollar la etapa de acercamiento de las partes y preparación del contrato, sus

⁷² Idem.

actos tienden a la realización definitiva, el nunca en persona la materializara.

Por su parte el representante sustituye al representado en la intervención del acto.

CAPITULO 3

3.1. ASPECTOS GENERALES DEL MANDATO.

El Código Civil indica en su artículo 2546 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"⁷³

De la anterior definición se obtiene que:

1.- El mandato se define expresamente como un contrato.

2.- Recae exclusivamente sobre actos jurídicos

3.- El mandatario deberá ejecutar los actos jurídicos por cuenta del mandante, esto significa que la operación jurídica solo afectara la esfera patrimonial del mandante, pero cualquier relación jurídica se establecerá entre el mandatario y los terceros.

3.2. CLASIFICACION DEL MANDATO.

Generalmente es principal, aunque puede darse la excepción y ser accesorio, dicha situación se presenta cuando existe el llamado mandato irrevocable, tal como le precisa el Código Civil en su artículo 2596 al señalar que el mandante puede revocar el mandato... menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio

⁷³ Código Civil para el Distrito Federal.

para cumplir obligación contraída.

A esto respecto es pertinente tener en cuenta lo que indica el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, "La doctrina discute si además de los casos expresamente señalados, podría pactarse que el mandato fuere irrevocable. El maestro Rafael Rojina Villegas opina que la estipulación sería válida (Tomo IV, párrafo 16, página 281); en cambio el señor Licenciado Lozano Noriega opina que a pesar de la irrevocabilidad pactada, podría revocarse el mandato, con apoyo en la parte final del artículo 2596, puesto que la sanción a la revocación o la renuncia del mandato en tiempo inoportuno se sanciona con el pago de daños y perjuicios.

A mi modo de ver, el mandato irrevocable no podrá revocarse, ya que saldría sobrando este contrato de garantía, esta modalidad que puede ser tan útil en la vida de los negocios, pues sería preferible no crear el mandato irrevocable"⁷⁴.

"Es bilateral puesto que da nacimiento a obligaciones a cargo de ambas partes; es naturalmente oneroso, salvo estipulación expresa en contrario, por regla general es un contrato formal, excepcionalmente consensual; intuitu personæ, ya que el mandatario debe desempeñar el mandato personalmente y termina con la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario, es de tracto sucesivo, ya que las obligaciones no se extinguen al momento de la celebración del contrato, sino que se prolongan en el tiempo."⁷⁵

Es bilateral porque existen obligaciones recíprocas entre las partes y solo será unilateral en opinión del maestro Zamora y Valencia cuando se pacte expresamente que el mandante no tendrá obligación de retribuir al mandatario

El carácter oneroso deriva pues de la prestación de los actos jurídicos que el mandante le encargue al mandatario, y que este a su vez realice, aunque excepcionalmente se puede convenir en que sea gratuito, tal como lo señala el

⁷⁴ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. "Contratos Civiles" Editorial Porrúa. México pag. 182

⁷⁵ Idem.

artículo 2549.

En cuanto a la forma que debe revestir el mandato, el Código señala que se acepta desde la consensual hasta formal.

3.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA .

3.3.1. EL CONSENTIMIENTO

Respecto del consentimiento se tienen claras diferencias entre distintos autores:

Por ejemplo Bernardo Pérez afirma que "El consentimiento no requiere ser contemporáneo, el mandante expresa su voluntad de contratar y posteriormente la acepta el mandatario en forma expresa o tácita. La aceptación expresa es cuando en algún documento se exterioriza la voluntad del mandatario de aceptar el mandato, sea ésta en la celebración del contrato o diferida a otro tiempo. Existe una aceptación tácita cuando el mandato 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 rehúsen dentro de los tres días siguientes . b) El mandatario realiza actos en ejercicio del mandato"⁷⁶

Leopoldo Aguilar precisa que : "El consentimiento no sigue las reglas generales, ya que la reglamentación legislativa se refiere a la manifestación de la voluntad de las partes; además la manifestación de voluntad puede ser tácita; finalmente como excepción, el silencio en algunos casos produce efectos jurídicos de aceptación"⁷⁷

Rojina Villegas indica que "Es el contrato del que nos ocupamos el único en el cual

⁷⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "El Contrato de Mandato" Editorial Porrúa. México pag. 229

⁷⁷ Obra citada. Leopoldo Aguilar Carbajal

el silencio produce efectos jurídicos. No es una novedad el consentimiento tácito...pero sí 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 contratos puede haber oferta tácita en nuestro derecho, en el que el mandato debe ser verbal o escrita, y por consiguiente siempre expresa. En cambio, para que 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."⁷⁸

Por último y como explicación más clara en mi opinión, se tiene lo que dice el maestro Zamora y Valencia, al señalar que: "En primer lugar el artículo confunde los contratos de mandato y 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 el artículo debiera estar situado en ...la parte que regula al contrato de prestación de servicios profesionales...En segundo término para que esta disposición pueda ser operante se requiere que le proporcione al profesional los medios los medios necesarios para que éste pueda actuar. Da a entender el artículo que debe recibirse un poder (ya que el Código confunde los términos de poder y mandato) que faculte a quien ofrece al público el ejercicio de su profesión para actuar en determinado negocio y que si no se rehúsa su ejercicio en el tiempo señalado se tiene la obligación de actuar conforme a las facultades conferidas. El artículo puede ser operante si junto con el poder se recibe la peticitación adecuada de un contrato de prestación de servicios profesionales, ya que, como se ha indicado antes, solo el otorgamiento de un poder no produce obligaciones ni derechos para el poderdante ni para el apoderado."⁷⁹

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil Contratos IV" Editorial Porrúa. México pag. 295

⁷⁹ Obra Citada Miguel Ángel Zamora y Valencia. pag. 236

3.3.2. EL OBJETO.

En cuanto al objeto lo constituyen la ejecución de actos jurídicos, (no materiales), mismos que deben seguir la regla establecida para los demás contratos, es decir deben ser posibles, y deben ser lícitos, este último aspecto se encuentra señalado en el artículo 2548, al señalar que pueden ser objeto del mandato, todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.

No se debe dejar de tener presente que el actual objeto del contrato es una de las diferencias mas importantes con respecto al tratamiento dado en los anteriores ordenamientos al mandato.

3.4. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

3.4.1. LA CAPACIDAD.

En cuanto a la capacidad se debe distinguir de la requerida para el mandante como la del mandatario, de acuerdo con ello se tiene que;

En el mandante debe contar con una doble capacidad para:

- a) Contratar, y
- b) Para ejecutar el acto jurídico que encomiende al mandatario.

Por su parte en el mandatario deberá distinguirse primero si el mandato es representativo o no representativo, ya que:

En el primer caso será suficiente la capacidad general, ya que las consecuencias jurídicas que causen serán a cargo del mandante;

En cambio en el mandato no representativo el mandatario deberá contar tanto con la capacidad general de contratar así como la capacidad de goce para ser titular de los derechos y obligaciones que se originen por los actos que realice en su propio nombre.

3.4.2. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Como en todo contrato no debe existir: dolo, mala fe, violencia ni lesión

3.4.3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.

Se sigue la regla general de los contratos tomando en cuenta que existen prohibiciones especiales en el Código Civil, respecto de los mandatarios, como la señalada en el artículo 2280 "No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados fracción II. Los mandatarios".

El Código Civil señala en su artículo 8 que Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en que la ley ordene lo contrario. De igual forma el artículo 1830 que, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

La sanción que se causa por la falta de licitud es la nulidad absoluta.

3.4.4. EL CONSENTIMIENTO DEBE SER MANIFESTADO EN LA FORMA QUE ESTABLECE LA LEY.

Con relación a la forma se tienen las siguientes características.

Puede ser consensual cuando el negocio no excede de 50 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal aunque deberá ser ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el cual se otorgo, tal como lo señalan los artículos 2552, 2556.

Cuando el interés del negocio exceda dicha cantidad pero no llegue a 1000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de otorgarse, podrá otorgarse en escrito privado ante dos testigos sin necesidad de ratificación de firmas.

Deberá constar en escritura pública, o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas sus firmas ante notario, juez o autoridad administrativa en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de un mandato general.
- b) Cuando el interés del negocio sea mayor de 1000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.
- c) Cuando en el ejercicio del mandato, el mandatario vaya a ejecutar actos que por disposición de ley deben constar en escritura pública.

Se tendrá que ratificar ante una autoridad administrativa cuando el mandato se otorgue para la celebración de un acto ante una autoridad de esta naturaleza

3.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

3.5.1. DEL MANDANTE.

a) Cubrir al mandatario una retribución de honorarios, cuando no se haya estipulado que el mandato sea gratuito.

Al respecto el maestro Zamora y Valencia indica que "La retribución puede consistir en cualquier clase de bienes o servicios con las únicas limitaciones normales que establece la teoría general de las obligaciones, en el sentido de que la conducta regulada por el deudor sea lícita y posible...Si no hubo pacto expreso, el mandante debe retribuir...Aplicando por analogía las disposiciones del contrato de prestación de servicios profesionales⁸⁰ establecidas en el artículo 2607

Por su parte el maestro Leopoldo Aguilar, indica que para el caso de que no se haya convenido en el monto, se sujetara a juicio de peritos.

b) Anticipar al mandatario los recursos necesarios para la ejecución del mandato, cuando el último así lo solicite, aún cuando dichos gastos los haya realizado el mandatario y el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

Dicho reembolso señala el artículo 2577 comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo.

c) Debe indemnizar el mandante al mandatario por los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido con motivo del cumplimiento del mandato, a condición de que ellos no se deban a imprudencia o culpa del mandatario. Tal como lo señala el artículo 2578 del Código Civil.

⁸⁰ Idem.

Al respecto el maestro Sánchez Medal indica que "Estos daños y perjuicios pueden ser, por ejemplo, los accidentes corporales que hubiere sufrido el mandatario al ejecutar el mandato (Planiol). Para hacer efectivo el reembolso de los gastos y el pago de la indemnización por los daños y perjuicios tiene el mandatario dos garantías, por la ley: a) Obligación solidaria de los co-mandantes si son varios (2580), y b) Derecho de retención sobre las cosas recibidas con motivo del mandato (2579). En cambio, para exigir la retribución solo tiene aquella primera garantía pero no esta última...cabe advertir que la ausencia de ese derecho de retención en caso de falta de pago de retribución, obedece solo a una razón histórica, ya que cuando se estableció ese derecho de retención en los Códigos Civiles anteriores de 1870 y 1884, el mandato era por su naturaleza gratuito y por ello no se estableció tal derecho.." ⁸¹

3.5.2. OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

a) Ejecutar el mandato, ya que es un contrato *intuitu personae*, realizando los actos jurídicos que se le encomendaron por cuenta o en representación del mandante, solo como excepción puede el mandatario encomendar la ejecución del mandato a otra persona, cuando se le hayan conferido facultades para substituir o delegar mandato.

Aquí es importante ver que la substitución puede ser conferida ampliamente o en forma restringida, según cuente con facultad para designar la persona del substituto o tenga que designar a la persona señalada por el mandante, a este respecto son aplicables los artículos 2574, 2575 y 2576 del Código Civil

En la substitución que también requiere cláusula especial, hay en opinión del maestro Rojina Villegas una verdadera "cesión del mandato", de tal suerte que el

⁸¹ Obra citada Ramón Sánchez Medal.

mandatario sustituto entra en relaciones jurídicas con el mandante y el mandatario que sustituye el poder queda excluido, es decir sale de aquella relación jurídica.

b) Debe rendir cuentas e informar de la ejecución de los actos encargados en términos convenidos, cuando sea requerido para ello por el mandante y en todo caso al término del contrato conforme los artículos 2569 y 2570 del Código Civil.

Se requiere cláusula expresa para liberar al mandatario de tal obligación.

c) Conforme a lo señalado en el artículo 2562 el mandatario en el desempeño de su encargo se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante, si hubiese algún acontecimiento no previsto o las instrucciones fuesen insuficientes, si no hubiesen tales instrucciones el mandatario está facultado para obrar a su arbitrio, debiendo consultar con el mandante si el negocio lo permite, pero deberá actuar con la diligencia necesaria como si el negocio fuera suyo, a este respecto son aplicables los artículos 2563, 2565 y 2566.

d) Por otra parte el artículo 2570 indica que el mandatario tiene la obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder.

e) El mandatario está obligado a pagar intereses por las cantidades que hubiese destinado a negocios propios, a partir de la fecha en que hubiese dispuesto de ellas, sin perjuicio de la responsabilidad penal, al efecto es aplicable el artículo 2572 del Código.

3.6. PLURALIDAD DE MANDANTES Y MANDATARIOS.

El Código Civil en su artículo 2580 considera la posibilidad de que exista una pluralidad de mandantes respecto de un negocio, frente un solo mandatario, en

este caso la ley establece que todos quedan como obligados solidarios frente al mandatario, a menos que se haya estipulado lo contrario, en cuyo caso responderán a prorrata.

Por otro lado se puede establecer de igual forma que sean varios los mandatarios designados para un negocio, en este caso pueden presentarse dos situaciones:

- a) Que los mandatarios respondan solidariamente por los daños y perjuicios, o por el incumplimiento de las obligaciones respecto del mandante, en cuyo caso se estaría siguiendo la tradición asentada por el Derecho romano y el antiguo Derecho Francés, o bien,
- b) Siguiendo al nuevo Derecho Francés, el Código establece que responderán solamente de forma mancomunada, tal como lo precisa el artículo 2573 del propio ordenamiento, y que solo habrá solidaridad cuando se pacte expresamente.

Con relación a la forma en que deben actuar los mandatarios, en caso de haber sido nombrados varios con relación a un negocio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a sentado la siguiente jurisprudencia.

"MANDATO, EJERCICIO SOLIDARIO DEL, POR LOS MANDATARIOS.

Es inexacto que cuando el mandante confiere poder a dos o más personas, cuyos respectivos nombre aparezcan unidos con la conjunción copulativa "y", ello denote la voluntad del poderdante para que los mandatarios lo ejerzan conjuntamente y no en forma separada, pues la intervención solidaria de los apoderados debe convenirse expresamente en el contrato de mandato, y no inferirse a base de presunciones, como

se desprende, sin dudas, del artículo 2573 del Código Civil para el Distrito Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Séptima Época Volumen 151-156 Sexta Parte Página 113⁴²

3.7. RELACIONES QUE SE PUEDEN PRESENTAR ENTRE EL MANDANTE MANDATARIO Y LOS TERCEROS.

El mandato tiene de peculiar que las consecuencias del contrato no se limitan a las partes contratantes, sino que, en su desempeño se establecen relaciones con los terceros. Para el estudio de las relaciones que se pueden presentar se tiene que partir del hecho si el mandato conferido es representativo, o no representativo. Dando con ello lugar a la primera clasificación del mandato

3.7.1. MANDATO REPRESENTATIVO.

Aunque el Código actual se refiere en su definición al mandato no representativo, ello no implica que cuando los actos se ejecutan en nombre y por cuenta del mandante, no exista mandato. El mandato podrá ser representativo cuando se otorgue de manera simultánea un poder, es decir los actos jurídicos repercutirán de manera inmediata en la persona o patrimonio del mandante.

Si el mandatario obro dentro de las facultades que se le concedieron, los actos jurídicos tienen la misma validez que si los hubiera celebrado el mandante; en otras palabras se establece una relación directa entre el mandante y el tercero,

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. IUS

Art. 2581.

"Si el mandatario obró excediéndose de su facultades, habrá que distinguir que distinguir si el tercero es de buena o mala fe, según que ignore o conozca las facultades del mandatario. En el caso de que las conociera, no existe responsabilidad para el mandante, ni aun para el mandatario, salvo el caso de que éste se hubiere obligado personalmente frente al tercero. En cambio si no las conocía, sería de buena fe, pero a pesar de ello, no quedará obligado el mandante en razón de que el tercero obro con descuido; pero en cambio sí existe responsabilidad para el mandatario.."83 tal como se señala en los artículos 2583 y 2584

Es importante señalar que aún de los actos realizados por el mandatario en exceso de sus facultades, queda en decisión del mandante ratificarlos o no, en cuyo primer caso tendrán plena validez.

Ahora bien la relación entre el mandante, mandatario y terceros, se encuentra señalada el artículo 2561, al indicar que "Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre el mandante y el mandatario."

Es por eso que como ya precise en hojas atrás, el verdadero carácter esencial de la representación, es no el declarar por cuenta de otro, sino el declarar en nombre de otro.

⁸³ Obra citada Leopoldo Aguilar Carbajal

3.7.2. MANDATO NO REPRESENTATIVO.

En la exposición de motivos del proyecto del Código de 1928, al referirse al mandato se señala "Se desarrollo francamente la teoría que no exige para que haya mandato que se obre forzosamente en nombre y representación de otra persona, siguiendo en esta parte las teorías más modernas sobre la materia, teniéndose a la vista las disposiciones en los códigos últimamente publicados."⁸⁴

De lo anterior se obtiene que el mandato no representativo es la regla y no la excepción como comúnmente se creó.

En este caso el obligado es el mandatario, sin perjuicio de que existan relaciones entre el mandante y el mandatario, en estos casos el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante.

3.8. MANDATO GENERAL Y ESPECIAL.

Dicha clasificación deriva expresamente del Código Civil, el cual en su artículo 2553 señala que los mandatos pueden ser generales o especiales. "El mandato general se concede para la realización de todos los actos o negocios diversos que se encuentren dentro de una especie determinada...el mandato especial se confiere para que el mandatario realice, por el mandante los actos o el negocio que limitativamente éste le encarga."⁸⁵

⁸⁴ Citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo Representación Poder y Mandato pag. 25 Ed. Porrúa.

⁸⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "Obligaciones Civiles". Editorial Harta, México. pag. 137

3.8.1- DIFERENCIAS ENTRE EL MANDATO Y EL PODER.

Ahora bien debido a que el Código maneja indistintamente ambos conceptos es preciso hacer notar los siguientes comentarios:

El maestro Zamora y Valencia explica que "En virtud de que los mandatos son diferentes a los poderes, aun cuando la ley los confunde y trata de ellos en el mismo apartado, no deben confundirse las clases de unos con las clases de otros. Así la clasificación de generales y especiales, de revocables y no revocables y de judiciales o no, corresponde a los poderes y no a los mandatos.."⁸⁶

Por su parte el maestro Sánchez Medal explica que con frecuencia suelen confundirse tres conceptos diferentes:

"Poder es la facultad concedida a una persona llamada representante para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada. Dicho poder o facultad puede tener cualquiera de las estas tres fuentes: a) Puede ser concedido por la ley, como ocurre con el tutor y con el titular de la patria potestad, quienes por virtud directamente de ley pueden obrar a nombre del incapaz que representen (537- V y 425), así también el caso del cesionario de un crédito al cual le concede poder la ley para absolver posiciones en nombre del cedente (Art. 310-3° Código de Procedimientos Civiles); b) puede ser concedido el poder por medio de una resolución judicial, como acontece con el representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo sobre la designación de aquél, es nombrado dicho representante por el juez de conformidad con el artículo 53 del Código de Procedimientos Civiles; y c) puede ser concedido el poder unilateralmente por una de las partes en un contrato de mandato (2546, 2560 y 2581), que es el caso más frecuente y, por ello, es muy común hallar el empleo

⁸⁶ Obra citada Miguel Ángel Zamora y Valencia.

impropio del "mandato" como sinónimo de "poder... El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga (2546). Puede ser de dos clases: mandato representativo, si el mandante concede unilateralmente poder o facultad al mandatario para que éste a obre de aquél; y mandato del testafierro, si el mandante no concede al mandatario dicho poder o facultad (2560)⁸⁷

Por otra parte el maestro Bernardo Pérez Fernández Del Castillo explica que: "La primera distinción se refiere a la fuente jurídica, el mandato es un contrato, el poder una declaración unilateral de voluntad, la segunda, es que el poder tiene como objeto obligaciones de hacer, consistentes en la representación en forma abstracta y autónoma, o sea la actuación a nombre de otra persona para que los actos efectuados surtan en el patrimonio del representado de tal manera que la relación jurídica vincula directa e inmediatamente al representado con el tercero. Por su parte el mandato no es representativo, sin embargo puede serlo si va unido al otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta sus efectos entre mandante y tercero."⁸⁸

Se puede definir al poder como:

"El negocio por medio del cual una persona hace constar la facultad que da a otra para que en su lugar y representándole pueda ejecutar una acción."⁸⁹

O bien

"Poder como una declaración unilateral de voluntad, en virtud de la cual, una persona a la que se designa como poderdante, manifiesta que confiere su representación a otra persona que puede o no saber que se le quiere constituir en representante, y a la cual, la ley le designa como apoderado"⁹⁰

⁸⁷ Obra citada Ramón Sánchez Meda

⁸⁸ Obra Citada. Bernardo Pérez Fernández del Castillo Representación Poder y Mandato.

⁸⁹ Obra citada. Ernesto Gutiérrez y González

⁹⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO, María Del Pilar. Coordinadora. "La Política de Escrituras. Estudio Preliminar", índices, glosario y apéndices. Editado por la U.N.A.M. página LXV.

Para otorgar un poder, basta la comparecencia del interesado ante el Notario, (si se hace en escritura pública) o la actividad individual del sujeto (si se hace en documento privado). El poder presenta la característica de que no requiere que el destinatario de esa voluntad tenga conocimiento de que existe un poder a su favor, aunque dicha situación sería bastante absurda, ya que el poder existiría aunque no se causen consecuencias jurídicas.

Ahora bien la clasificación que establece el artículo 2554 respecto de los poderes es para pleitos y cobranzas, actos de administración y actos de dominio, sin embargo existen actos en los que por su propia naturaleza no se puede establecer con claridad si lo que se ejerce es un acto de administración o de dominio.

Para resolver esta situación se tendrá que resolver primeramente el tipo de patrimonio sobre el cual se ejecuta el acto, y después, saber cuál es el alcance de las facultades de administración y de dominio en dicho patrimonio, para lo anterior Borja Soriano distingue tres tipos de patrimonio que tendrán que ser analizados para determinar unos y otros actos, el primero llamado de derecho común, el segundo de explotación y el tercero de liquidación.

PATRIMONIO DE DERECHO COMÚN.

Aunque en éste patrimonio el autor no señala los rasgos distintivos con claridad a diferencia del de explotación y liquidación, otorga por el contrario un listado de artículos sobre actos que por disposición de ley tienen el carácter de administración.

“Dicen nuestros Códigos que: los bienes de cierta clase pertenecen en administración al hijo menor de edad (art. 429 y 435); el emancipado tiene la libre administración de sus bienes (art. 643); los que ejercen la patria potestad tienen la

administración de los bienes que pertenecen a los que están bajo ella (art. 425); el tutor está obligado a administrar los bienes de los incapacitados (art. 537, IV); el representante del ausente es administrador de los bienes de éste (art. 600); en los poderes generales para administrar bienes bastara expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas (art. 2554). Ahora bien, ¿cuáles son las facultades de administradores, cuáles son los actos de administración.? La respuesta la vamos a dar en tres reglas siguientes:

PRIMERA REGLA

Para determinado administrador un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo faculte, para ejecutarlo o le niegue esta facultad. Los preceptos aludidos son principalmente los que a continuación citamos

Menor casado: C. v. Artículo 173.

Emancipado: C. a. Artículo 643 I y II

Padres y demás ascendientes en ejercicio de la patria potestad; artículos 436, 2496 y 3037; Código de Procedimientos civiles artículo 920.

Tutor: artículos 449, 557, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 573, 575, 576, 1654, 2946; Código de Procedimientos Civiles 915, 921 y 922.

Representantes de ausentes artículos 660 y 686.

Mandatario artículos 2401, 2402 y 2868.

Procurador artículo 2587

Socio administrador artículo 2712

SEGUNDA REGLA

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Para un administrador, son actos ya de administración, ya de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los administradores, según los artículos citados en la primera regla y que son aplicaciones hechas por nuestros Códigos de la noción de la noción de acto de administración, por oposición la mayor parte de las veces al acto de disposición. Con este criterio debemos considerar:

Actos de administración recibir pagos, consentir en la cancelación de registro de una hipoteca u otro registro cuando reciba el pago de la obligación respectiva... dar bienes en arrendamiento hasta por cinco años o recibiendo rentas anticipadas hasta de dos años... prestar dinero sobre segura hipoteca; aceptar donaciones, herencias y legados.

Actos de disposición, donar, vender y en general enajenar bienes, (especialmente inmuebles, muebles preciosos y alhajas) y derechos (especialmente reales); dar en prenda hipotecar o gravar de otra manera bienes y derechos (especialmente inmuebles); dar bienes en arrendamiento por mas de cinco años o con anticipo de rentas por mas de dos... hacer remisión, repudiar herencias, cancelar hipotecas, su registro y extinguir derechos reales, dar fianza, recibir dinero prestado, transigir y comprometer en árbitros, conformarse con la demanda sobre bienes inmuebles, etc... renunciar la prescripción pendiente o la consumada judicialmente: desistirse, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes y recusar.

TERCERA REGLA.

Faltando texto legal, debe acudirse a la noción misma de acto de administración como la expone Bonnacese, basándose en preceptos del Código de Napoleón, con los que sustancialmente concuerdan los de nuestros Códigos, con la advertencia de que en estos Códigos dentro de los actos de administración están incluidos los de conservación, que tienen por objeto evitar que un bien se pierda por su propietario.

Para Bonnecase, el patrimonio de Derecho común es un patrimonio "cuyo elemento-capital es esencialmente estable"⁹¹, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, y el acto de administración sin comprometer dicho elemento, tiene por fin hacer fructificar ese capital, o sea un conjunto de bienes o a un bien determinado y aun utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y todo acto susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento (*supplément*, t. III, núms. 338-342)

Teniendo en cuenta dicha noción, hay que considerar , por ejemplo como actos de conservación comprendidos en los de administración, los de interrumpir una prescripción y enajenar los bienes que estuvieren sujetos a perecer, como acto de administración contraer obligaciones en cuanto sea necesario para la administración (Laurent, t. XXVII, núms.420 y 421), y como actos de disposición, novar obligaciones, conformarse con las sentencias y demás resoluciones judiciales."⁹²

Hecho la anterior, el mismo autor da el carácter distintivo del:

PATRIMONIO DE EXPLOTACION

He indica citando a Bonnecase, "que es un patrimonio de especulación, un conjunto de bienes considerados en su valor mas bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de la circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos. El patrimonio de un comerciante representa el tipo de patrimonio de

⁹¹ BONNECASE, Julien. *"Elementos de Derecho Civil"*. Traducido por José M. Cajica Jr. Tomo I Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1998. Pág.405.

⁹² Obra citada Manuel Borja Soriano

especulación (Suppl., t. III, num. 340, pag.675.)⁹³

Agregando que el acto de administración en este tipo de patrimonio es mas amplio y que se aproxima quizá más aun al acto de disposición del Derecho Civil en el patrimonio común.

Y por último, el:

PATRIMONIO DE LIQUIDACIÓN

Donde nuevamente citando a Bonnecase indica, "consiste en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados con el fin generalmente, de desinteresar a los acreedores de ese patrimonio"⁹⁴

Existen ordenamientos jurídicos que exigen poder especial o cláusula especial para hacer valer cierto tipo de derechos, ejemplo de ello son:

"Artículo 9º .- La representación para otorgar o suscribir títulos de crédito se confiere:

I.- Mediante poder inscrito en el Registro de Comercio

II,. Por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante.

Los órganos que representan a las personas morales, pueden otorgar poderes o mandatos generales o especiales a personas distintas de los administradores, el nombramiento de apoderado o mandatario, lo puede llevar a cabo la asamblea

⁹³ Idem

⁹⁴ Idem

general de socios., dichos poderes deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad Comercio.

En el caso de la fracción II, solo respecto de aquella a quien la declaración escrita haya sido dirigida la representación no tendrá más límites que los expresamente le haya fijado el representado en el instrumento o declaración respectivo. .

El artículo 14 de la ley de amparo establece que para desistirse de amparo, es necesario otorgar un poder con cláusula especial.

Es importante hacer notar que como una formalidad requerida por la ley, se deberán transcribir en los testimonios de los "poderes " que ante los notarios se otorguen, el artículo 2554, la razón explica el maestro Bernardo Pérez es que poderdante ,apoderado y tercero conozcan el contenido y alcance de los poderes generales

3.9. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL MANDATO .

El Código Civil en su artículo 2595 indica que el mandato puede terminar por cualquiera de los siguientes supuestos

- 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.

3.9.1 COMENTARIOS RESPECTO DE LA REVOCABILIDAD, IRREVOCABILIDAD Y RENUNCIA

A pesar de que la tradición consideró erróneamente al mandato como un contrato esencialmente revocable por ser intuitu personae, se presenta la característica de que cuando éste es en interés y beneficio del mandatario se puede pactar su irrevocabilidad, el Código Civil hace del mandato, un contrato de garantía en determinados casos; así, de forma imprecisa, prohíbe la revocación del mismo en dos casos:

- a) Cuando se estipule como condición en un contrato bilateral, y
- b) Como medio para cumplir una obligación contraída.

Tal como lo expresa el artículo 2596 en su primer párrafo:

El mandato irrevocable debe ser siempre limitado o especial y nunca amplísimo o general.

Una primera forma de revocar el mandato será cuando el mandante lo desee, menos en los dos casos anteriores, pero deberá notificar al mandatario en forma indubitable tal situación, aunado a lo anterior los artículos 2597 y 2598 obligan al mandante a que les notifique la revocación, recogiendo el documento donde se confirió dicho acto.

La notificación y requerimiento del documento puede ser hecha por el propio mandante o por un notario, quien intervendrá siempre a ruego del mandante.

"NOTIFICAR.- Es el acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda o intima, o para que le corra el término"⁹⁵

A este respecto la ley del notariado señala en su artículo 128 que entre los hechos que el notario puede asentar en su protocolo se encuentran las actas que con motivo de:

"1.- Notificaciones, interpelaciones, requerimientos.." realice.

Ahora bien la notificación se podrá practicar en presencia del destinatario en términos del artículo 129 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal ya sea verbal o por escrito dicha notificación,

O bien aún cuando no se encuentre el destinatario, el notario podrá practicar dicha diligencia con la persona que se encuentre, o mediante la fijación del instructivo correspondiente, tal como señala el artículo 130 de la misma Ley.

La segunda forma de revocar el mandato es cuando el mandatario hace nombramiento de un nuevo mandatario en términos del artículo 2599 del Código, o realiza el mismo el acto jurídico, caso en el que se estará ante una revocación tácita.

Sin embargo es importante tomar en cuenta lo que al respecto explica el maestro Zamora y Valencia "siendo el poder un acto monosubjetivo de voluntad del poderdante que no origina obligaciones ni derechos ni para el poderdante ni para

⁹⁵ Obra citada Bernardo Pérez Fernández del Castillo.

el apoderado..puede el poderdante en un principio, revocarlo libremente..los mandatos como contratos se resuelven o se rescinden, pero no se revocan, aun cuando puedan revocarse las instrucciones o encargos encomendados al mandatario⁹⁶

Sin embargo existen opiniones en el sentido de que el mandato es siempre revocable, al establecer el pago de daños y perjuicios para el mandatario que lo revoque en un momento inoportuno o perjudicial para el mandante. Se trata en este caso de darle un tratamiento distinto a la irrevocabilidad, y hacerla pasar como una obligación de no hacer, que en caso de ser quebrantada da lugar a el pago.

Ahora bien, es discutible la validez de una cláusula de irrevocabilidad fuera de los casos expresamente señalados por el artículo 2596, Rojina Villegas indica que como el Código nada indica respecto de la posibilidad de estipular lisa y llanamente dicha cláusula, el expresa que si es posible, ya que el interés puede no ser exclusivo del mandatario, sino también del mandante.

Por su parte Eduardo Baz citado por Bernardo Pérez indica que no puede estipularse validamente la irrevocabilidad el mandato fuera de los casos señalados en el artículo 2596.

Por parte del mandatario la renuncia es una forma de terminación del mandato y ésta procederá solo en el revocable, ya que si abandona el irrevocable le será aplicable lo arriba expuesto, de acuerdo con el último párrafo del artículo 2596, ya que su renuncia no implica la liberación de las obligaciones.

En el primer caso deberá esperar a que el mandante provea la procuración, solo si de lo contrario se causare un perjuicio, tal como lo señala el artículo 2603

⁹⁶ Obra citada Miguel Ángel Zamora y Valencia.



Ahora bien el tiempo a esperar debe ser solo el razonable, ya que de lo contrario, sería tanto como dejar al arbitrio del mandante el momento en que el mandato termine.

3.9.2. MUERTE DEL MANDANTE.

El artículo 2600 del Código Civil señala que si la causa de terminación del mandato es la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración y conservación del patrimonio del mandante, entretanto los herederos provean un sustituto, que en este caso por excelencia sería el albacea, dicha actuación se debe realizar siempre que de lo contrario se pueda causar algún perjuicio.

Este criterio se ve reforzado con la siguiente jurisprudencia, aunque claro se siga confundiendo y utilizando indistintamente el término de mandato y poder:

"PODER, SU EXTINCIÓN POR MUERTE DEL MANDANTE.

Una sana interpretación del artículo 2600 del Código Civil para el Distrito Federal, es en el sentido de que tal dispositivo representa un caso de excepción a la extinción del mandato por muerte del mandante, consignada y estatuida para caso de extrema necesidad, que por la importancia y urgencia que represente se puedan causar daños a los herederos o a la sucesión, cuando no estén legalmente designados los órganos de ésta (albacea o interventor), pero eso no implica que no exista plazo o término para la extinción del mandato por fallecimiento del mandante, ya que en oposición al más elemental principio de seguridad jurídica, podría llegarse al exceso de no denunciarse la sucesión y, por ende, ante la falta de existencia y representación legal de la misma el

mandatario continuaría actuando, sin ninguna limitación temporal, contraviniendo con ello, la naturaleza jurídica del contrato de mandato.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época Tomo VII- Junio Página 355⁹⁷

Por lo anterior el mandatario puede hacer uso del derecho que le confiere el artículo 2601 del Código al señalar que puede el mandatario solicitar al juez se señale un término corto a los herederos para que se presenten a encargarse de sus negocios, transcurrido ese término corto sin que los herederos del mandante acudan al llamado del juez, cesa la responsabilidad del mandatario y solo hasta entonces debe dejar de realizar los actos administrativos o conservatorios que sean necesarios para evitar perjuicios a dichos herederos del mandante.

3.9.3. MUERTE DEL MANDATARIO.

Si es la muerte del mandatario la que se verifica tendrán los herederos de éste dar aviso al mandante y practicar mientras éste se resuelva, solo las diligencias indispensables para evitar un perjuicio tal como lo indica el artículo 2602 del Código Civil.

3.9.4. POR INTERDICCIÓN DEL MANDANTE.

La "interdicción es una restricción de la capacidad impuesta judicialmente, por causa de enfermedad mental, prodigalidad, estado de quiebra, etc., que priva a quien queda sujeto a ella del ejercicio de los actos jurídicos relativos a la vida

⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. IUS

civil.”⁹⁸

En opinión de Bernardo Pérez “el mandatario es sustituido por un tutor que se nombra en el correspondiente procedimiento, quien se encarga de cuidar y administrar los bienes del incapacitado.”⁹⁹

Por su parte Sánchez Medal aplica el principio de analogía con la situación relativa a la muerte de una de las partes, y señala que también en estos casos debe ser el representante legal del mandatario sujeto a interdicción, el que continúe con los actos jurídicos.

Si la interdicción es del mandante, debe ser el mandatario quien continúe en los términos señalados para el caso de muerte.

3.9.5. POR EL VENCIMIENTO DEL PLAZO Y POR LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO PARA EL QUE FUE CONCEDIDO.

El Código Civil no señala una vigencia mínima o máxima que debe tener el mandato, en contraposición a lo establecido en el Código de Michoacán, mismo que cita el maestro Bernardo Pérez en su libro y que indica: artículo 2415...el otorgante cuidará de expresar el tiempo por el cual lo confiere, pues de lo contrario se presumirá que solo lo ha otorgado por un plazo de un año.

Es conveniente mencionar que cuando el mandato ya ha sido extinguido y el mandatario continua en la realización de actos se presenta lo que el maestro Bernardo Pérez denomina como apariencia jurídica, misma que consiste en que la ley protege al tercero de buena fe, que ha contratado con el mandatario dando con ello un valor a una situación o actuación jurídica que se contraponen con la

⁹⁸ Obra Citada. Rafael de Pina Vara. Voz Interdicción pag. 326

⁹⁹ Obra citada Bernardo Pérez Fernández del Castillo.

realidad.

Se requiere de tres situaciones para que el mandante quede obligado por la actuación que realice el mandatario una vez expirado el plazo para el cual fue otorgado, mismos que se desprenden de la lectura de los artículos 2597 y 2598 del Código y los cuales son:

Que el mandato sea para contratar con persona determinada

Que el mandante no haya dado aviso fehaciente de revocación al destinatario, muy importante aquí la norma no exige que la notificación sea hecha al mandatario, y

Que el tercero con quien haya contratado el mandatario sea persona que haya actuado de buena fe.

Ahora bien si el mandante al notificar al apoderado "descuida exigir a este los documentos que acrediten los poderes del mandatario, responde de los daños que puedan causar a terceros de buena fe"

En caso de personas morales no basta con la revocación y aviso al mandatario de tal situación, sino que adicionalmente se debe inscribir en el Registro Público de Comercio, para que surta efectos frente a terceros, pues la falta del mismo presume que el mismo sigue vigente.

Por el otro lado si el mandato fue conferido para un negocio en específico como la compra o arrendamiento el mandato cesara al haberse actualizado el supuesto previsto en el mismo.

3.9.6. AUSENCIA DEL MANDANTE.

En esta situación prevista por la norma en los artículos 670,671 y 672 el mandato termina a los dos años de la desaparición del ausente, en el caso de que el mandatario no otorgue la garantía que previene el artículo 660.

Debe hacerse notar que el mandatario que ha sustituido el mandato, puede revocar la sustitución en el caso de que se le hubiere otorgado esa facultad.

CONCLUSIONES

1. El concepto poco flexible que se tenía en Roma respecto de la representación terminó por venirse abajo, debido a que el acontecer económico demandaba menos solemnidades en la realización de los actos jurídicos y una forma más expedita en la interacción de las relaciones jurídicas.
2. La representación jurídica es la materialización del principio jurídico de igualdad jurídica, ya que a través de ella la persona que no cuenta con la capacidad jurídica necesaria (como es el caso de los menores de edad o los emancipados), la especialización en conocimientos jurídicos, o bien que padezca una incapacidad física, puede ser representada válidamente por otra persona que sea capaz.
3. La representación jurídica debe ser estudiada con mayor precisión dentro de nuestros planes de estudio, de preferencia en el curso de obligaciones, y en su defecto, comparativamente con el contrato de mandato, pero siempre como una institución de carácter auxiliar, que no siempre presenta idénticas características, ya que en las personas físicas se presenta como una excepción a la regla general de la capacidad de ejercicio, la representación voluntaria como posibilidad jurídica que la misma ley permite y en las personas morales como una necesidad imposible de eludir.
4. Se debe acentuar la importante relación que se presenta entre la representación jurídica y sus consecuencias en la esfera patrimonial del representado, ya que es en esta, donde en la generalidad de los casos, se va a percibir con claridad los efectos jurídicos de la actuación del representante ante los terceros.
5. De la definición señalada en el artículo 2546 del Código Civil, se obtiene que un contrato de mandato no implica por sí la existencia de un poder, pero un

poder supone la existencia de un mandato.

6. Los artículos relativos a la forma que debe presentar el contrato de mandato, están dispuestos de forma poco precisa y su redacción no es muy adecuada, por lo que esta situación se puede aclarar resumiendo los diversos supuestos que establece actualmente el Código a los siguientes:

Verbal cuando el interés del negocio no sea mayor a cincuenta veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Por escrito privado cuando el interés jurídico no exceda de mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Se podrá ratificar únicamente cuando la actuación sea ante autoridad administrativa.

En los demás casos, debe constar en escritura pública.

7. Se debe agregar al artículo 2562 del ordenamiento legal antes citado, la forma en que deben ser giradas las instrucciones del mandante al mandatario, ya que al no precisar tal situación se pueden presentar problemas en cuanto a lo realizado y actuado y lo que se debería de haber hecho, por lo que, propongo que las instrucciones sean por escrito y salvo caso de lejanía o imposibilidad física, el mandatario actúe conforme a lo acordado verbalmente o por cualquier otro medio previamente acordado con el mandante, con la correspondiente obligación del mandante de plasmar por escrito y enviar al mandatario dichas instrucciones en un plazo no mayor de dos días, al acto realizado.
8. Se debe reformar el Código para limitar el tiempo que tiene el mandante de ratificar o no los actos jurídicos que haya realizado el mandatario en exceso

de sus facultades, ya que al no precisarse tiempo determinado, esta situación esta situación pudiera derivarse en un abuso derivado de esta laguna de la ley, y generar incertidumbre ante los terceros frente a los cuales haya actuado.

9. Nuestro actual ordenamiento especifica que los mandatos son generales o especiales; sin embargo al indicar que los generales son los contenidos en su artículo 2554, surge una imprecisión, pues en dicho artículo se hace mención de los poderes, en cuyo caso, el artículo debe modificarse para expresar que dicha clasificación es aplicable tanto a los mandatos como a los poderes, aún cuando cada uno conserva características muy especiales.
10. Cualquier tipo de poder que se otorgue conforme al artículo 2254 mencionado, con motivo de la representación de una persona, tiene implícito un contenido económico, no así en cualquier otro poder con facultades distintas a las mencionadas en el propio artículo 2554, mismas que pueden tener o no un contenido económico.
11. El artículo 2595 en su fracción primera contempla la posibilidad de que el mandato termine por revocación, situación que es imprecisa ya que se refiere al poder y no al mandato, de modo que el artículo en comento debe decir que la causa de la terminación debe ser la rescisión del contrato de mandato, o que en su defecto la revocación del poder otorgado para cumplir con el mandato, presuma la rescisión del segundo.
12. Debido a las características especiales que reviste cada tipo de representación, no es posible aplicar una teoría en común para todos los supuestos, por lo que cabe expresarse que tratándose de la representación voluntaria, la teoría más aplicable es la cooperación de las voluntades, así como para la representación de las personas morales la teoría de la sustitución real de la voluntad del representado.

BIBLIOGRAFÍA

"*Las Instituciones de Justiniano*", Libro Tercero, Título XXVIII. Editorial Heliasta Buenos Aires República de Argentina.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. "*Contratos Civiles*" Editorial Porrúa. México.

BARRERA GRAFF, Jorge. "*La Representación Voluntaria en el Derecho Privado*"

BATIZA, Rodolfo. "*Las Fuentes del Código Civil de 1928*". Ed. Porrúa México 1978.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "*Obligaciones Civiles*". Editorial Harla, México.

BONNECASE, Julien. "*Elementos de Derecho Civil*". Traducido por José M. Cajica Jr. Tomo 1 Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1998.

BORJA SORIANO, Manuel. "*Teoría General de las Obligaciones*"

BRAVO VALDÉS, Beatriz y Bravo González Agustín "*Segundo Curso de Derecho Romano*" Editorial Pax México 1984.

FLORIS MARGADANT S Guillermo. "*El Derecho Privado Romano*" Editorial Esfinge, México 1995.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "*Derecho Civil Primer Curso*" Ed. Porrúa. México 1994.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*Derecho de las Obligaciones*" Editorial Porrúa. México 1999.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*El Patrimonio*" Editorial Porrúa. México 1997.

KELSEN, Hans, "*La Teoría Pura del Derecho*".

LEMUS GARCÍA, Raúl. "*Derecho Romano*" (Compendio). México. I

MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO, María Del Pilar. Coordinadora. "*La Política de Escrituras. Estudio Preliminar*", índices, glosario y apéndices. Editado por la U.N.A.M. página LXV.

MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. "*Escribanos y Escrituras Públicas en el Siglo XVI*". Editado por la U.N.A.M. México.

MORINEAU IDUARTE, Martha e Iglesias González, Román. "*Derecho Romano*" Segunda edición Editorial Harla, México, 1994.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "*El Contrato de Mandato*" Editorial Porrúa. México.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "Representación Poder y Mandato", Editorial Porrúa, México 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "*Compendio de Derecho Civil Contratos IV*" Editorial Porrúa. México.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "*Derecho Civil Mexicano*" Obligaciones Tomo V, Volumen I.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "*De los Contratos Civiles*". Ed. Porrúa, México 1973.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. "Contratos Civiles" Editorial Porrúa.

DICCIONARIOS

"Diccionario Jurídico Mexicano" Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Tomo I A-CH Editado conjuntamente UNAM/Porrúa. México, 1998.

"*Enciclopedia Jurídica Omeba*" Tomo XXIV Voz Representación. Editorial Drskill. S.A. Buenos Aires, Argentina.

DE PINA VARA, RAFAEL. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa, México. 1994.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley del Notariado