

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“EL MANDATO EN PREVENCIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD PARA EL
DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSÉ GILBERTO MENDOZA GARCÍA**



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.

A MIS PADRES

Que en paz descansen, con amor:
IRMA GARCIA; GILBERTO MENDOZA.

A MIS TÍOS

Que con su apoyo y comprensión contribuyeron
a la terminación de mis estudios.

A MIS HERMANAS Y MUJER
Con cariño.

A MIS MAESTROS
Con respeto.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

A LA FACULTAD DE DERECHO

AL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DIRECTOR: Lic. JOSÉ MARCOS BARROSO FIGUEROA

AL Dr. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO;
AL Mtro. ELEAZAR CARRILLO CAMACHO
Por su asesoramiento.

AL HONORABLE JURADO

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

LINEAMIENTOS GENERALES

	Págs.
1. <i>La representación</i>	1
1.1. <i>Concepto de representación</i>	1
1.2. <i>Clases de representación</i>	2
A) <i>Representación voluntaria</i>	3
B) <i>Representación legal</i>	3
C) <i>Representación orgánica o necesaria</i>	4
2. <i>Los contratos como fuente de las obligaciones</i>	5
2.1. <i>Acto jurídico y hecho jurídico</i>	6
A) <i>Elementos de existencia del acto jurídico</i>	7
a) <i>Consentimiento</i>	7
b) <i>Objeto</i>	8
c) <i>Solemnidad</i>	8
B) <i>Elementos de validez del acto jurídico</i>	9
a) <i>Capacidad</i>	9
b) <i>Ausencia de vicios del consentimiento</i>	10
c) <i>Licitud en el objeto motivo o fin</i>	12
d) <i>Forma</i>	12
C) <i>Cláusulas esenciales, naturales y accidentales del acto jurídico</i>	13
a) <i>Elementos esenciales</i>	13
b) <i>Elementos naturales</i>	13
c) <i>Elementos accidentales</i>	13
D) <i>Invalidez del acto jurídico</i>	14
2.2. <i>Contrato y convenio</i>	15
3. <i>Persona y personalidad</i>	15
3.1. <i>Adquisición y pérdida de la personalidad</i>	17
3.2. <i>Atributos de la persona física</i>	18

A) <i>Capacidad</i>	18
B) <i>Nombre</i>	19
C) <i>Domicilio</i>	20
D) <i>Estado civil</i>	21
E) <i>Patrimonio</i>	21
F) <i>Nacionalidad</i>	22
3.3. <i>Capacidad de las personas físicas</i>	23
A) <i>Especies de capacidad</i>	23
B) <i>Inicio y fin de la capacidad</i>	23
C) <i>Capacidad de goce y personalidad jurídica</i>	24
D) <i>Grados de capacidad de goce</i>	24
a) <i>El concebido</i>	25
b) <i>El menor de edad</i>	25
c) <i>El mayor de edad incapacitado</i>	25
d) <i>El extranjero</i>	26
e) <i>La capacidad para heredar</i>	26
E) <i>Grados de incapacidad de ejercicio</i>	26
a) <i>Plena incapacidad de concebido</i>	27
b) <i>Menor de edad no emancipado</i>	27
c) <i>Los mayores de edad incapacitados</i>	27
F) <i>Plena capacidad de ejercicio</i>	28
G) <i>Capacidad especial</i>	28
3.4. <i>Incapacidad de las personas físicas</i>	29
A) <i>La incapacidad</i>	29
B) <i>Incapacidad natural y lega</i>	30
C) <i>Estado de interdicción</i>	31
3.5. <i>Instituciones auxiliares de la incapacidad de ejercicio</i>	33
A) <i>La patria potestad</i>	33
B) <i>La tutela</i>	35
a) <i>Testamentaria</i>	36
b) <i>Legítima</i>	36
c) <i>Dativa</i>	37
d) <i>De los menores en situación de desamparo</i>	37
e) <i>Curatela</i>	38

C) <i>La tutela cautelar</i>	38
D) <i>Voluntad anticipada</i>	39
E) <i>De los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal</i>	42

CAPITULO II

REPRESENTACION VOLUNTARIA

1. <i>El mandato</i>	44
1.1. <i>Concepto de mandato</i>	44
1.2. <i>Origen del mandato</i>	45
A) <i>Roma</i>	45
B) <i>Derecho Canónico</i>	46
C) <i>Alemania</i>	47
D) <i>Código Napoleón</i>	47
E) <i>Código Civil de 1889</i>	48
1.3 <i>Teorías de la representación</i>	48
A) <i>Las que la niegan</i>	48
B) <i>Las que la aceptan</i>	49
1.4. <i>Características del mandato</i>	49
A) <i>Principal</i>	50
B) <i>Bilateral</i>	50
C) <i>Oneroso</i>	51
D) <i>Formal</i>	51
E) <i>Tracto sucesivo</i>	51
F) <i>Intuitu personae</i>	52
1.5. <i>Distinción entre mandato, poder y representación</i>	52
A) <i>Mandato</i>	53
B) <i>Poder</i>	53
C) <i>Representación</i>	53
D) <i>Mandato y representación</i>	54
E) <i>Mandato y poder</i>	55
F) <i>Mandato y prestación de servicios profesionales</i>	56
G) <i>Representación poder y mandato</i>	57

1.6. Clases de mandato	58
A) Mandato representativo y no representativo	58
B) Mandato general y especial	60
a) Mandatos generales	60
b) Mandatos especiales y generales limitados	63
C) Mandato revocable e irrevocable	64
D) Mandato judicial	64
E) Mandato civil y mercantil	66
F) Gestión de negocios notificada o mandato retroactivo	66
1.7. Elementos del mandato	67
A) Elementos esenciales	67
a) Consentimiento	67
b) Objeto	68
B) Elementos de validez	69
a) Capacidad del mandante	69
b) Capacidad del mandatario	70
c) Forma	71
d) Ausencia de vicios en el consentimiento	73
1.8. Obligaciones de las partes	73
A) Obligaciones del mandatario	73
a) Ejecutar el acto encomendado	73
b) Rendir cuentas	76
B) Obligaciones del mandante	77
a) Retribuir al mandatario	77
b) Dejar indemne al mandatario	78
1.9. Causas de terminación del mandato	80
A) Agotamiento natural	80
B) Vencimiento del plazo	80
C) Recisión	81
D) Nulidad	81
E) Revocación	81
F) Renuncia	82
G) Muerte	83
H) Interdicción	84

I) <i>Ausencia</i>	85
J) <i>Revocación judicial</i>	85
K) <i>Otros</i>	86
1.10. <i>Representación aparente</i>	86

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO

1. <i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	89
2. <i>Ley General de Salud</i>	91
3. <i>Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal</i>	93
4. <i>Ley de Salud para el Distrito Federal</i>	95
5. <i>Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y su Reglamento</i>	95

CAPITULO IV

EL MANDATO EN PREVENCIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

1. <i>El mandato en prevención de la propia incapacidad</i>	98
2. <i>Propuesta del mandato en la previsión de la propia incapacidad para el Distrito Federal</i>	104

CONCLUSIONES	106
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	109
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Los seres humanos estamos en contacto con los demás y con todo lo que nos rodea mediante dos funciones; con una de ellas captamos información y con la otra la transmitimos, la primera en función de los cinco sentidos del cuerpo humano, es por la cual obtenemos datos del mundo exterior, olores, sabores, sonidos, objetos y texturas, la segunda se basa principalmente en el habla, pero puede utilizarse otros medios de comunicación como las señas o los sonidos, recursos por medio de los cuales podemos transmitir lo que pensamos y sentimos hacia los demás, haciendo que nuestra voluntad prevalezca con respecto a nuestra persona y nuestros bienes, ya que en principio todos somos libres de decidir sobre nuestro cuerpo y patrimonio.

Una persona es incapaz cuando no puede captar lo que pasa en el mundo o no puede transmitir lo que desea o siente, es decir, por razones naturales o legales la ley atribuye tal estado a los menores de edad y a los mayores que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. En tales circunstancias, el derecho cuenta con la institución jurídica de la representación, por medio de la cual un tercero autorizado por la ley o por el titular de los derechos, actúa en la esfera jurídica de otro activando de cierta forma la capacidad ejercicio de los que la tienen limitada.

Existen instituciones de derecho que pretenden hacer valer la voluntad de las personas que previendo una futura incapacidad, dejan establecido lo que quieren que suceda con su persona y con sus bienes encomendando su realización a un tutor o representante, excluyendo para determinados actos a los que legalmente les corresponde el ejercicio de la tutela, nos referimos a las denominadas disposiciones anticipadas.

El Código Civil para el Distrito Federal establece los auxiliares a la incapacidad de ejercicio de las personas, tales como la patria potestad y la tutela, pero en materia de disposiciones anticipadas solamente se cuenta con la tutela cautelar, por medio de la cual toda persona capaz para otorgar testamento, puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de su propia incapacidad.

En materia de disposiciones anticipadas, consideramos al mandato como una forma viable para otorgar tales disposiciones, ya que es un instrumento por el cual una persona capaz, otorga a otra un poder con facultades específicas por medio de las cuales el mandatario puede actuar en el ámbito patrimonial y personal del mandante, en el supuesto de que por algún motivo éste caiga en un estado de incapacidad en el que no pueda valerse por sí mismo.

El artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal establece quiénes tienen incapacidad natural y legal, contemplando en un primer párrafo a los menores de edad y en un segundo a los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. Para los efectos del presente trabajo, por incapacidad nos referimos a la mencionada en el segundo párrafo del artículo antes citado, en específico a personas que gozan de capacidad jurídica plena que previendo una futura enfermedad o que por el estado particular de discapacidad en la que pudiera encontrarse ya no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad de manera temporal, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Ahora bien, la tutela cautelar que consagra el Código Civil para el Distrito Federal es una institución por medio de la cual toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de su propia incapacidad, esta tutela representa en muchos casos la solución

para aquellos que previendo su futura incapacidad, pretenden escoger que persona habrá de encargarse de ellos en la eventualidad de encontrarse en tal supuesto. No obstante, de la existencia de la tutela cautelar, se pretende demostrar, como objetivo general, que existe otra forma de otorgar disposiciones anticipadas por medio del contrato de mandato, pretendiendo abrir las puertas a nuevas posibilidades a la autonomía de la voluntad.

En la tutela cautelar prevista en el Código Civil para el Distrito Federal, es la ley la que establece los límites y alcances de la representación legal, en la que el tutor está obligado a cumplir con lo que ella le ordena y permite y no así con la voluntad del representado. En ese mismo sentido, la Ley General de Salud y la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal no constituyen una forma adecuada de otorgar disposiciones preventivas, ya que están referidas sólo a tratamientos paliativos en materia de ortotansia y solo atañen a enfermos en situación terminal.

Por lo tanto, las figuras jurídicas antes mencionadas no son una forma de protección a la voluntad y dignidad de los incapaces, ya que muchas de las ocasiones las personas a las que les corresponde decidir y representar no siempre son la más idóneas, ya sea por falta de interés y perspicacia o simplemente por falta de conocimiento de la voluntad del representado, lo cual podría llegar a afectar su dignidad, salud o patrimonio.

El mandato constituye un medio del por el cual se puede decidir que es lo que se quiere para con su persona y su patrimonio en la eventualidad de encontrarse en un estado en el que no pueda gobernarse, permitiendo así que mediante ésta figura se pueda representar a una persona incapaz, que por tratarse de un contrato requiere de un previo acuerdo de voluntades entre las partes, que permite dada su naturaleza, un desplegado de cláusulas las cuales se convierten en facultades específicas por medio de las cuales debe actuar el representante, respetándose así primordialmente la voluntad del mandante, involucra un pago o no de honorarios, lo que lograría un mayor interés y desempeño en el encargo o contratación de personas morales creadas para tales efectos, finalmente ya que el mandato es un contrato que se basa en la

confianza permite el respeto íntegro a la voluntad y dignidad de las personas, esto es así, ya que nadie es más apto para decidir sobre su propio ser y su patrimonio que uno mismo.

El Código Civil para el Distrito Federal contempla como causa de terminación del mandato, el hecho de que alguna de las partes caiga en estado de interdicción, lo que representa un impedimento para la subsistencia del mandato en prevención de la propia incapacidad, por lo tanto, el objetivo específico de este trabajo consiste en que la solución para dar paso a la existencia del mandato aun después de que el mandante caiga en estado de interdicción, es que se modifique la fracción IV del artículo 2595 por medio de la cual se prevé a la interdicción como una causa de terminación del mandato, en la se estipule que este contrato subsistirá cuando se hubiere otorgado con la mención expresa de que habría de hacerlo aun cuando el mandante devenga de incapaz, lo que implicaría que el mandatario podrá tomar decisiones patrimoniales y personales si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha utilizado el método jurídico-deductivo y se ha dividido en cuatro capítulos: el capítulo primero está dedicado al estudio de los lineamientos generales que giran en torno a la representación, el mandato preventivo y las disposiciones anticipadas; en el capítulo segundo se hace referencia a la representación voluntaria, específicamente a la que deriva del contrato de mandato; en el capítulo tercero se hace alusión a la legislación vigente aplicable en el Distrito Federal en la materia que nos ocupa; y por último, en el capítulo cuarto intentaremos demostrar y proponer la posible existencia del mandato en prevención de la propia incapacidad.

CAPITULO I

LINEAMIENTOS GENERALES

1. *La representación*

La representación es una de las figuras jurídicas más importantes para la ciencia del derecho, ya que permite hacer valer la voz de quienes así lo encomiendan cuando no se encuentran presentes o de quienes se encuentran impedidos por la ley por alguna causa natural o legal. Se dice que hay representación cuando una persona encomienda a otra que realice en su nombre o por su cuenta un determinado acto jurídico, también cuando la ley considera como incapaz de actuar a una persona y éste lo hace por medio de su representante, por último, también existe esta figura cuando las personas morales actúan por medio de sus representantes o apoderados.

“Es una institución jurídica muy antigua: su utilidad esta fuera de duda, pues permite actuar a una persona, simultáneamente en lugares distintos, produciendo el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad. A través de ella se obtiene una doble ventaja: por parte del representado se da la ubicuidad para la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; y por parte del representante, en caso de representación legal, se entiende la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quien la tiene limitada.”¹

“La posibilidad de representación está restringida tratándose de actos personalísimos como en el testamento y en el reconocimiento de hijos, que por esencia tiene esta característica (Art. 1295 C. C.).”²

1.1. *Concepto de representación*

Domínguez Martínez, en su libro “contratos en particular”, cita a Borja Soriano y Barrera Graf, quienes establecen que hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico, de manera que

¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, 9ª. ed., México, Porrúa, 1996, p. 3.

² *Idem.*

sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato o ejecutado el acto, produciéndose una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero; en particular Barrera Graf afirma que, entendemos por representación a la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro, es decir, el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico, pudiendo haber representación también, en los casos en que no haya concesión de atribuciones y facultades por parte de aquel que quiere que se actúe en su nombre, requiriendo la ratificación posterior de éste, en caso de que sí se actúe por él.³

Sin embargo, Pérez Fernández del Castillo, nos da una explicación más práctica, al afirmar que “Se puede definir a la representación como la facultad que tiene una persona de actuar, y decidir en nombre o por cuenta de otra.”⁴

La esencia de la representación está en la sustitución de las partes; el representante sustituye al representado con una imputación extensiva, pues lo que hace el primero es atribuible jurídicamente al segundo; en efecto ese actuar implica también hacerlo por cuenta de éste, es decir, que el representante al actuar no ve afectado su status sino que los efectos producidos por ese actuar, sean positivos o negativos, se incorporan al cúmulo de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas en general del representado. Precisamente por ello esa actuación es de uno a nombre y por cuenta de otro.⁵

1.2. Clases de representación

La representación se clasifica en: directa, indirecta, voluntaria, legal y orgánica: la primera se da cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, la segunda cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra;

³Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, “teoría del contrato, contratos en particular”*, 2ª. ed., México, Porrúa. 2002, p. 526.

⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob.cit., p. 3.

⁵ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob.cit., p. 527.

voluntaria, cuando una persona en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación; legal cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales y; orgánica, necesaria o estatutaria, en el caso de personas jurídicas.⁶

A) *Representación voluntaria*

“La representación voluntaria se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad. Por medio ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta.”⁷

La doctrina común ha clasificado a la representación voluntaria en directa e indirecta:

La representación voluntaria directa, se refiere a la actuación de una persona en nombre y representación de otra, estableciendo entre éste y el tercero, una relación directa e inmediata, tal es el caso del poder, el cual es un acto jurídico unilateral mediante el cual se otorga facultades a una persona para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. La representación voluntaria indirecta, tiene lugar cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra, como en el mandato, la prestación de servicios, el fideicomiso.⁸

B) *Representación legal*

La representación legal es la que deviene de la ley, sus causas pueden ser:⁹

⁶ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob.cit., pp. 10 y 11.

⁷ Ibidem, p. 13.

⁸ Cfr., Ibidem, pp. 13 y 14.

⁹ Cfr., Ibidem, pp. 83 a 89.

- La necesidad de expresar la voluntad de quien tiene limitada su capacidad de obrar, ya sea por minoría de edad y/o interdicción, en las cuales estaremos ante las figuras de tutela y patria potestad respectivamente.
- La administración de un patrimonio o sector del mismo, en caso de ausencia y del nasciturus.
- Por razones del destino de los bienes, normalmente su liquidación en el caso de quiebra, concurso y sucesión.
- De entes sin personalidad jurídica como el condominio.
- Pese a esta variedad y a la específica finalidad de cada una de ellas, podemos hablar de una figura jurídica unitaria ya que a través de ella, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede hacerlo por sí solo.

C) *Representación orgánica o necesaria*

Esta clase de representación es la que se da respecto de las personas morales, las que son consideradas como sujetos en la celebración de actos jurídicos, en las cuales su intervención no es directa sino siempre mediante la participación de personas físicas, es por lo que se le conoce como representación orgánica por que ésta le corresponde a los órganos competentes para ello; dicha representación no es voluntaria ni legal y se ha considerado que en realidad no se está ante una verdadera representación, esto es así ya que el ente representado nunca ha estado ni estará ante la posibilidad de él mismo ejercer el cargo de dicha representación y por no corresponder su ejercicio a personas señaladas en la ley sino convencionalmente designadas, por otro lado, la representación implica la participación de dos sujetos que son el representante y el representado, en este caso la persona moral es un solo sujeto u órgano, el cual acciona por medio de sus órganos que no las representan, más bien forman parte de dichos entes, por lo cual el administrador no ejecuta el acto por la sociedad sino que ésta ejecuta directamente el acto mediante la intervención de su órgano. Por último es representación orgánica; por que se explica en función

de la organización requerida por la persona moral y necesaria por ser indispensable para la actividad jurídica de ésta.¹⁰

El artículo 27 del CCDF establece que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

La representación orgánica se presenta en:¹¹

- Personas morales
- Estado
- Personas morales privadas
- Sociedades y asociaciones civiles
- Sociedades mercantiles
- Sistema bancario mexicano
- De otras como los sindicatos; los núcleos de población ejidal; los partidos y asociaciones políticas nacionales; las agrupaciones religiosas y; las instituciones de asistencia privada.

2. *Los contratos como fuente de las obligaciones*

Las obligaciones encuentran su fuente general en el hecho jurídico, sin embargo, existen fuentes especiales creadoras de la obligación, tal y como lo señala Gutiérrez y González, estas son: el contrato; la declaración unilateral de la voluntad; el enriquecimiento ilegítimo y su apéndice el pago de lo indebido; la gestión de negocios; los hechos ilícitos y; la responsabilidad objetiva.¹²

¹⁰ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob.cit., pp. 530 a 532.

¹¹ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob.cit., pp. 99 a 113.

¹² Cfr., Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 15ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 231.

El contrato es el acto jurídico por medio del cual las personas se obligan entre sí adquiriendo de manera recíproca derechos y obligaciones, constituyendo de ésta manera la fuente principal y más importante de las obligaciones.

2.1. *Hecho jurídico y acto jurídico*

“El nacimiento, modificación y extinción de los derechos tienen su origen en los hechos o actos que, en conjunción con las normas jurídicas, forman la trama de la vida de derecho.”¹³

Indudablemente todo acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce consecuencias de derecho, es considerado por la doctrina que las leyes han seguido, como hecho jurídico en un sentido general y en un estricto sentido como un acontecimiento natural o del hombre en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho y que sin embargo éstas se originan, por lo cual el acto jurídico es toda manifestación de la voluntad con la intención de originar consecuencias de derecho.

Rojina Villegas establece que:

“el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.”¹⁴

De lo anterior se desprende que todo acontecimiento voluntario con intención de crear consecuencias de derecho es un acto jurídico, por lo tanto lo podemos diferenciar del hecho jurídico con facilidad.

¹³ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano. “introducción- personas- familia”*, 19ª. ed., México, Porrúa, 1995, Volumen I, p. 263.

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil I. “Introducción, personas y familia”*. 39ª. ed., México, Porrúa, s.a., p.115.

A) Elementos de existencia del acto jurídico

Para que un acto jurídico exista es necesario que concurran en él determinados elementos, éstos son dos de acuerdo con el artículo 1794 del CCDF:

Para la existencia del contrato se requiere:

- I.- Consentimiento;
- II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

a) Consentimiento

Por lo tanto, el primer elemento de existencia de los actos jurídicos es el consentimiento, que de acuerdo con Benjamín Flores Barroeta es el acuerdo de dos o más voluntades.¹⁵

“...el consentimiento no es un elemento unitario, sino que está compuesto de dos partes, de dos diversas voluntades, y cuando esas dos voluntades que corresponden a diferentes personas, se unen, entonces generan precisamente este primer elemento consentimiento.”¹⁶

El consentimiento requiere necesariamente que concurran dos o más voluntades, de aquí que la voluntad es la manifestación interna que se exterioriza con el propósito de producir consecuencias de derecho, por lo tanto tratándose de actos jurídicos unilaterales se está en la presencia de una manifestación de la voluntad, y una vez que ésta propuesta u oferta ha sido aceptada estamos en presencia de un acto jurídico bilateral denominado consentimiento.

“Voluntad, es, pues, el querer jurídico del autor de un acto jurídico unilateral o de cada una de las partes de un acto bilateral; consentimiento es el acuerdo de voluntades de las partes de un acto bilateral.”¹⁷

¹⁵ Cfr., Flores Barroeta, Benjamín, *Lecciones del primer curso de derecho civil*, México, s.e., 1964, Tomo I, p. 159.

¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004, p. 237.

¹⁷ Flores Barroeta, Benjamín, ob. cit., p. 159.

b) Objeto

El objeto de los actos jurídicos debe ser física y jurídicamente posible, pero primeramente debemos distinguir un objeto directo y un objeto indirecto: el primero, consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones; y el segundo, consiste en la cosa o hecho materia del convenio, éste no se presenta en todos los actos y es más a menudo su presencia en los contratos y convenios.¹⁸

“...el objeto directo de los actos jurídicos es posible jurídicamente cuando esas consecuencias pueden producirse por virtud de que el acto jurídico realiza plenamente el supuesto normativo; las consecuencias de derecho como objeto directo, pueden jurídicamente realizarse si en supuesto jurídico el acto está considerado como apto para producir consecuencias de derecho;...”¹⁹

Por su parte el objeto indirecto es posible en cuanto a la cosa, cuando cumple con los requisitos del artículo 1825 del CCDF: debe de existir en la naturaleza; debe ser determinado o determinable y; debe de estar en el comercio es decir debe ser susceptible de apropiación individual. El objeto indirecto es posible en cuanto al hecho, cuando no existe ninguna norma que lo contravenga.²⁰

c) Solemnidad

La mayoría de los textos de derecho mencionan a la solemnidad como tercer elemento de existencia del acto jurídico, mientras que el Código Civil sólo a dos, esto es porque el artículo 1794 se refiere a la existencia de los contratos y en la legislación mexicana no hay contratos solemnes, sólo determinados actos jurídicos solemnes. Por lo tanto la solemnidad es un elemento de existencia, ya que su formalidad determinada la establece la ley como elemento constitutivo esencial.²¹

¹⁸ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pp. 120 y 121.

¹⁹ Flores Barroeta, Benjamín, ob. cit., p. 163.

²⁰ Cfr., Ibidem, pp. 164 y 165.

²¹ Cfr., libidem, pp. 166 y 167.

Los tres elementos a los que aludimos se denominan esenciales o de existencia, porque de su presencia dependerá que el acto jurídico exista, a falta de alguno de estos elementos, el acto será inexistente.

“El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares.”²²

B) *Elementos de validez de los actos jurídicos*

“Validez.- Los actos jurídicos existentes pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan válidos. La validez, por consiguiente, la definimos como la existencia perfecta del acto, por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo.”²³

Los elementos de validez son aquellos que resultan de las causas de invalidez que el artículo 1795 del CCDF prevé:

- Capacidad legal de las partes;
- Ausencia de vicios del consentimiento;
- Licitud en el objeto, motivo o fin;
- Que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece.

a) Capacidad

“La capacidad podemos definirla como aptitud que tiene las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para ejercitarlos por sí mismas. Resulta de ahí, que la capacidad puede ser de dos especies: la que permite a las personas que puedan ser titulares de derechos y obligaciones y la que permita que puedan ejercitar por sí mismas los derechos y obligaciones de que son titulares. A la primera, se llama capacidad de goce: aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones. A la segunda, capacidad de ejercicio: aptitud para

²² Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., p. 121.

²³ Ibidem, p. 131.

ejercitar o hacer valer por sí mismas las personas esos derechos y obligaciones de que son titulares.”²⁴

En ese sentido debe entenderse que la incapacidad a que se refiere el Código, cuando se habla de elementos de validez, es la de ejercicio, ya que si se estuviere en el supuesto de falta de capacidad de goce se estaría ante un caso de inexistencia del acto jurídico, por ser la capacidad el supuesto lógico necesario para la realización del objeto.²⁵

b) Ausencia de vicios del consentimiento

Para que el acto jurídico sea válido, la voluntad de las partes debe estar libre de vicios que afecten el consentimiento, estos son: error, dolo, mala fe, violencia y lesión.

- El error:

“Hay error siempre que un sujeto padece una confusión que se traduce en una discrepancia entre lo real y el concepto de lo real que se ha tenido.”²⁶

Por lo que se refiere al error, existe una distinción entre dolo de hecho, de derecho y aritmético, entendiéndose el primero como el que recae sobre las circunstancias materiales del acto jurídicos; el segundo que implica el desconocimiento de la o falsa interpretación de la ley; el aritmético sólo implica la reparación o rectificación del cálculo hecho.²⁷

En cuanto a los grados de error se distinguen tres:

“1º -Error destructivo de la voluntad, que origina la inexistencia del contrato o del negocio jurídico, denominado en la doctrina “error-obstáculo”; 2º- error que

²⁴ Flores Barroeta, Benjamín, ob. cit., p. 170.

²⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 173.

²⁶ *Ibidem*, p. 178.

²⁷ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., p. 140.

simplemente vicia la voluntad y que motiva la nulidad relativa del acto o contrato;
3º- error indiferente para la validez del acto jurídico.”²⁸

- Dolo y mala fe:

Cuando el error en el que se encuentra una persona es provocado por otra, se le denomina dolo, cuando es disimulado el error en el que cae una persona se le conoce como mala fe. El CCDF en su artículo 1815 lo define como: cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes es dolo, y por mala fe se entiende a la disimulación del error de uno de los contratantes una vez que es conocido.

- Violencia:

“Esta consiste en una coacción que se ejercita en contra del sujeto a efecto de forzar su voluntad en un acto jurídico por el temor que se engendra en él. Puede ser de dos ordenes: física, significada por el empleo de la fuerza física misma; o moral, consistente en amenazas.”²⁹

El artículo 1819 del CCDF la define como:

La fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

- Lesión:

Hay lesión: Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado, éste último tiene derecho a pedir la nulidad del acto, colocándolo en el ultimo vicio de la voluntad (Art. 17 del CCDF).

²⁸ Idem.

²⁹ Flores Barroeta, Benjamín, ob. cit., p. 186.

c) Licitud en el objeto, motivo o fin

El objeto, motivo o fin de los actos jurídicos, además de ser posibles deben ser lícitos, esto es, no deben ser contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Arts. 1830 y 1831 del CCDF).

d) Forma

Por regla general en los actos jurídicos, uno se obliga en la manera y términos que desee sin la necesidad de revestir de determinadas formalidades, salvo los casos previstos por la ley, para lo cual el artículo 1833 del CCDF establece que: cuando la ley exija determinada forma para un contrato, éste no será válido mientras no revista tal forma, salvo disposición en contrario.

Para entender mejor la formalidad de los actos jurídicos, es menester hacer alusión a la clasificación que los cataloga en: consensuales, formales y solemnes.

Los actos consensuales son los que para su validez no se requiere ninguna formalidad, ésta puede exteriorizarse de manera verbal, escrita o por señas; en la segunda categoría se encuentran los actos formales, en los cuales es necesario que la voluntad se manifieste por escrito para que estos sean válidos, la forma escrita puede ser de dos maneras, en documento público y en documento privado; y por último tenemos a los solemnes, los cuales requieren una formalidad especial, la diferencia con los actos formales es que su inobservancia provoca simplemente nulidad relativa, mientras que los solemnes provocan la inexistencia del acto por ser un elemento de existencia.³⁰

³⁰ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pp. 138 y 139.

C) *Clausulas esenciales, naturales y accidentales*

Los actos jurídicos constan de determinados elementos que concurren en ellos para formarlos, estos son los elementos esenciales, naturales y accidentales.

a) Elementos esenciales

“Son elementos esenciales de un determinado acto jurídico, aquellos que la ley establece como propios de ese acto jurídico en particular, de tal manera que aunque esos elementos no se encontraran pactados de manera expresa por el autor o por las partes, la ley los establece y tienen lugar aunque no se pacten.”³¹

b) Elementos naturales

“Elementos naturales son los que la ley dispone como de la naturaleza ordinaria de los diversos actos jurídicos en particular y que se entienden como sobreentendidos aunque las partes no los hayan pactado.”³²

c) Elementos accidentales

“Elementos accidentales son aquellos que introducen las partes o el autor del acto jurídico por propia voluntad, de manera expresa sin que la ley los presuma pactados. Sólo forman parte del acto si las partes los han establecido.”³³

Dado que los elementos accidentales no se encuentran en la naturaleza ordinaria del acto y dependen de la voluntad del autor o de las partes, se dice que se encuentran sujetos a modalidades, ellas son: condición, término y modo.

La condición es un acontecimiento futuro de cuya de cuya realización incierta se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación o de un derecho, existen dos especies de condición: una es la suspensiva, la cual retarda el nacimiento de la obligación hasta que se realiza, la otra es

³¹ Flores Barroeta, Benjamín, ob. cit., pp. 202 y 203.

³² Ibidem, p. 203.

³³ Idem.

resolutoria, la cual permite dicho nacimiento desde que el acto jurídico se celebra, dejando la obligación a un posible aniquilamiento cuando ésta se realiza. El término o plazo es un acontecimiento futuro de cuya realización, que es siempre cierta, dependen que tengan plenamente o que se extingan los efectos de un acto jurídico, dicho término puede ser: suspensivo o extintivo, el primero retarda hasta su llegada, la total realización de los efectos del acto jurídico, mientras que en el segundo los actos jurídicos cuyos efectos quedan subordinados a él, producen éstos desde luego y en su plenitud, pero sus efectos quedan extinguidos al llegarse el término. El modo es una declaración accesoria de la voluntad, por lo que se impone una carga al agraciado con una liberalidad, la cual puede consistir en usar la cosa objeto del acto sujeto a modo, de determinada manera o en darle un destino señalado, puede también consistir en un favor del autor del acto o de un tercero.³⁴

D) *Invalidez del acto jurídico*

“El acto jurídico es inválido cuando en su formación ha concurrido alguna circunstancia capaz de atacar su eficacia.”³⁵

Debido a la gran importancia y a la dificultad que representa el hablar de la invalidez del acto jurídico y dada la extensión y variedad, nos apegaremos a la explicación que da De Pina Vara, la cual consideramos resulta la más amena y entendible:³⁶

Los actos jurídicos de acuerdo con el Código Civil, desde el punto de vista de la invalidez pueden ser: inexistentes, nulos y anulables, criterio legal que proviene de la escuela clásica francesa:

- Inexistencia, ésta se da cuando el acto jurídico carece de algún elemento esencial en su formación, el cual no producirá efecto legal

³⁴ Cfr., Trinidad García, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, 31ª. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 196 a 210.

³⁵ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., p. 285.

³⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 285 a 288.

alguno dada su inexistencia como acto jurídico, esto no implica que no exista como una realidad en el mundo exterior.

- Nulidad absoluta, es la que se produce por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, la nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales son destruidos retroactivamente con sentencia de nulidad declarada.
- Nulidad relativa o anulabilidad, se produce por falta de alguno de los elementos de validez del acto jurídico (incapacidad, forma, error, dolo, violencia, lesión.), la cual permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, dado su carácter de subsanable.

2.2. Contrato y convenio

Convenio en sentido amplio, es el acuerdo de dos o más personas para crear, Transferir, modificar o extinguir obligaciones, de acuerdo con el artículo 1792 del CCDF, por lo tanto dicho concepto encierran dos especies de convenios, por una parte tenemos a los contratos y por otra a los convenios en estricto sentido.

Chirino Castillo cita a Borja Soriano en su libro de contratos diciendo:

“El convenio en sentido general es el acuerdo de dos o más voluntades manifestado en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Dentro de la definición del convenio en sentido general se encuentran implícitas las concepciones jurídicas del contrato y del convenio en sentido especial. El contrato es el acuerdo entre dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones. El convenio en sentido especial es el acuerdo que modifica o extingue derechos y obligaciones (1792 y 1793).”³⁷

3. Persona y personalidad

El vocablo persona, en su aceptación **común**, denota al ser humano como un individuo de la especie humana, al igual que la palabra hombre, pero en un sentido connotativo la palabra hombre particulariza la especie humana en un

³⁷ Chirino Castillo, Joel, *Contratos*, Segunda edición, México, Porrúa, 2011, p. 2.

individuo perteneciente a ella, mientras que con la palabra persona se apunta de manera más clara a la dignidad del ser humano dotado de libertad para normar su conducta de manera responsable desde el punto de vista moral y social.³⁸

Desde el punto de vista **etimológico** la palabra persona proviene del latín “*personae*” “personare” y del verbo “*persono*”, compuesto de *per* y *sono-as-are*, que significa sonar mucho, resonar.³⁹

La palabra persona tiene diferentes acepciones:

“...La **biología** la estudia como organismo viviente; la **filosofía** la considera porque en ella se encarna el ser racional capaz de realizar sus fines; la **moral** la estima como sinónimo de ente capaz de actualizar o realizar valores; la **ciencia jurídica** la enfoca como sujeto de derechos y obligaciones.”⁴⁰

“...la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como sujeto de derechos y obligaciones. El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra “persona” (sujeto de derechos y obligaciones) instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella protección de fines de su existencia que el derecho se encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico.”⁴¹

Para el derecho ser persona significa ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta ciencia acepta la existencia de dos tipos de personas: una física en lo individual y; la moral o colectiva, la cual no obstante de estar conformada por varias personas físicas es considerada como sujeto de derechos y obligaciones. Para los fines del presente trabajo, nos limitaremos únicamente al estudio de las personas físicas.

³⁸ Cfr., Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil primer curso, “Parte General. Personas. Familia”*, 10ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 301 y 302.

³⁹ Cfr., Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, “Atributos de la personalidad”*, México, Porrúa, 1987, Tomo II. P.2

⁴⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Ibidem*, P. 1.

⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Ob. Cit.*, p. 304.

“La personalidad, que es la aptitud para intervenir en ciertas y determinada relaciones jurídicas, significa que de acuerdo con la norma jurídica, la persona puede válidamente colocarse en la situación u ocupar el puesto, de sujeto de una determinada relación jurídica.”⁴²

Los conceptos de persona y personalidad se encuentran estrechamente ligados entre sí, pero no deben ser confundidos ya que representan cosas distintas, el primero refiere a un sujeto de la especie humana garante de derechos y obligaciones, mientras que el segundo es una manifestación del ser en la vida jurídica.

“Persona en el sentido técnico es el ser humano, puesto que sólo la conducta del hombre es objeto de la regulación jurídica. En cambio, la personalidad es una cualidad que el Derecho toma en cuenta para regular dicha conducta, un presupuesto normativo respecto de la persona referida al derecho.”⁴³

Por otro lado los conceptos de personalidad y capacidad tampoco significan lo mismo: la personalidad significa que un sujeto puede actuar en el acontecer del derecho, mientras que; la capacidad alude sólo a situaciones jurídicas concretas para celebrar tal o cual contrato.⁴⁴

El hombre crea al derecho, éste a su vez crea a la persona y a la personalidad para existir y poder participar en el mundo jurídico, es por lo que una persona moral puede tener personalidad jurídica para actuar, ya que se refiere a una ficción que no necesariamente corresponde a la realidad.

3.1. *Adquisición y pérdida de la personalidad de las personas físicas*

Diversas son las teorías que hablan acerca de cuando comienza la personalidad de una persona física, es por lo que para los efectos prácticos del presente nos apegaremos a lo establecido por la ley. Por lo tanto el CCDF establece en su artículo 22 que:

⁴² Ibidem, p. 309.

⁴³ Ibidem, p. 310.

⁴⁴ Cfr., Ibidem, p. 307.

La capacidad jurídica de las personas 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.

Del artículo citado anteriormente, se desprende que al igual que la capacidad la personalidad de las personas físicas inicia con el nacimiento y termina con la muerte, aunque antes de éste hecho entra ya en la protección de la ley, ello no significa que ha adquirido personalidad jurídica, pues ésta no tiene lugar hasta en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, el artículo en cuestión se refiere simplemente a la conservación de determinados derechos para que si el *nasciturus* llegase a nacer pueda adquirirlos definitivamente.⁴⁵

El artículo 337 del CCDF señala que para los efectos legales a que haya lugar, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Lo cual en conjunción con el artículo 22 del mismo ordenamiento nos da con exactitud legal el inicio de la personalidad.

“La personalidad de la persona física, se extingue con la muerte (artículo 22) del Código Civil). El derecho positivo mexicano actualmente, no reconoce ninguna otra causa extintiva de la personalidad, distinta de la muerte.”⁴⁶

3.2. *Atributos de las personas físicas*

Las personas físicas tienen para los efectos jurídicos respectivos los siguientes atributos: capacidad; nombre; domicilio; estado civil; patrimonio y; nacionalidad.

A) *Capacidad*

“El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En un sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular

⁴⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 311.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 313.

de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.”⁴⁷

Más adelante entraremos al tema de la capacidad, desglosándola en todos sus componentes, por ahora nos conformaremos con el concepto en sentido amplio, el cual nos sirve para entender los atributos de las personas físicas.

B) *Nombre*

“...el nombre es el medio natural por el que un sujeto es individualizado y lo distingue de todos los demás...”⁴⁸

El nombre civil está compuesto del nombre propio y el patronímico, también conocido como el nombre de familia o los apellidos; así mismo tenemos el seudónimo o falso nombre el cual es utilizado más comúnmente por los artistas, éste no sustituye al verdadero nombre y de igual forma sirve para distinguirse de los demás.⁴⁹

“Por otra parte decimos, el nombre se confiere en el momento en que nace la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, que no le corresponde por herencia, sino que el derecho le atribuye en su calidad de tal, independientemente del problema jusnaturalista relativo a la “eminente calidad de la persona humana”, para su debida individualización y tutela por el derecho objetivo.”⁵⁰

Con el nombre se individualiza a las personas, impidiendo así que un sujeto interfiera en la esfera jurídica de alguien, el cual se otorga desde el momento del nacimiento y se acredita con el acta respectiva, la cual sirve como medio para identificarse y acreditar la personalidad.

⁴⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, “Parte General Personas Cosas Negocio jurídico e invalidez”*, 11ª. ed., México, Porrúa, 2008, p. 166.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 165.

⁴⁹ Cfr., De Pina Vara, Rafael, *ob. cit.*, pp. 210 a 212.

⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. *ob. cit.*, p. 198.

C) *Domicilio*

“...el domicilio sitúa legalmente a una persona física en una circunscripción territorial determinada ligada a ella para todos los efectos jurídicos, de tal modo que en principio, las autoridades judiciales de ese lugar son las competentes para conocer de los asuntos en los que la persona es llamada a juicio...”⁵¹

El artículo 29 del CCDF considera que el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. En el mismo sentido, el artículo antes citado, presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando ésta permanezca en él por más de seis meses.

“Las razones que ha tenido el artículo 29 son las siguientes: 1º-El domicilio tiene principalmente consecuencias de tipo patrimonial, 2º-Sirve para fijar el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, 3º-Para determinar la competencia, 4º-Para la radicación del juicio sucesorio tanto en las testamentarias como en los intestados, pues se toma en cuenta el último domicilio del difunto, 5º-por último, es juez competente para conocer del concurso de acreedores, el del domicilio del deudor.”⁵²

“El domicilio completa la identificación de la persona, que el apellido contribuye a asegurar –escribe JOSSERAND-; lo mismo que todo individuo tiene un nombre y un apellido, debe tener una sede legal en la cual se le ha de considerar siempre como presente, aun cuando de hecho se encuentre momentáneamente alejado de ella.”⁵³

Existen tres clases de domicilio: por una parte tenemos el domicilio voluntario, el cual es el que las personas eligen pudiéndolo cambiar a su arbitrio; por otra parte se encuentra el domicilio legal, el cual es el que como su nombre lo indica, el que fija la ley para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí; y por último tenemos el domicilio convencional, previsto en el artículo 34 del CCDF

⁵¹ Dominguez Martinez, Jorge Alfredo, Ob. Cit., p. 165.

⁵² Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pp. 190 y 191.

⁵³ Cfr., De Pina Vara, Rafael, ob. cit., p. 213.

estableciendo que se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones.⁵⁴

D) *Estado civil*

El estado es la situación jurídica de una persona frente a los miembros de su familia (estado civil) o su nación (estado político).

“Ofrece dos aspectos: como estado de familia y como estado de nacionalidad. En relación con el primero, las personas pueden ser padres, hijos esposas maridos, hermanos, etc.; en relación con el segundo pueden ser nacionales o extranjeras.”⁵⁵

El estado de las personas es un valor de orden extra patrimonial, indivisible e inalienable, esto es así ya que el estado es una cualidad de relación de las personas que no puede separarse de las mismas, ni ser susceptible de transacción o enajenación. Pueden considerarse como sus principales fuentes el parentesco, el matrimonio, el divorcio y el concubinato; los cuales general derechos y obligaciones tales como el derecho a heredar, de exigir alimentos y de llevar el apellido de los progenitores.⁵⁶

E) *Patrimonio*

En resumen, Domínguez Martínez considera que: “...el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto apreciables en dinero...”⁵⁷

“El patrimonio es concebido por la teoría subjetiva o personalista, que es la que ha tenido mayor aceptación, como una cualidad substantiva de la personalidad. De acuerdo con esta doctrina ha sido definido el patrimonio como el conjunto de bienes o riquezas que corresponden a una persona o como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular, pero afirmando, sin embargo, que cuando se habla de patrimonio como atributo de la persona se hace

⁵⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 214.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 215.

⁵⁶ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, pp. 171, 179 y 180.

⁵⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *ob. cit.*, p. 165.

referencia más bien que al patrimonio, en su consideración económica-jurídica, a la capacidad patrimonial o de tener un patrimonio es decir, a la facultad o aptitud potencial para adquirirlo.”⁵⁸

F) *Nacionalidad*

El último de los atributos de la personalidad es la nacionalidad, la cual de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos se adquiere por nacimiento o por naturalización (Art. 30 Constitucional).

Son mexicanos por nacimiento aquellos que nazcan dentro del territorio de la República Mexicana, así como los que nazcan en el extranjero que sean hijos de padre o madre Mexicanos por nacimiento o por naturalización, también son mexicanos por nacimiento los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas (Art. 30 A Constitucional).

Adquieren la nacionalidad Mexicana por naturalización, los extranjeros que obtengan carta de naturalización concedida por la Secretaría de Relaciones Exteriores y los extranjeros que contraigan matrimonio con algún mexicano, éstos últimos deben establecer o tener su domicilio en el territorio nacional y cumplir con los requisitos de ley (Art. 30 B Constitucional).

La nacionalidad mexicana por nacimiento no se pierde y nadie puede ser privado de ella, esto no pasa con la adquirida por naturalización pues ésta es susceptible de perderse por: adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera; por hacerse pasar en un instrumento público como extranjero; por usar pasaporte extranjero; por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen su misión a otro país y; por residir durante cinco años continuos en el extranjero (Art. 37 A y B Constitucional).

La nacionalidad implica que una persona es perteneciente a un estado libre y soberano, en México los artículos 30 y 37 de la Carta Magna establecen como ya se indico, las formas de adquisición y pérdida de la nacionalidad.

⁵⁸ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., p. 216.

3.3. *Capacidad de las personas físicas*

Ya hemos estudiado a la capacidad como elemento de existencia de los actos jurídicos y como atributo de las personas físicas, por lo tanto es momento de entrar a un estudio más detallado de ésta figura jurídica.

Como ya se ha mencionado antes, la capacidad jurídica es la aptitud de los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.⁵⁹

A) *Especies de capacidad*

El concepto anterior de capacidad da lugar a la distinción de dos especies de capacidad, la primera de ellas se conoce como capacidad de goce, la cual es la aptitud de los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones; y la segunda como capacidad de ejercicio, que es el poder ejercitar esos derechos y contraer y cumplir con esas obligaciones.

B) *Inicio y fin de la capacidad*

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, según el artículo 22 del CCDF.

Así mismo, el artículo 22 del CCDF establece que 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 por el Código, por lo tanto la capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.⁶⁰

⁵⁹ Cfr., Dominguez Martinez, Jorge Alfredo, ob. cit., p.166.

⁶⁰ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., p. 159.

“Así cómo el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Sostenemos esta tesis a sabiendas de que nos ponemos en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que meditamos más sobre este problema reafirmamos nuestro punto de vista que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad.”⁶¹

C) *Capacidad de goce y personalidad jurídica*

La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir, ésta es, como apuntábamos, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es, en principio, la aptitud ya del sujeto. La personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas; la primera es un concepto jurídico fundamental, inmutable, y único, que no es susceptible de graduación o medida, como si un sujeto fuera más o menos persona, si se tiene personalidad se es persona y si no se tiene no se es persona, en el mismo sentido, si se es persona se tiene personalidad y si no se es persona no hay lugar alguno a la existencia de personalidad. La capacidad de goce también participa invariablemente en la composición jurídica de la persona desde su concepción, ésta puede ser objeto de graduaciones, es decir, se tiene más o menos capacidad de goce dependiendo de determinadas circunstancias.⁶²

D) *Grados de capacidad de goce*

Como ya se ha mencionado anteriormente, la capacidad de goce es susceptible de graduación, esto es así, ya que en determinadas etapas de la vida de las personas, pueden carecer en mayor o en menor medida de capacidad para determinadas situaciones jurídicas, los supuestos que pueden presentarse son diversos, por lo tanto presentamos sólo aquellos que determinados autores han considerado como más importantes:

⁶¹ Idem.

⁶² Cfr., Domonguez Martinez, Jorge Alfredo, ob. cit., p.166.

a) El concebido

“El grado mínimo de capacidad de goce existe, según lo hemos explicado, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho a heredar, de recibir en legados o de recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural.”⁶³

“Ahora bien, es conveniente dejar asentado con toda claridad, que el concebido podrá ser titular sólo de los derechos establecidos expresamente en la ley a su favor, sin posibilidad de otro; ello se desprende del artículo 22 del Código Civil, cuando advierte que se le tendrá por nacido para los efectos establecidos en dicho ordenamiento.”⁶⁴

b) El menor de edad

Para los menores de edad existen una serie de restricciones en el ámbito del Derecho Familiar, tales como no poder: contraer matrimonio, reconocer un hijo, ser tutor, adoptar etc. Por lo que se refiere al derecho público se necesita la edad de 18 años para poder ser ciudadano, lo cual le permitirá al ciudadano ser titular de derechos y deberes ciudadanos como votar, ser electo, asociarse para asuntos políticos, tomar las armas en defensa de la República, etc.⁶⁵

c) El mayor de edad incapacitado

“Una limitación a la capacidad de goce de los mayores de edad es la privación de sus facultades mentales; esa incapacidad no se manifiesta en los derechos de carácter patrimonial, pues el enajenado mental puede ser propietario, usuario, habitarlo, acreedor, deudor, etc. La restricción tiene lugar respecto de los derechos derivados del derecho familiar. Así por ejemplo, no pueden contraer matrimonio; no lo pueden hacer ni por representante; más aún, la enajenación mental incurable es causa de divorcio, tal como la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil lo ordena; además, la incapacidad declarada judicialmente es causa de suspensión de la patria potestad, como el artículo 447 del propio ordenamiento lo impone.”⁶⁶

⁶³ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pp. 163 y 164.

⁶⁴ Dominguez Martinez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 173.

⁶⁵ Cfr., Idem.

⁶⁶ Ibidem, p. 174.

d) El extranjero

El extranjero también presenta determinadas restricciones a su capacidad de goce, tales como: no poder de ninguna manera inmiscuirse en asuntos del país (Art. 33 constitucional); carecer de capacidad jurídica para adquirir bienes inmuebles en una faja que corre de 100 kilómetros a partir de las fronteras y de 50 desde las costas, por toda la periferia del territorio nacional (Art. 27 frac. I constitucional); no pueden participar en sociedades que se dediquen al transporte nacional de pasajeros, turismo y carga, comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado, servicios de radio difusión y otros de radio y televisión distintos de la televisión por cable uniones de crédito; instituciones de banca de desarrollo y prestación de servicios profesionales y técnicos en los términos de las leyes que lo regulan (Art. 6º de la LIE).⁶⁷

e) La capacidad para heredar

Otra situación que restringe la capacidad de goce se encuentra inmersa en el Derecho Sucesorio, impidiendo la capacidad de heredar en ciertas personas respecto de algunos bienes, éstas pueden tener limitada esa capacidad por falta de personalidad, comisión de delitos, presunción de afluencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento, falta de reciprocidad intencional, utilidad pública, renuncia o remoción de algún cargo conferido en testamento.⁶⁸

E) *Grados de incapacidad de ejercicio*

La capacidad de ejercicio se mide respecto de los diversos grados de incapacidad que tienen los sujetos, por lo tanto la capacidad de ejercicio será mayor cuando se tenga menos restricciones al ejercicio de ella, esto siempre atendiendo a la madures mental de los sujetos:

⁶⁷ Cfr., Idem.

⁶⁸ Cfr., Ibídem, pp. 174 y 175.

a) Plena incapacidad del concebido

“El primero correspondería al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o, en su caso, de la madre y el padre. Para los únicos caso que el derecho permite capacidad de goce, o sea para la herencia, para recibir legados y donaciones, los padres o en su caso la madre, tienen su representación, tanto para adquirir los derechos por su conducto, como para hacerlos valer si fuera necesario.”⁶⁹

b) Menor de edad no emancipado

Los menores de edad tienen incapacidad de ejercicio que se origina desde el nacimiento hasta la emancipación, siendo total su capacidad para poder actuar, esto es así, ya que los menores de edad no emancipados no pueden ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitando siempre de sus representantes para contratar o comparecer en juicio, exceptuándose la libre administración de los bienes que adquieran como producto de su trabajo.⁷⁰

c) Los mayores de edad incapacitados

El artículo 450 del CCDF establece quienes son los que tienen incapacidad natural y legal, previendo además de los menores de edad, a los mayores de que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La incapacidad de los mayores de edad que establece el citado artículo, generalmente es total, por lo tanto requieren para la valides de los actos jurídicos, de su representante, el cual es el único que puede hacer valer su capacidad de goce, teniendo en este caso la posibilidad de otorgar testamento en un intervalo de lucidez, para el campo del derecho familiar no existe

⁶⁹ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., 2008. p. 165.

⁷⁰ Cfr., Idem.

capacidad de goce en los mayores incapacitados y por lo tanto no puede haber representación.⁷¹

F) *Plena capacidad de ejercicio*

“La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad.”⁷²

Atendiendo a lo establecido por los artículos 23, 24, 646 y 647 del CCDF, la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos, con los cuales se adquiere la capacidad de ejercicio que se tenía restringida por minoría de edad, con la cual las personas físicas tienen la facultad para disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

G) *Capacidad especial*

Rojina Villegas señala que: aun con la plena capacidad de los mayores de edad, que los faculta para contratar, se necesita de una capacidad especial para llevar actos de dominio y actos de administración.

La capacidad especial que requiere la ley para llevar actos de dominio no obstante de la capacidad general por ser mayor de edad, es la posibilidad jurídica de disponer bienes jurídicos de que se trate, ya que supone ésta la propiedad, por lo tanto pueden celebrarlos: los propietarios; los autorizados por la ley por tener a su cargo la patria potestad o tutela y; los que tienen a su favor un mandato especial o una representación voluntaria. Por su parte, la capacidad especial para llevar actos de administración requiere la propiedad, aunque no necesariamente, ya que se puede llevar a cabo con un derecho de goce sobre los bienes, e igualmente, cuando los actos de administración se

⁷¹ Cfr., *Ibidem*, p. 166.

⁷² Dominguez Martinez, Jorge Alfredo, *ob. cit.*, p. 186.

realizan sobre un bien ajeno, también puede haber una representación legal o voluntaria.⁷³

3.4. *Incapacidad de las personas físicas*

Ya se ha mencionado que las personas en determinada etapa de su vida se encuentran dotadas de plena capacidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones, de ejercer los primeros y cumplir con los segundos, por lo tanto, es de esperarse que existen casos en los que dichas personas se encuentra incapacitadas en mayor o menor medida de su capacidad de goce o de ejercicio, dependiendo de su edad, estado mental o porque la ley así lo dispone, es por lo que no obstante que ya se mencionó cuales son las causas de incapacidad cuando se estudio la capacidad de las personas físicas, conviene hacer mención una vez más, pero con la primicia de incapacidad.

A) *Incapacidad*

De la misma forma en que la capacidad jurídica significa ser titulares de derechos y obligaciones, de ejercer los primeros y cumplir con los segundos, interpretado en sentido contrario, la incapacidad es el impedimento para ser titular de derechos y obligaciones de ejercerlos y de cumplirlos.

“...La incapacidad entonces, se refiere a la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.”⁷⁴

Es de observarse que la incapacidad atiende en su mayoría a la de ejercicio, ya que la plena incapacidad de goce no existe por tratarse de un supuesto ridículo que refiere a la inexistencia de una persona, por lo tanto se puede hablar de una incapacidad de goce limitada referida únicamente para el ser concebido no nacido, los menores de edad, mayores de edad incapacitados, extranjeros y en determinados casos en los que la ley exima de

⁷³ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pp. 167 y 168.

⁷⁴ Galindo Garfias, Ignacio, ob. cit., p. 389.

ésta capacidad a las personas, tal y como ya se expuso en el apartado de la capacidad de las personas físicas.

La incapacidad de ejercicio la tienen, con sus respectivas salvedades, los concebidos, los menores de edad y los mayores incapacitados, tal y como lo establece el artículo 23 del CCDF:

La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

B) Incapacidad natural y legal

El artículo 450 del CCDF establece quienes son los que tienen incapacidad natural y legal, el primer párrafo se refiere a los menores de edad, mientras que el segundo a los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Una vez que se ha señalado quienes tienen incapacidad natural y legal, es momento de señalar a que se refiere el Código, cuando hace alusión a estas dos especies de incapacidad, para lo cual citaremos a Domínguez Martínez quien lo explica magistralmente:

“Así pues, una es la incapacidad natural, como la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas. Otra es la incapacidad legal; ésta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico. Lo mismo sucede con el quebrado no

rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos.”⁷⁵

La ley considera que hay dos tipos de incapaces, los que tienen incapacidad natural y legal y los que tienen solamente la legal: a la primera incapacidad alude el artículo 450 del CCDF; mientras que la segunda se refiere a los emancipados referidos en el artículo 451 del mismo ordenamiento.

Los artículos del Código Civil para el Distrito federal que hacen alusión a la incapacidad natural y legal, no hacen referencia en específico a la incapacidad natural, es por lo que para el ejercicio de la tutela debe tratarse de una incapacidad natural y legal o solamente la segunda, quedando fuera de ésta los que tienen incapacidad solamente natural, es por lo que el artículo 902 del CPCDF prevé el procedimiento de declaración de interdicción, pues ninguna tutela puede conferirse sin que se declare judicialmente el estado minoridad o de interdicción.⁷⁶

C) *Estado de interdicción*

“En acepción común, y aún jurídica en algunas legislaciones, “interdicción” es sinónimo de prohibición, de suspensión en el ejercicio de un cargo, profesión o beneficio, implica una sanción; en nuestro derecho, el concepto está referido al estado de una persona con la finalidad de su protección.”⁷⁷

El Diccionario Jurídico Mexicano citado por Zavala Pérez en su libro de Derecho Familiar, define a la interdicción como:

“...En nuestro derecho se entiende por interdicción, la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, declarada por el juez de lo familiar, de acuerdo con las formalidades que para el efecto establece la ley procesal y siempre que se haya dentro de este procedimiento, que el mayor de edad presuntamente incapaz se encuentre privado de inteligencia, idiotismo o

⁷⁵ Dominguez Martinez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 187.

⁷⁶ Cfr., Ibídem, p. 190.

⁷⁷ Zavala Pérez, Diego H, *Derecho familiar*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2011, p. 425.

imbecilidad, o es sordomudo y no sabe leer y escribir, es ebrio consuetudinario o hace uso inmoderado de drogas enervantes...”⁷⁸

Tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla (Art. 450 del CCDF).

En efecto, Para que una incapacidad tenga valor jurídico es necesaria que sea declarada judicialmente, con las formalidades que la ley exige, pues no basta que la persona sea declarada médicamente incapaz, ya que ello obedece a una cuestión de hecho y no así de derecho.

El procedimiento de declaración de interdicción se encuentra previsto en el Código de Procedimientos Civiles en el capítulo intitulado “Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos”.

Al respecto el artículo 904 del CPCDF señala que la declaración de incapacidad por alguna de las causas señaladas a que se refiere el artículo 405, fracción II, del CCDF; se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interno que para tal objeto designe el juez.

Por su parte el artículo 462 del CCDF, señala que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. Por lo tanto, tratándose de mayores de edad presuntamente incapacitados, el Juez con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo Tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la Tutela.

⁷⁸ Idem.

3.5. *Instituciones auxiliares de la incapacidad de ejercicio*

Queda claro que ante la incapacidad jurídica de una persona, existen varias instituciones protectoras de los derechos de los interdictos, esto es así, ya que la ley no es omisa al establecer figuras como: la patria potestad, tutela, tutela cautelar, y más recientemente las disposiciones anticipadas, las cuales tienen como fin hacer valer la voluntad por medio de la representación, mediante la protección de derechos y/o cumplimiento de obligaciones, de quienes por causa de una incapacidad natural, legal o ambas, no pueden hacerlo por sí mismos.

A) *Patria potestad*

Primeramente es necesario hablar de la patria potestad, ya que el artículo 450 del CCDF, establece que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal, y es aquí donde ésta institución encuentra su función, al establecer la ley derechos y obligaciones en favor de los ascendientes, para la protección de los hijos menores de edad no emancipados, respecto de su persona, de sus bienes, cumplimiento así el deber de representarlos.

“La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).”⁷⁹

Los efectos de la patria potestad se dan en tres ámbitos: el primero de ellos es el que se da respecto la persona del hijo; el segundo se da en relación a los bienes del menor y; un tercero concerniente a la representación jurídica del menor.

Los efectos sobre la persona del hijo corresponde a los que ejercen la patria potestad, los cuales tienen la obligación de educar al menor; derecho y obligación de custodia; derecho de corrección; dar buen ejemplo; facultad de

⁷⁹ Galindo Garfias, Ignacio, ob. cit., p. 667.

otorgar al menor consentimiento para contraer matrimonio; obligación de dar alimentos y; responsabilidad civil de los que ejercen la patria potestad por los daños y los perjuicios causados por los menores.⁸⁰

Por su parte, los efectos sobre los bienes de los hijos, se dividen en dos clases según los artículos 428,429 y 430 del CCDF: la primera clase son los bienes que adquiera por su trabajo, los cuales pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; la segunda clase refiere a los bienes que adquiera por cualquiera otro título, en los cuales la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los Hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

En ese mismo sentido en relación a los artículos 439 y 442, las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, así como de entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Por último, tenemos los efectos en relación a la representación jurídica del menor, en éste aspecto Zavala Pérez considera:

“Doctrinalmente hay aceptación unánime que la representación jurídica abarca tanto la representación extrajudicial como la judicial.”⁸¹

La representación jurídica de los menores por quienes ejercen la patria potestad, encuentra su sustento en los artículos 424, 425, 426 y 427 del CCDF, al establecer que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, en su caso, si la patria potestad se ejerce la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por

⁸⁰ Cfr., Zavala Pérez, Diego H, ob. cit., pp. 334 a 339.

⁸¹ Ibidem, p. 342.

los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo y el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. Por otro lado, el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento de los que ejercen la patria potestad, ya que éstos, son los legítimos representantes de los hijos en todo juicio, en el cual no pueden celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Son expresiones fundamentales de la representación, según Zavala Pérez:⁸²

- El domicilio legal del menor es el domicilio legal de quienes ejercen sobre él la patria potestad.
- El menor, no puede contraer obligaciones, sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad.
- Representación en juicio.

B) *La tutela*

La tutela es una institución que suple la función de la patria potestad cuando no existe persona alguna quien pueda ejercer ésta última, por lo tanto ambas figuras opera de la misma forma, ya tienen por objeto la protección de la persona y de sus bienes de aquellos que por causa natural o legal o ambas, se encuentran incapacitados.

“La palabra tutela procede del verbo latino *tueor* que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio.”⁸³

⁸² Cfr., *Ibíd.*, p. 343.

⁸³ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 692.

La tutela es regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en el título noveno denominado “De la tutela”, la cual tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley, de conformidad con el artículo 449 de la ley en cuestión.

Como lo apunta el artículo 452 del CCDF, la naturaleza jurídica de la tutela radica en que su cargo es de interés público del que nadie puede eximirse sin causa legítima.

Existen diferentes especies de tutela según el artículo 461 del CCDF, el cual establece que, la tutela es cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.

a) Tutela testamentaria

La primera se le denomina testamentaria, la cual permite al ascendiente que sobreviva de los dos que en deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo (Art. 470 del CCDF).

b) Tutela legítima

La segunda especie se le conoce como legítima, teniendo lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio, en éste caso la ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz (Art. 482 del CCDF).

c) Tutela dativa

En tercer lugar, tenemos la tutela dativa, la cual tiene lugar: cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima Y; cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y no existan hermanos ó colaterales dentro del cuarto grado (Art. 495 del CCDF). Es importante resaltar que el tutor dativo puede ser designado por el menor si ha cumplido dieciséis años y que siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado (Arts. 496 y 499 del CCDF).

d) Tutela de los menores en situación de desamparo

Por su parte la tutela de los menores en situación de desamparo, es la que coloca a éstos menores bajo la tutela de la institución autorizada que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores. En el mismo rubro, se entiende por expósito, al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen; en su caso cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará como abandonado, por último, se considera como situación de desamparo, la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral, ya sea en carácter de expósitos o abandonados (Art. 492 del CCDF).

e) Curatela

“Es una figura complementaria a la tutela; conforme a nuestro derecho puede definirse como la institución destinada a la vigilancia del desempeño de la tutela y

a la asistencia en los actos específicos de ella, predominantemente de orden patrimonial.”⁸⁴

Ésta figura encuentra su fundamento en el artículo 618 y ulteriores del CCDF, en el cual se establece que todos los individuos sujetos a Tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de Tutela de los menores en situación de desamparo.

El curador está obligado: a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; a vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; a dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor cuando éste faltare o abandonare la tutela y; a cumplir las demás obligaciones que la ley le señale (Art. 626 del CCDF).

C) *Tutela cautelar*

“La figura de la tutela cautelar es interesante; estimo que se dará en casos de excepción, mas en las situaciones que la hagan necesario tendrá utilidad y eficacia; pensemos en que con ella se puede excluir al cónyuge o a un hermano del ejercicio de la tutela y la designación se haga a favor de una persona de absoluta confianza.”⁸⁵

La tutela cautelar encuentra su reglamentación en el artículo 469 Bis del CCDF, estableciendo que toda persona capaz para otorgar testamento, puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de su propia incapacidad. Por tanto dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.

⁸⁴ Zavala Pérez, Diego H, ob. cit., p. 415.

⁸⁵ Ibidem, p. 380.

Los nombramientos mencionados de los tutores y sus sustitutos, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, para lo cual el notario agregará un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad. En éste mismo acto se podrán contener expresamente las facultades y obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo la de: que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y; establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código. Por otro lado es importante dejar en claro que el tutor cautelará que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz (Arts. 469 Ter, 469 Quáter y 469 Quintos del CCDF).

D) *Voluntad anticipada*

La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y su reglamento prevén disposiciones por medio de las cuales, se regula el otorgamiento de la voluntad de aquellas personas con capacidad de ejercicio, para que se exprese su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y, por razones médicas, sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona. (Art. 1º LVA).

“Se entiende por voluntad anticipada, la declaración unilateral de la voluntad efectuada por una persona mayor de edad o emancipada, con plena capacidad de goce y ejercicio mediante la cual, privilegiando el principio de autonomía, señala de manera anticipada que es lo que desea para sí en relación a el o los tratamientos y cuidados de salud, en caso de encontrarse en un escenario determinado que no le permita manifestarse al respecto, particularmente en caso

de encontrarse en una situación de enfermedad terminal derivada de un proceso natural o como consecuencia de un accidente fortuito.”⁸⁶

En la Ley de Voluntad Anticipada se prevé:

- De conformidad con las fracciones cuatro y cinco del artículo 2º del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada, existen dos formas por medio de las cuales se puede suscribir la voluntad anticipada: el primero de ellos es el Documento de Voluntad Anticipada, es un Instrumento otorgado ante Notario en el que una persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; el segundo es el Formato, el cual es un documento de Instrucciones de Cuidados Paliativos previamente autorizado por la Secretaría, suscrito por el enfermo en etapa terminal, ante el personal de salud correspondiente y dos testigos, en el que se manifiesta la voluntad de seguir con tratamientos que pretendan alargar la vida o bien la suspensión del tratamiento curativo y el inicio de la atención en cuidados paliativos, preservando en todo momento la dignidad de la persona.
- La Voluntad Anticipada puede suscribirse por: cualquier persona con capacidad de ejercicio, que prevé su futura enfermedad terminal, esto ante Notario Público mediante el Documento de Voluntad Anticipada y; por el enfermo en etapa terminal o suscriptor, ante el personal de salud correspondiente mediante el Formato emitido por la Secretaría y dos testigos. El suscriptor, es la persona autorizada por la Ley, que suscribe el Documento de Voluntad Anticipada o

⁸⁶ Propuesta del Colegio de Bioética, A. C., <http://colegiodebioetica.org.mx/wp/links-laterales/voluntad-anticipada/>, 22 de agosto de 2012.

Formato, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad, sea menor de edad o incapaz legalmente declarado (Art. 6º del la LVADF, Arts. 2º frac. XV y 3º del RLVADF).

- La voluntad anticipada cuenta con el nombramiento de un representante y, en su caso, un sustituto, para velar por el cumplimiento de la voluntad del enfermo en etapa terminal en los términos del propio documento, es un cargo voluntario y gratuito y obligatorio para los que desempeñan (Art. 7 frac. II, 11 de la LVADF y Art. 2º frac. XI del RLVADF).
- El Documento de Voluntad Anticipada y el Formato podrán ser revocados por el signatario en cualquier momento, previo cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, en la que no se puede establecer o pretenderse hacer valer disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias de bienes, derechos u obligaciones diversos a los relativos a la Voluntad Anticipada, así como tampoco pueden realizarse las disposiciones contenidas en el Documento de Voluntad Anticipada o Formato y en la Ley, a enfermo que no se encuentre en etapa terminal (Arts. 21 y 27 de la LVADF).

E) De los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal

En el plano federal encontramos a la Ley General de Salud, reformada y adicionada en materia de cuidados paliativos, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de enero de 2009, incorporando en su texto, el Título Octavo Bis intitulado “De los cuidados paliativos a los Enfermos en Situación Terminal”. En el entendido de que para aquellos estados que no cuenten con ordenamientos locales al respecto, les será aplicada la Ley Federal e cuestión y para aquellos estados que cuenten con ordenamientos

locales, serán regidos por éstos, tal es el caso del Distrito Federal, con la Ley de Voluntad Anticipada.⁸⁷

El Título Octavo tiene por objeto el salvaguardar la dignidad de los enfermos en situación terminal, mediante la aplicación de cuidados Paliativos. Entendidos éstos últimos como: el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo; el control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales (Arts. 166 Bis y 166 Bis 1 de la LGS).

En ese orden de ideas, toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Así mismo los enfermos en situación terminal tienen la facultad de designar, a algún familiar, representante legal o a una persona de su confianza, para el caso de que, con el avance de la enfermedad, esté impedido a expresar su voluntad, lo haga en su representación, para los efectos antes mencionados. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento (Arts. 166 Bis 3 y 166 Bis 4 de la LGS).

Cuando el enfermo en situación terminal es menor de edad, o se encuentra incapacitado para expresar su voluntad, las decisiones derivadas de los derechos señalados en el título en cuestión, serán asumidos por los padres o el tutor y a falta de estos por su representante legal, persona de su confianza mayor de edad o juez de conformidad con las disposiciones aplicables y en ausencia de éstos, respecto a la decisión de aplicar un procedimiento médico quirúrgico o tratamiento necesario, será tomada por el médico especialista y/o

⁸⁷ Cfr., Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad, "Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad"*, 3ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 110.

por el Comité de Bioética de la institución (Arts. 166 Bis 8 y 166 Bis 11 de la LGS).

CAPITULO II

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

1. *El mandato*

“El mandato es un contrato de gran importancia para la sociedad, considerando la frecuencia con la que se celebra. Personas de todas clases y profesiones recurren a él con el fin de superar una limitante en la realidad humana: la falta de omnipresencia. La imposibilidad de estar en dos o más lugares al mismo tiempo motivó la creación de un instrumento que permita la celebración de actos jurídicos sin la presencia física de las partes.”¹

1.1. *Concepto de mandato*

“La palabra mandato viene de las latinas *manum datio*, o de la costumbre que tenían los antiguos de darse la mano derecha en señal de la confianza en el uno y de la promesa del otro, del cumplimiento del cargo que se le hacía.”²

El CCDF en su artículo 2546 lo define como un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga. Estableciendo así un concepto general del que la mayoría de los autores parten para el estudio de tal figura.

De la definición del Código Civil se deduce que: a) es un contrato; b) recae de modo exclusivo sobre actos jurídicos; y c) los actos que ha de ejecutar el mandatario son por cuenta del mandante.

Domínguez Martínez hace las observaciones siguientes al concepto de mandato previsto en el artículo 2546 del CCDF:

“Primero. Son dos partes; el mandante que encarga la ejecución de uno o más actos jurídicos y el mandatario que se obliga a ejecutarlos.

¹ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *De los contratos civiles*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2009, p. 231.

² Orrantia Arellano, Fernando A., *Poder y mandato*, México, s. e., 2006, p.10.

Segundo. El objeto del contrato consiste en uno o más actos jurídicos que el mandatario se obliga a ejecutar. La juricidad del acto es indispensable.

Tercero. Que la obligación del mandatario sea la de ejecutar los actos jurídicos por cuenta del mandante, se traduce en que si bien el obligado, en cumplimiento de la obligación a su cargo, ejecuta personalmente los actos jurídicos cuya ejecución le fue encargada por el mandante, dicha ejecución la hace por cuenta de este último, lo cual, a su vez, orilla afirmar que si uno realiza actos por cuenta de otros, significa que los efectos producidos por los actos ejecutados por el mandatario se suman al status del mandante, o lo que es igual expresado en otros términos, es en el patrimonio del mandante donde se hace la cuenta, sea suma o resta, de beneficios o pérdidas, de tal manera que es este estatus, el del mandante, el que experimenta la operación aritmética que provoca la realización del acto jurídico correspondiente.

Cuarto. El concepto contenido en la disposición comentada ocasiona expresamente que el mandatario obra por cuenta del mandante y omite referencia alguna a que por definición debiera obrar también en nombre del mandante. Así, no es de la esencia ni de la naturaleza del mandato que el mandatario debiere ejecutar los actos correspondientes en representación de su mandante a pesar del encargo habido.”³

El concepto de mandato cuenta con varios elementos los cuales son estrictamente necesarios para poder comprender la figura y los alcances jurídicos de éste contrato, es por lo que nos atendremos a la definición que establece el artículo 2546 del CCDF ya que es la única válida para los efectos legales a que tiene lugar el mandato.

1.2. Origen del mandato

Todo en el mundo tiene su origen y el mandato no es la excepción, ya que como lo veremos, los antecedentes del mandato provienen de varias raíces, de las cuales tomaremos las que consideramos como las más importantes al igual que varios autores consultados al respecto.

A) Roma

“En roma no podía darse la representación, ya que existía el principio *Nemo alteri stipulai potest*. Hay que recordar que el pueblo romano era por esencia materialista y concreto. Las obligaciones eran personalísimas, de tal manera que el deudor respondía con su persona (a diferencia del derecho real que perseguía la cosa) cuando caía en la insolvencia, sus acreedores lo encarcelaban o lo

³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, “teoría del contrato, contratos en particular”*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 523 y 524.

llevaban tras Tibe, lo mataban, descuartizaban y se repartían entre ellos el cuerpo, dándose por pagados de su crédito.”⁴

No obstante, el mandato era un contrato consensual y esencialmente gratuito, por medio del cual una persona denominada “mandatario” asumía la obligación de desempeñar cierto encargo que otra denominada “mandante” le encomendaba. En la doctrina de los romanos, el mandato podía comprender tanto la ejecución de actos jurídicos como la de hechos materiales, otro sector afirma que sólo los primeros podían ser materia del contrato. Otro dato interesante era el de la falta de representación directa en el Derecho Romano. La regla general fue que el mandatario asumiera los efectos de los actos que celebraba a petición del mandante, para después transmitirlo al último en virtud de un acto idóneo.⁵

“Institución distinta a la del mandato fue la procuración. *Procurator* es la persona que de manera general se encargaba de la administración de un patrimonio ajeno, actuando siempre en interés del dueño de un negocio. Comúnmente se actualizaba esta figura en materia procesal - *procurator ad litem*- cuando una persona comparecía en juicio en interés de otra. Con el tiempo llegó a admitirse que el procurador pudiera encargarse de algunas gestiones en particular y no de la administración de todo un patrimonio, por lo que la figura se confundió con la del mandatario –si mediaba encargo expreso del dueño del negocio- o con la del gestor de negocios – cuando no mediaba encargo alguno-.”⁶

B) *Derecho canónico*

Con la llegada del cristianismo, una persona podía actuar en nombre de otra y sus actos afectaban directamente el patrimonio de aquella, quien quedaba obligada directamente con el tercero, el mandato nació y se desarrolló, gracias al espiritualismo existente en esa época, el cual valoró y ponderó el mundo interior, dándole fuerza vinculatoria.⁷

⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, 9ª. ed., México, Porrúa, 1996, p. 6.

⁵ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, Ob. Cit., pp. 231 y 232.

⁶ Idem.

⁷ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Ob. Cit., p. 7 y 8.

Respecto a la fuente del mandato en el derecho canónico Pérez Fernández del Castillo cita a Díez-Picazo el cual señala:

“A juicio de Buchka, es en las disposiciones de los Papas donde aparece por primera vez el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos. Y así, por ejemplo, en el capítulo *De prebendarum* del Código Canónico se admite que la investidura, a un clérigo ausente, de un beneficio eclesiástico puede hacerse por intermedio de otra u otras personas que le sustituyan en el acto de la investidura. Y si no ha precedido mandato del investido, para la adquisición efectiva del beneficio es necesaria una ratificación del titular, pero, antes de que se realice esta ratificación, el obispo, que confiere el beneficio, no puede transmitir la investidura a otra persona. Por otra parte en el Libro VI del propio Código Canónico y en el capítulo *De procuratoribus* se declara lícita la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial.”⁸

C) Alemania

“La idea de representación se encuentra en una forma más estructurada entre los pandectistas alemanes. La doctrina alemana considera que el invento jurídico más importante que haya aportado a la doctrina universal, es el poder representativo (*vollmacht*); calificado, no hace mucho, como el primero entre los inventos de la ciencia jurídica alemana (Dölle).”⁹

D) Código napoleón

El artículo 1984 del Código Napoleón proporcionó una definición de mandato estableciendo que:

“El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre. Este artículo hace referencia al “mandato o procuración”. Dado que en el derecho Francés el término “procuración” represento una idea distinta a la expresada en el derecho romano, por lo cual según lo explica Planiol y Ripert “El documento en el que consta este poder se llama procuración, la palabra que el artículo 1984 emplea erróneamente como sinónimo de mandato”.¹⁰

Con respecto al mandato previsto en el Código Napoleón, Rico Álvarez opina lo siguiente:

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Cfr., Rico Álvarez, Fausto, Ob. Cit., p. 232.

“En virtud de un mandato una persona confería a otra un “poder”, una facultad para intervenir en su patrimonio. Desde el punto de vista legal, el mandato necesariamente debía ser representativo, ya que en todos los casos el mandatario tenía que obrar en nombre del mandante. Doctrinalmente se distinguió entre mandato ostensible –o representativo- y convención de testafirro; la última –a manera de contrato atípico- permitía que una persona actuara por cuenta de otra pero a nombre propio.”¹¹

E) *Código civil de 1884*

“Bajo el mismo título regulo el mandato, la prestación de servicios profesionales y la gestión de negocios. El mandato se normo de manera similar al Código Napoleón: se aludió a “mandato o procuración”, el contrato necesariamente era representativo y sólo podía tener por objeto la celebración de actos jurídicos. A diferencia del *Code*, el Código Civil de 1884 atribuyó al negocio carácter naturalmente oneroso.”¹²

1.3 *Teorías de la representación*

Respecto a las teorías de la representación Pérez Fernández del Castillo en su libro *Representación Poder y Mandato* las clasifica en dos corrientes; las que la niegan y las que la aceptan, dividiéndose a su vez estas últimas en: Teoría de la ficción, teoría del nuncio, teoría de la cooperación y teoría de la sustitución real:¹³

A) *Las que la niegan*

- El derecho romano no aceptaba la representación directa pero si la indirecta, como en el mandato, la fiducia y la prestación de servicios.
- León Duguit, no la aceptaba por considerar que no corresponde a la realidad.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, P. 233.

¹³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Ob. Cit., pp. 8, 9 y 10.

B) *Las que la aceptan*

- Quienes sostienen la teoría de la ficción, principalmente Geny y Renar, consideran que la representación se deriva de una ficción legal.
- Teoría del nuncio. Savigny estima que el representante tiene como función la de llevar las palabras del representado como mensajero portador de una voluntad ajena. Teoría la cual no explica el caso de los representantes de menores o incapaces, pero es útil para explicar el mandato especial.
- Teoría de la cooperación. Esta teoría sostiene que el representante y representado forman parte de una sola voluntad, lo que significa que ambos participan para formar una sola voluntad.
- Teoría de la sustitución real de la personalidad del representante por el representado. Los autores de esta teoría sostienen que el representante sustituye real y completamente la personalidad jurídica del representado.

“la teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por el representante, es a mi juicio la mejor desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos de nuestros Códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la teoría conocida era la de la ficción, que esta es la tradicional en México, como en Francia, creemos que con el criterio de esa teoría es como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, aceptando esa teoría, como la acepta Geny”¹⁴.

1.4. *Características del mandato*

El mandato es un contrato principal, bilateral, oneroso, formal, tracto sucesivo, e *intuitu personae*.

¹⁴ Citado por, Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Ob. Cit. p. 10.

A) *Principal*

Es un contrato principal ya que el mandato existe por sí solo, teniendo como objeto propio, la realización de los actos jurídicos que le encomienda el mandante al mandatario.

Si bien es cierto que el mandato es originalmente un contrato principal, o sea que tiene subsistencia por sí mismo sin depender de otro contrato para su existencia, también lo es que por excepción puede ser accesorio, tal es el caso de el mandato irrevocable el cual se otorga como condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una anterior obligación ya contraída artículo 2596 del CCDF.¹⁵

“Según una parte de la doctrina española, al igual que el contrato de promesa y el de sociedad, es un contrato preparatorio el mandato, por cuanto que crea relaciones jurídicas en orden a la realización de otros actos jurídicos posteriores a los cuales sirve de antecedente. En un sentido semejante se llaman contratos de organización al contrato de sociedad y al contrato de mandato (Asquini).”¹⁶

B) *Bilateral*

Es un contrato bilateral ya que para su celebración requiere necesariamente del consentimiento de las partes que participan en él.

“Generalmente también es un contrato bilateral en sentido amplio, porque da nacimiento desde su perfeccionamiento no solo a obligaciones a cargo del mandatario, sino también engendra la obligación a cargo del mandante de pagar la retribución; pero en este caso, según se indica en la teoría general del contrato, no se trata de un contrato sinalagmático en sentido propio o estricto, con obligaciones interdependientes.”¹⁷

¹⁵ Cfr., Sánchez Medel, Ramón, *De los contratos civiles*, 12^a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 294.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibidem, p. 293.

C) *Oneroso*

“...Generalmente oneroso, por existir provechos y gravámenes recíprocos y también por excepción gratuito, cuando no exista retribución para el mandatario...”¹⁸

D) *Formal*

Es un contrato formal ya que para su existencia y validez la ley exige que deba otorgarse conforme a los requisitos que establecen los artículos 2555 y 2556 del CCDF, los cuales estudiaremos en los elementos del mandato.

Es un contrato formal, ya que aun el mandato verbal de menor cuantía, debe ratificarse por escrito artículo 2552 del CCDF, por lo tanto será nulo el mandato que no cuente con los requisitos legales de forma artículo 2557 del CCDF.¹⁹

E) *De tracto sucesivo*

“De tracto sucesivo. Porque los efectos del contrato se producen a través del tiempo.”²⁰

Sin embargo se puede decir que:

“... es un contrato instantáneo, pero de los que generan obligaciones que no pueden cumplirse en un solo acto inmediatamente después de su celebración, sino que requieren forzosamente de un lapso entre su perfeccionamiento y la del cumplimiento de las obligaciones que genera...”²¹

¹⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 7ª. ed., México, Porrúa, México, 1998, p. 255.

¹⁹ Cfr., Sánchez Medal, Ramón, *Ob. Cit.*, p. 294.

²⁰ Treviño Garcia, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 7ª. ed., s.l.i., Mac Grau Hill, s.a., p. 331.

²¹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Ob. Cit.*, p. 249.

F) *Intuitu personae*

“Es un contrato que se celebra en calidad de la persona del mandatario, por eso se termina con su muerte, pues la realización de los actos jurídicos tiene que llevarse personalmente a cabo por el mandatario. Existe la excepción cuando se faculta al mandatario a sustituirlo o a otorgar nuevos poderes (Art. 2574).”²²

Por último, Zamora y Valencia considera al mandato, como un contrato de prestación de servicios, ya que el contenido de la conducta del mandatario es manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos, y no hechos materiales, los cuales son consecuencia del contrato y éstos siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que repercutirán en el patrimonio, o en general en la esfera jurídica de él, y que en un punto de vista negativo, el mandatario no obra siempre e indefectiblemente a nombre del mandante, pues puede obrar a nombre propio.²³

1.5. *Distinción entre mandato, poder y representación*

Con frecuencia suelen confundirse los conceptos de poder, representación y mandato y en ocasiones con el contrato de prestación de servicios profesionales, tanto en la legislación como en práctica forense, por ello y debido a que son instituciones diferentes, vale la pena hacer mención de sus conceptos y las diferencias que existen entre dichas figuras, ya que con base en las características que presenta el mandato lo diferencian con toda precisión de cualquier otra figura jurídica.

“Ciertamente, los tres conceptos no solo tienen características iguales al reconocer como denominador común que una persona ejecuta un acto y los efectos de éste surgen para incorporarse en el paquete jurídico de otro sujeto; es decir, aquél obra “por cuenta” ajena, pues la cuenta de esos derechos se hace en el cúmulo de derechos y obligaciones del segundo sujeto. Sin embargo, la esencia misma de cada concepto es independiente al de los otros dos.”²⁴

²² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 8ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 234.

²³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Ob. Cit.*, p. 249.

²⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Ob. Cit.*, p. 524.

A) *Mandato*

El mandato es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades entre dos personas que origina derechos y obligaciones para ellos, es un acto que produce efectos entre los contratantes, independientemente de las relaciones que se establecen entre el mandatario y terceras personas como consecuencia de la realización de los actos jurídicos que realice el mandatario en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato.

B) *Poder*

Poder es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada. El poder puede tener como fuente la ley (tutela y patria potestad), puede ser concedido 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 por último, puede ser concedido el poder unilateralmente por una de las partes en un contrato de mandato, por ello es muy común hallar el empleo impropio de “mandato” como sinónimo de “poder”.²⁵

“el poder o apoderamiento es el acto unilateral de la voluntad por medio o por conducto del cual se confiere la representación voluntaria.”²⁶

C) *Representación*

La representación es la acción de representar, es el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra por cuenta y a nombre de otra llamada representada, también por representación en sentido amplio se entiende a la declaración unilateral que el representante hace ante terceros al realizar un determinado acto jurídico, de que actúa a nombre y por

²⁵ Cfr., Sánchez Medal, Ramón, Ob. Cit., p. 297.

²⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Ob. Cit., p. 252.

cuenta de su representado. Toda representación supone o exige un poder, pero no se confunde con éste, ya que el poder es la facultad de representar, en tanto que la representación es ya el ejercicio mismo de esa facultad o el acto por el cual se pone en práctica dicha facultad. Al igual que el poder, tiene la representación tres posibles fuentes de origen: la ley, una resolución judicial o la voluntad unilateral de una de las partes en un contrato de mandato y, por ello, puede distinguirse la representación legal, la representación judicial y la representación voluntaria en los tres mismos supuestos ya analizados. La representación es el acto que realiza el representante a nombre del representado, produciendo efectos jurídicos activos y pasivos directamente sobre el patrimonio de éste último, ya que el representante queda completamente ajeno a los derechos y a las obligaciones que deriven de tal acto. Hay aquí, pues, la mencionada falta de coincidencia entre la persona que declara la voluntad y la persona titular del interés o círculo jurídico o patrimonio en que va a producir sus efectos tal declaración de la voluntad.²⁷

La representación consiste en el otorgamiento de actos y negocios jurídicos por una persona en nombre y por cuenta de otra, no se trata en sí de un acto o un negocio, como lo son el mandato y el poder, tampoco es una facultad o conjunto de facultades, por que éstas se dan por el otorgamiento del acto correspondiente, la representación es una situación fáctica, es la acción de representar, esto es, la acción de obrar a nombre y por cuenta de otro.²⁸

D) *Mandato y representación*

El mandato es un contrato y la representación no, el mandato nace por el acuerdo de las voluntades de mandante y mandatario, la representación legal se origina directamente por la ley o de un procedimiento fundado en una norma de derecho, el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales, ya que la ley no establece ninguna limitación. Por último, puede celebrarse un

²⁷ Sánchez Medal, Ramón, Ob. Cit., p. 298.

²⁸ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Ob. Cit., p. 524.

mandato con representación, caso en el cual el mandatario deberá obrar en nombre del mandante y por su cuenta, o puede celebrarse sin representación y en este supuesto, el mandatario deberá obrar a nombre propio aunque por cuenta del mandante.²⁹

E) *Mandato y poder*

“Se distingue del mandato en que este es un contrato, mientras que el poder es un acto unilateral. El mandato es una forma de representación que resulta de un acuerdo de voluntades. El poder es la representación que resulta de un acto unilateral del poderdante.”³⁰

Entre estas dos figuras encontramos las siguientes diferencias:

- Que por medio del contrato de mandato se crean obligaciones y derechos entre mandante y mandatario; por el otorgamiento del poder, sólo se confieren facultades para la realización de actos a nombre del poderdante, no se originan obligaciones o derechos, ya que éstos se crean o tienen su origen en el negocio subyacente, pero no en el poder.
- El mandato es un acto que sólo interesa a los contratantes, es un acto privado, en cambio, el poder es un acto público ostensible, que necesariamente deben conocer las personas que tratan con el apoderado.
- En el mandato, el mandatario puede actuar a nombre propio, en el poder, el apoderado sólo puede, en su ejercicio, actuar en nombre del poderdante.
- En el mandato, el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio, el apoderado no tiene esa limitación impuesta por la ley y por lo tanto nada impide que pueda realizar actos materiales.
- En el mandato el mandante no requiere necesariamente una capacidad especial en el momento de la celebración del contrato o

²⁹ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Ob. Cit., p. 251.

³⁰ Orrantia Arellaño, Fernando A., Ob. Cit., p. 4.

en el momento en que el mandatario realice los actos, para adquirir los derechos que pueden generarse por la actuación del mandatario cuando éste actúa sin representación, y puede adquirir esa capacidad con posterioridad, en cambio, el poderdante si requiere de esa capacidad cuando actúe el apoderado.³¹

“Más aún, las diferencias habidas entre poder y mandato hacen que cada una de las figuras tengan su propio tratamiento estructural y sus efectos independientes, no siempre comprendidos por la doctrina y sobre todo por el legislador, que como en el caso concreto del Código Civil actual, en su contenido hay una confusión desordenada de ambas figuras pues se regula expresamente el mandato y a éste se le incrustan una serie de disposiciones atribuibles técnicamente a poder.”³²

“El poder se confunde con el mandato, especialmente por una circunstancia que implica el conocimiento de una coyuntura histórica, los redactores del Código Napoleón, entendieron que el mandato al ser para ellos necesariamente representativo era sinónimo de poder.

Poder y mandato no eran sino la misma cosa, expresiones sinónimas, de este modo las emplea el Código Napoleón y de esta manera las emplean los códigos que siguen al Código Napoleón, sus hijos, sus nietos, sus bisnietos, como alguien dice con sobrada razón, es decir, los que se inspiraron de primera mano en el Código Napoleón o aquellos que se encuentran inspirados en otros códigos a su vez inspirados dentro del Código Napoleón.”³³

F) *Mandato y prestación de servicios profesionales*

Estos se diferencian en que, el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos; en cambio el profesional, realiza generalmente actos materiales y técnicos; el mandatario puede actuar a nombre propio y a nombre del mandante; el profesional siempre actúa en nombre propio y por su cuenta al hacer ejercicio de su actividad profesional, esto aunque los actos los realice en beneficio de su cliente.³⁴

Son contratos similares, ya que el objeto de ambos es la prestación de servicios, siendo su principal diferencia la de que, el mandato se refiere a la

³¹ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Ob. Cit., p. 254.

³² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Ob. Cit., p. 524.

³³ Orrantía Arellano, Fernando A., Ob. Cit., p. 8.

³⁴ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Ob. Cit., p. 254 y 255.

realización de actos jurídicos; y la prestación de servicios profesionales a la ejecución de trabajos que requieren para su desempeño, una preparación técnica y en ocasiones título profesional.³⁵

G) *Representación poder y mandato*

De acuerdo con las ideas antes expuestas se desprende que:

- Existe en ocasiones, poder sin representación ni mandato, por ejemplo: el tutor 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.
- 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, y el caso de un gerente de una sociedad que debidamente facultado en su nombramiento, firma un pagaré a nombre de aquella.
- Existe también conjuntamente poder, representación y mandato, por ejemplo: cuando un mandatario, expresamente facultado por el mandante, compra a nombre de éste un determinado bien.
- Existe en algunos casos mandato y poder pero sin representación, por ejemplo: cuando el mandatario, expresamente facultado para comprar un inmueble a nombre del mandante, sin embargo compra dicho bien para si mismo, esto es, a nombre propio (Art. 2560 del CCDF).
- Existe finalmente un mandato, sin poder ni representación, por ejemplo: cuando el mandante expresamente no ha facultado al mandatario para que obre a nombre de aquel, sino que una y otra parte han convenido en que los actos jurídicos sean realizados por el mandatario a nombre propio y sólo por cuenta del mandante (Art. 2560 del CCDF).³⁶

³⁵ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Ob. Cit., p. 232.

³⁶ Cfr., Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p. 298.

“Puede decirse que la representación voluntaria se realiza mediante dos actos jurídicos distintos, que son dos especies de un mismo género. El poder es la representación que resulta de un acto jurídico unilateral. El mandato es la representación que resulta de un acuerdo de voluntades. Representación es el género. Poder y mandato son las especies.”³⁷

La representación es una consecuencia tanto del otorgamiento del poder como de la celebración del mandato. Entre poder y mandato hay un género común, pues ambos son acontecimientos jurídicos cuyo origen está en la voluntad.³⁸

1.6. *Clases de mandatos*

En este apartado estudiaremos las clases o diversas formas en que se presentan los mandatos.

A) Mandato representativo y no representativo

El mandato es representativo cuando el mandatario ejecuta los actos en nombre y por cuenta del mandante (Art. 2560 del CCDF), por lo tanto tiene el carácter de no representativo cuando el mandatario ejecuta los actos por cuenta del mandante, pero no a nombre de éste (Arts. 2560 y 2561 del CCDF).

El mandatario siempre ejecuta los actos por cuenta del mandante (Art. 2546 del CCDF), por lo que la cuestión es, ¿cuando el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante o en nombre propio y por cuenta del mandante?

Cuando el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante se dice que hay mandato con representación, para lo cual necesariamente habrá de otorgarse un poder; cuando el mandatario actúa en nombre propio estamos ante la presencia de un mandato sin representación, el cual no necesita el

³⁷ Orrantía Arellano, Fernando A., ob. cit., p. 4.

³⁸ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 524.

otorgamiento del un poder, ya que en éste caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo, excepto cuando se trate de cosas propias del mandante, por lo que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante (Art. 2561 del CCDF).

Existen circunstancias en que el mandatario debe actuar en nombre propio y por lo tanto no puede otorgarse un poder, ya que este implica necesariamente el actuar a nombre del poderdante. Cuando se celebra un contrato de mandato con poder, recibe el nombre doctrinal de mandato con representación. Si se celebra sin poder, se llama contrato de mandato sin representación.³⁹

Hay que destacar que el mandato, es el vehículo o cause más adecuado para la realización del poder, es la razón por la que la mayor parte de los códigos regulan indistintamente el mandato y el poder, algunos autores sostienen que el mandato sin representación es la excepción cuando en realidad es la regla.⁴⁰

En el mandato sin representación, es hasta el momento de rendir cuentas, cuando se trasmite al mandante los derechos adquiridos en ejecución de éste. Cuestión que podrían solucionarse si la Ley regulara el mandato sin representación permitiendo que los efectos de los actos ejecutados por el mandatario ingresaran directa e inmediatamente al patrimonio del mandante, de manera que las relaciones entre mandatario y mandante seguirían siendo las del mandato común. El mandato sin representación se utiliza en aquéllos supuestos en que el mandante no desea que el tercero con quien haya de contratar el mandatario conozca su identidad, por no convenir a sus intereses.⁴¹

³⁹ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel. ob. cit., p. 253.

⁴⁰ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., pp. 239 y 240.

⁴¹ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., pp. 235 a 238.

B) *Mandato general y especial*

a) Mandatos generales

La ley establece que pueden ser tres los mandatos generales: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio (Art. 2554 del CCDF).

- Mandato general para pleitos y cobranzas:

El mandatario para pleitos se encuentra facultado para actuar en el juicio o fuera de él, a fin de defender los derechos del mandante que sean jurídicamente controvertidos. En lo relativo al vocablo “cobranza”, significa que el mandatario estará facultado para exigir el cumplimiento de los créditos que el mandante tenga en su favor, así como la responsabilidad derivada de su incumplimiento.⁴²

En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna (Art. 2554 del CCDF). Por lo que en un poder general para pleitos y cobranzas se entiende que se concede todas y cada una de las facultades a que se refiere el artículo 2587 del CCDF para; desistirse, transigir, comprometer en árbitros, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes, recusar, y para recibir pagos.

Existen dos doctrinas principales en relación a si las especies de mandatos generales están escalonadas entre sí. La primera afirma que entre los mandatos generales existe una especie de jerarquía, por lo que es aplicable el principio de “quien puede lo más puede lo menos”. De ésta manera, el mandatario general para actos de dominio podrá realizar también actos de administración y actos de pleitos y cobranzas; a su vez, el mandatario general

⁴² Cfr., *Ibidem*, p. 241.

para actos de administración podrá realizar también actos de pleitos y cobranzas. La segunda doctrina sostiene que entre los referidos mandatos generales no existe relación jerárquica; consecuentemente, el otorgamiento de cada una de las facultades siempre resultará de la manifestación expresa de voluntad del mandante.⁴³

- Mandato general para actos de administración:

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas (Art. 2554 segundo párrafo del CCDF).

“La norma indicada dispone que el apoderado general para actos de administración tiene “toda clase de facultades administrativas”, sin que exista mayor regulación respecto a lo que comprende el término “administrar”. Por esta razón la doctrina ha desarrollado algunas teorías que pretenden delimitar con cierta precisión las fronteras del acto de administración.”⁴⁴

Zamora y Valencia explica los tres enfoques principales para poder entender concepto de acto de administración, estos son, la teoría de los tipos de patrimonio, teoría de las universalidades de hecho y el criterio de exclusión.⁴⁵

Precisión según la teoría de los tipos de patrimonio:

La teoría de los tipos de patrimonios es utilizada en la práctica para precisar el campo de acción del mandatario general para actos de administración, conocer el tipo de patrimonio sobre el que actuará el mandatario puede servir para determinar el alcance de los actos de administración, los tipos de patrimonio son el de derecho común, de explotación y de liquidación:

⁴³ Cfr., *Ibidem*, p. 240.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁵ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *ob. cit.*, p. 278 a 280.

-El patrimonio de derecho común se integra por derechos cuya finalidad es permanecer en la esfera jurídica de su titular. De ésta manera el acto de administración sobre éste tipo de patrimonio sólo comprende operaciones de conservación, actos que aumenten el valor de los bienes que lo constituyen y los que tengan por objeto explotar dichos bienes sin menoscabo de su estancia y sin que salgan del patrimonio del dueño.

-El patrimonio de explotación se integra por derechos destinados a la circulación comercial, por lo que el acto de administración en éste caso abarcará la posibilidad de enajenar dichos derechos a cambio de un precio adecuado por ellos.

-Por último, el patrimonio de liquidación es aquel que está llamado a extinguirse, por lo que la finalidad de los derechos que lo constituyen es la de finiquitar las relaciones jurídicas de su titular. El acto de administración en este caso comprende todas las operaciones tendientes a la liquidación del patrimonio, como lo son el pago de deudas y el cobro de derechos, pudiendo ejecutarse las enajenaciones que sean necesarias a dicho fin.

Precisión según la teoría de las universalidades de hecho:

Según ésta teoría, el acto de administración que se ejecuta respecto de ellas siempre debe estar orientado a la conservación económica de la unidad. Por lo tanto, serán actos de disposición y no de administración los que tenga por objeto el desprendimiento de los bienes con la intención de extinguir total o parcialmente la universalidad.

Precisión según el criterio de exclusión:

Según el criterio de exclusión, serán actos de administración los que no sean de pleitos y cobranzas y de dominio. Para la correcta aplicación de éste criterio debe determinarse antes el contenido de los mandatos generales para pleitos y cobranza y para actos de dominio.

De todo lo anterior se desprende que, debido a la imposibilidad de realizar una categorización abstracta de los actos de administración, utilizando el uso conjunto de los tres criterios expuestos, puede servir para determinar en cada caso concreto el alcance de los actos de administración del mandatario.

- Mandato general para actos dominio:

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos (Art. 2554 tercer párrafo del CCDF).

El mandato general para actos de dominio faculta al mandatario para que pueda realizar todos los actos que puede ejecutar el propietario, es decir, todo tipo de enajenaciones e imponer todo tipo de gravámenes como si fuera dueño.

b) Mandatos especiales y generales limitados

Cuando se quisieren limitar a los mandatos generales antes mencionados, en las facultades de los apoderados se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales (Art. 2554 cuarto párrafo del CCDF). Las limitaciones a que puede sujetarse un mandato general son: Limitación en cuanto a tiempo; objeto; persona; lugar y; en cuanto al desempeño conjunto.⁴⁶

El mandato especial es aquél que no se ubica en alguno de los supuestos previstos en los tres primeros párrafos del artículo 2554 del CCDF que refieren a los mandatos generales. El mandatario en estos casos sólo podrá obrar por cuenta del mandante en aquello que expresamente hubiere sido indicado y en lo que fuere necesario para alcanzar los fines del encargo. Los únicos mandatos que pueden limitarse son los generales; los mandatos

⁴⁶ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 245.

generales limitados son distintos a los poderes especiales, ya que en los primeros, fuera de las restricciones impuestas el mandatario podrá realizar todos los actos respecto del mandato conferido y en los especiales sólo podrá realizar aquello que expresamente fue encomendado así como los hechos y actos indispensables a tal objetivo; toda limitación a un mandato general debe ser expresa.⁴⁷

C) *Mandato revocable e irrevocable*

La revocación la entendemos como un acto jurídico unilateral que tiene por objeto privar total o parcialmente de efectos a un acto jurídico anterior y válido.⁴⁸

El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, sólo cuando se otorga en beneficio e interés del mandatario y no del mandante, se puede pactar y otorgarse en forma de irrevocable, cuando: 1. se confiere como una condición puesta en un contrato bilateral; y, 2. cuando es un medio para cumplir con una obligación contraída. En éstos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, deberá pagar los daños y perjuicios que se causen (Art. 2596 del CCDF).

Para terminar con la irrevocabilidad de mandato, hace falta mencionar que el mandato irrevocable puede terminar por mutuo consentimiento de las partes.⁴⁹

D) *Mandato judicial*

El mandato judicial es aquel por el cual una persona llamada mandataria, se obliga a ejecutar actos jurídicos procesales en nombre y por cuenta del

⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 245 y 246.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 272.

mandante. Consiste en la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales y unido a un poder, otorgado a un licenciado en derecho con cédula profesional o abogado. Tiene por objeto la defensa en juicio de los intereses del mandante, así como el ejercicio de las acciones que le competen.⁵⁰

En ese mismo sentido los artículos 112 y 1069 del CPCDF y CC respectivamente, en una redacción similar establecen que tanto a un abogado con Cedula Profesional como a un estudiante de derecho con Carta de Pasante, bastará que se les autorice en juicio para oír notificaciones en su nombre, para quedar facultadas para interponer los recursos que procedan, ofrecer o intervenir en el desahogo de pruebas, intervenir en la diligenciación de exhortos, alegar en las audiencias, pedir se dicte sentencia para evitar la consumación del término de caducidad por inactividad procesal y realizar cualquier acto que resulte ser necesario para la defensa de los derechos del autorizante, pero no podrán substituir o delegar dichas facultades en un tercero. Siendo responsables de los daños y perjuicios que causen ante el que los autorice, de acuerdo a las disposiciones aplicables del Código Civil para el mandato y las demás conexas, salvo prueba en contrario. Los autorizados podrán renunciar a dicha calidad mediante escrito presentado al tribunal, haciendo saber las causas de la renuncia.⁵¹

De lo preceptuado por el artículo 112 del CPCDF, se desprende que:⁵²

- Es suficiente la autorización indicada para oír notificaciones, para quedar autorizado a accionar en los términos señalados sin necesidad de mención expresa al efecto.
- El facultamiento opera como un poder general para pleitos y cobranzas debido a la mención de que el autorizado podrá “realizar cualquier acto

⁵⁰ Cfr., Pérez Fernández del castillo, Bernardo, ob. cit., p. 252.

⁵¹ Cfr., Ibidem, pp. 252 a 256.

⁵² Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 583.

que resulte ser necesario para la defensa de los derechos del autorizante”, pero con circunscripción sólo al juicio correspondiente.

-Una autorización con los alcances dichos únicamente podrá ser para profesionales en Derecho; el poder general para pleitos y cobranzas puede ser conferido a cualquier persona.

Domínguez Martínez, respecto del mandato judicial considera que:

“la justificación de la previsión y regulación por separado del poder general para pleitos y cobranzas por una parte y del mandato judicial por la otra, esté precisamente en los distintos efectos producidos por aquél y por éste, es decir, referente al poder general para pleitos y cobranzas, como poder que es, simplemente es el facultamiento de llevar a cabo actos jurídicos; es un apoderamiento y si se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran poder o cláusula especial conforme a la ley, se entiende conferido sin limitación alguna, de tal manera que el apoderado en estos términos puede llevar a cabo todos los actos y no en juicio sino en cuanto juicio fuere conducente, señalados en el artículo 2587 del propio código, sin necesidad de mención expresa; el mandatario judicial en cambio, sólo podrá llevarlos a cabo en el juicio correspondiente y eso siempre y cuando se le hubiera facultado expresamente. Sólo así se explica la razón de la concurrencia de ambas figuras.”⁵³

E) *Mandato civil y mercantil*

El mandato es civil por exclusión, es decir, cuando no tenga el carácter de mercantil se regirá por el Código Civil, el mandato tiene el carácter de mercantil cuando se confiere para actos de comercio y toma el nombre de comisión mercantil (Arts. 273 y 308 del CC).

F) *Gestión de negocios ratificada o mandato retroactivo*

La gestión de negocios la define el Código Civil como: “El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio” (Art. 1896 del CCDF).

Los actos realizados por el gestor pueden o no obligar al dueño del asunto, según lo haya beneficiado o no, se actúe de buena o mala fe; o aun en contra de la voluntad expresa del dueño, pero si el dueño del negocio ratifica la

⁵³ Ibidem, p. 580 a 582.

gestión, lo obliga como si hubiese celebrado un contrato de mandato (Art. 1802 del CCDF).

La ratificación pura y simple del dueño del negocio produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principie (Art. 1906 del CCDF).

“La ley es omisa en cuanto a las formalidades de la ratificación. Por tratarse de una convalidación se deben llevar a cabo con las mismas formalidades exigidas por la ley para el mandato.”⁵⁴

1.7. *Elementos del mandato*

A) *Elementos esenciales*

a) Consentimiento

“El consentimiento en este contrato se presenta cuando una parte encomienda la ejecución de actos jurídicos y la otra está conforme con ejecutar dichos actos.”⁵⁵

El contrato de mandato se reputa de perfecto por la aceptación del mandatario, su aceptación puede ser expresa o tacita, entendida esta última como todo acto en ejecución del mandato, así mismo, el mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes (Art. 2547 del CCDF).

La aceptación expresa es cuando en algún documento se exterioriza la voluntad del mandatario de aceptar el mandato, ya sea en la celebración del contrato o diferida a otro tiempo. La aceptación tacita puede ser: a) El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión por el

⁵⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 259.

⁵⁵ Treviño García, Ricardo, ob. cit., p. 333.

sólo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes; y b) Cuando el mandatario realiza actos en ejercicio del mandato.⁵⁶

“Ahora bien, en esa estructuración de consentimiento no hay tratamiento igual para una voluntad y para la otra; la del mandante debe constar expresamente en todo caso pues de las disposiciones aplicables se desprende que si bien el mandato “puede ser escrito o verbal” (artículo 2550), y el “verbal es otorgado de palabra entre presentes hayan o no intervenido testigos” (artículo 2552 primer párrafo), lo cual ya reconoce una necesidad legal de ser expreso así sea de palabra, resulta que como lo señala la propia ley (segundo párrafo del artículo 2552), “cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se dio”.⁵⁷

b) Objeto

El mandato da nacimiento a obligaciones de hacer, que son la realización de uno o varios actos jurídicos, el artículo 2548 del CCDF establece: “puede ser objeto del mandato todos los actos jurídicos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.” Se requiere por lo tanto: a) La realización de actos jurídicos, ya que el contenido de la conducta debe ser la consumación de uno o varios actos jurídicos, quedando excluida la realización de hechos materiales; b) La licitud de los actos, es ilícito el acto que va en contra de las leyes de orden público o las buenas costumbres (Art. 1830 del CCDF); y, c) Posibilidad jurídica, Por así disponerlo la ley, existe imposibilidad jurídica en tratándose de actos jurídicos que se deben realizar en forma personal.⁵⁸

“Debe quedar suficientemente claro que el mandato sólo puede tener por objeto actos jurídicos. Si el encargo versa sobre la realización de hechos jurídicos o materiales el contrato no será mandato. Sin embargo, consideramos que únicamente con el objeto de ejecutar los actos encomendados, el mandatario podrá realizar también por cuenta del mandante los hechos materiales y jurídicos que sean necesarios a dicho fin.”⁵⁹

⁵⁶ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 21.

⁵⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 594.

⁵⁸ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 20 y 21.

⁵⁹ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 249.

B) *Elementos de validez*

a) Capacidad del mandante

El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado (Art. 1800 del CCDF).

Para que el mandante pueda celebrar un contrato de mandato requiere de capacidad general, es decir, gozar de mayoría de edad, y no debe de estar en el supuesto de aquellos mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, ni de aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicas o los estupefacientes⁶⁰

No obstante, pueden celebrarlo los menores de edad y los incapaces por conducto de sus representantes legales. Ello sucede cuando los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, celebrar un contrato de mandato con una persona para la realización de determinados actos jurídicos por cuenta de los menores. Por otro lado, además se requiere que el poderdante tenga capacidad para ser titular de los derechos y obligaciones que le origine el ejercicio de las facultades conferidas al mandatario. Por eso, sólo una persona de nacionalidad mexicana puede celebrar el contrato de mandato para que otra adquiera a su nombre un inmueble en zona prohibida. También es necesario para que el mandante tenga la capacidad especial respecto a los bienes en relación a los cuales se refieran los actos jurídicos que realice el mandatario, si se va a disponer de ellos. Así, se requerirá que el mandante sea propietario del bien si encarga a otro su venta, o que pueda disponer del uso o uso y goce si encarga darlo en arrendamiento.⁶¹

⁶⁰ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 21.

⁶¹ Cfr., Zamora y Valencia, Miguel Ángel, ob. cit., p. 258.

“el mandante no solo debe tener la capacidad general para contratar, sino además la requerida para realizar los actos jurídicos objeto del contrato de mandato que hubiere encomendado realizar.”⁶²

Hay que distinguir la legitimación necesaria para celebrar el mandato y la que es indispensable para adquirir los efectos generados por la ejecución de los actos jurídicos que sean materia del mismo. Para celebrar el mandato en carácter de mandante no es necesario satisfacer requisito de legitimación alguno, por lo tanto el contratante no requiere, al momento de celebrar el mandato, estar legitimado para celebrar el acto jurídico encomendado. Ello no exime al mandante de contar con la legitimación adecuada al momento de adquirir los efectos derivados de la ejecución de los actos materia del contrato, lo cual dependerá si el mandato es o no representativo. Si el mandato fue representativo, el mandante necesitará estar legitimado para adquirir los derechos y obligaciones que resulten de la ejecución del encargo al momento en que dicha ejecución se verifique, ya que los efectos jurídicos ingresaran a su patrimonio de manera directa e inmediata. Si el mandato no fue representativo, el mandante requerirá estar legitimado para adquirir los derechos y obligaciones generados por el acto encomendado al momento en que el mandatario cumpla con la rendición de cuentas, ya que es hasta entonces – conforme a la regulación actual del mandato sin representación- cuando los efectos indicados ingresaran a su patrimonio.⁶³

b) Capacidad del mandatario

La capacidad que requiere el mandatario dependerá si el mandato es con representación o sin representación, en el primer caso sólo requerirá de una capacidad general de ejercicio, ya que todas las consecuencias de los actos que realice se le imputarán directamente al mandante; mientras que en el segundó caso el mandatario requerirá, además de capacidad de ejercicio para poder actuar, de la capacidad de goce necesaria para poder ser titular de los

⁶² Treviño García, Ricardo, ob. cit., p. 334.

⁶³ Cfr. Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 250.

derechos y obligaciones que se originen de los actos que realice en su propio nombre.⁶⁴

c) Forma

La regla general es que el mandato puede celebrarse verbalmente o por escrito (Art. 2550 del CCDF).

El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos, el cual debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio, sólo puede ser verbal cuando el interés del negocio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse (Arts. 2552 y 2556 segundo párrafo del CCDF).

“Consideramos que la definición expuesta resulta innecesaria, ya que sólo determina lo que evoca la idea “verbal”. En la práctica el mandato verbal es inoperante, ya que no provee seguridad a los terceros con quienes contrata el mandatario. Además, la necesidad de ratificar el mandato por escrito antes de concluir el negocio para el que se celebró no tiene razón de ser, debido a que si el mandato y los actos encomendados han sido celebrados, la ratificación no surte ya efecto alguno.”⁶⁵

El mandato escrito puede otorgarse: en escritura pública; en escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Juez de Paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos; y en carta poder sin ratificación de firmas (Art. 2551 del CCDF).

El mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes cuando: sea general; cuando el interés del negocio para el que se

⁶⁴ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, ob. cit., p. 259.

⁶⁵ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 251.

confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse; o, cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público (Art. 2555 del CCDF).

“Debe destacarse que basta con que el acto jurídico materia del encargo deba consignarse en instrumento público para que el mandato haya de constar en la forma prevista por el artículo 2555, aún cuando conforme al valor económico de dicho acto pudiera el mandato celebrarse verbalmente o en escrito privado sin ratificación de firmas.”⁶⁶

El mandato podrá otorgarse en de escrito privado firmado ante dos testigos sin que sea necesaria la ratificación de firmas, cuando el interés del negocio para el que se confiere no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse (Art. 2556 del CCDF).

El mandato debe ser otorgado en carta poder firmada sin la presencia de testigos y sin ratificación de firmas, cuando: el asunto encomendado no tenga un monto; cuando no deba hacerse constar en un instrumento público; y cuando no sea general.⁶⁷

Cuando el mandato que carece de forma en los supuestos antes mencionados, trae como consecuencia que se anule el mandato, dejando subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiese obrado en negocio propio, asimismo, podrá el mandante exigir del mandatario la devolución de las sumas que le hubiere entregado y respecto de las cuales será considerado el último como simple depositario (Arts. 2557 y 2559 del CCDF).

Si el mandante, el mandatario y el tercero con el que se contrata, proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato (Art. 2558 del CCDF).

⁶⁶ Ibidem, p. 252.

⁶⁷ Ibidem, p. 253.

d) Ausencia de vicios en el consentimiento

En el mandato como en todo contrato no debe existir: Dolo, mala fe, violencia, ni lesión.⁶⁸

“Para el caso, hemos de estar en todo a las reglas de la teoría general, sin más salvedad de la identidad y las cualidades del mandatario, pues éstas son de una importancia especial para tomárseles en cuenta por el mandante al decidir si hace o no el encargo, pues el mandato es un acto de confianza y por ello es intuitu personae; en esas condiciones, si el mandante tuviere un concepto que no resultare verdadero respecto de dichas características del mandato, el contrato de mandato relativo se hubiere celebrado por error.”⁶⁹

1.8. Obligaciones de las partes

A) Obligaciones del mandatario

Las obligaciones que le corresponde cumplir al mandatario producto de haber celebrado el contrato de mandato, son las de: ejecutar el acto encomendado de manera personal; conforme a las instrucciones recibidas, y con el deber de informar al mandante; y, rendir cuentas de la administración, entregando los bienes que haya recibido por virtud del mandato y en su caso pagar intereses al mandante.

a) Ejecutar el acto encomendado

“Esta es la obligación principal; de ella depende la dinámica del mandato, pues precisamente representa la conducta que justifica la existencia y participación activa de la figura en el universo jurídico.”⁷⁰

Acto que deberá ejecutar de manera:

- Personal:

⁶⁸ Cfr., Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 22.

⁶⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 596.

⁷⁰ Ibídem, p. 597.

El mandatario debe cumplir ésta obligación de manera personal, sin embargo, no existe fundamento alguno que imponga la necesidad de ejecutar personalmente los actos encomendados, sin embargo, de la interpretación a contrario sensu del artículo 2574 del CCDF, el mandatario deberá desempeñar personalmente el mandato cuando carezca de facultades para encomendarlo a un tercero.⁷¹

Por lo tanto, el mandatario debe ejecutar personalmente los actos jurídicos que se le han encomendado, con excepción de que se encuentre facultado para delegar o sustituir el poder. Dicha delegación consiste en un nuevo mandato que el mandatario otorga a otra persona, lo que da origen a dos tipos de relaciones. Una en la que el mandatario funge como mandante y otra como mandatario respecto del primer mandato. Para que el mandatario pueda delegar su mandato a un tercero, es necesario que tenga facultades expresas (Art. 2574 del CCDF).

No es lo mismo delegación que sustitución, ya que la segunda es una verdadera cesión del mandato, que consiste en que una persona ocupe el lugar del mandatario, con los mismos derechos y obligaciones que éste. Por lo tanto el mandatario sale de la relación jurídica y su lugar lo ocupa el sustituto. Si dicha sustitución se encuentra prevista en el mandato y se designó la persona que habrá de sustituir al mandatario, éste último no puede nombrar a otro, pero si no se designó persona, el mandatario podrá nombrar al que quiera, para lo cual únicamente será responsable cuando la persona elegida fuera de mala fe o se hallare en notoria insolvencia.⁷²

Un tema que ha propiciado discusión en la doctrina es si el mandatario que se encuentra facultado para otorgar poderes a nombre del mandante, puede a su vez otorgar la facultad de otorgar poderes. Para lo cual hay que atender a los criterios que la Suprema Corte ha emitido al respecto, la cual se

⁷¹ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, patricio. ob. cit. p. 254.

⁷² Cfr., Treviño García, Ricardo, ob. cit., p.336.

pronunció en el sentido de que el mandatario sólo podrá otorgar la facultad de otorgar poderes si así se dispuso expresamente al celebrarse el mandato.⁷³

“Finalmente, es importante resolver si el mandatario puede encomendar a un tercero la ejecución de ciertos hechos materiales por cuenta del mandante. En nuestra opinión el mandatario sí tiene la facultad indicada, pero se encuentra limitada a que dichos hechos sean indispensables para cumplir el mandato.”⁷⁴

- Conforme a las instrucciones recibidas:

El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo (Art. 2562 del CCDF).

En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, el mandatario deberá consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, pero, si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su árbitro, hará lo que la prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio, no obstante de que el mandatario que se exceda en sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquél traspasaba los límites del mandato (Arts. 2563 y 2568 del CCDF).

“En la ejecución del mandato por el mandatario, debe dejarse a éste alguna iniciativa, ya que en caso de ser nula esa iniciativa desaparecería el mandato propiamente dicho, tal como acontece con una persona que es sólo un mero instrumento pasivo a la disposición de otra. Es lo que ocurre con el mensajero, con los empleados, que precisamente por esa falta de absoluta de iniciativa en el cargo que se les confía, podría ser sustituidos por máquinas de distribución automática (planiol).”⁷⁵

En las operaciones que realice el mandatario, con violación o con exceso del cargo recibido, además de indemnización a favor del mandante, los daños y

⁷³ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p.255.

⁷⁴ Ibidem, p.256.

⁷⁵ Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p.307.

perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario (Art. 2565 del CCDF).

El mandatario podrá suspender el cumplimiento del mandato, si de un accidente imprevisto hiciere, a juicio del mandatario, perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, debiendo comunicar al mandante por el medio más rápido posible (Art. 2564 del CCDF).

El mandatario no puede compensar los perjuicios que cause con los provechos que por otro motivo haya procurado al mandante (Art. 2567 del CCDF).

- Informar al mandante:

El deber de informar al mandante consiste en dar oportunamente noticia al mandante de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo, ésta obligación se encuentra prevista en el artículo 2566 del CCDF y que sirve para proteger al mandante, pues no es de dudarse que puedan existir causas supervivientes, que en un momento dado lo hagan revocar el encargo o modificarlo para evitarse perjuicios.⁷⁶

b) Rendir cuentas

El mandatario está obligado a dar al mandante cuentas exactas de su administración, conforme al convenio, si lo hubiere; no habiéndolo, cuando el mandante lo pida, y en todo caso al fin del contrato (Art. 2569 del CCDF).

De no existir dicha obligación, todo quedaría condicionado a la probidad del mandatario y de faltar ésta pudieran darse casos hasta de un enriquecimiento fraudulento del encomendero.⁷⁷

⁷⁶ Cfr., Treviño García, Ricardo, ob. cit., p.335.

⁷⁷ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 599.

La rendición de cuentas comprende:

- Entregar los bienes que haya recibido en virtud del mandato:

Cuando el mandato termina, el mandatario tiene obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder, aun cuando lo que el mandatario recibió no se le debiere al mandante (Arts. 2570 y 2571 del CCDF). En ese mismo contexto el mandatario goza del derecho de retención, que consistente en no entregar las cosas que son objeto del mandato mientras el mandante no cumpla con las obligaciones impuestas por los artículos 2577 y 2578 del CCDF, éste derecho sólo se concede en determinados contratos y se encuentra establecido a favor del mandatario (Art. 2579 del CCDF).

“Hay que destacar que cuando el mandatario hubiere desempeñado el encargo obrando a nombre propio, la rendición de cuentas comprenderá también la traslación de los derechos adquiridos en cumplimiento del mandato, según la regulación actual del mandato sin representación.”⁷⁸

- Pagar intereses al mandante:

Por último el mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que hubiere distraído de su ejercicio invirtiéndolas en provecho propio, desde la fecha de la inversión, o que debiéndolas entregar no lo hubiere hecho, desde que constituyo en mora (Art. 2572 del CCDF).

B) *Obligaciones del mandante*

a) Retribuir al mandatario

El mandante debe pagar la retribución convenida o en su defecto, aquella que sea la acostumbrada conforme a los usos del lugar, aplicándose por analogía los artículos 1796 y 2517 del CCDF, y a falta de éstos conforme a juicios de peritos. Retribución que deberá pagarse, aun sin haberse pactado

⁷⁸ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 259 y 260.

nada acerca de ella, dado que en el mandato es por naturaleza oneroso, o sea que para ser gratuito debe haber pacto expreso (Art. 2549 del CCDF). La retribución debe pagarse aunque no haya obtenido éxito el mandante en el negocio, dado que el mandatario no es socio de aquél en el éxito o fracaso de dicho negocio y, la obligación asumida por el mandatario de ejecutar el mandato es una obligación de medio o de actividad y no una obligación de resultado. Por lo cual, aunque el mandatario hubiera incurrido en culpa en el desempeño del mandato, lo que procedería, sería exigirle el pago de los daños y perjuicios por su conducta, sin perder su derecho al cobro de ésta.⁷⁹

“El Código Civil no determina la consecuencia que sigue a que el acto encomendado no llegue a celebrarse por causas ajenas a las partes; no determina si el mandatario tiene o no provecho a la retribución. Ante esta laguna legal pueden adoptarse dos soluciones: la primera, que el mandante estará obligado a cumplir con lo pactado en el contrato de mandato, por lo que habrá de remunerar al mandatario en los términos acordados; segunda, que por razones de equidad la remuneración del mandatario habrá de disminuirse para estar en proporción a lo que verdaderamente hubiere realizado para cumplimentar el encargo. Consideramos que la segunda solución es la correcta.”⁸⁰

b) Dejar indemne al mandatario

La obligación de dejar indemne al mandatario consiste en:

- Anticipar al mandatario las cantidades necesarias para el cumplimiento del mandato:

Según el artículo 2577 del CCDF, el mandante únicamente tendrá obligación de proveer al mandatario las sumas necesarias para la ejecución del encargo cuando éste lo solicite. La regla general debería ser que el mandante estuviere sujeto a entregar anticipadamente las cantidades referidas, de manera que sólo por convenio expreso entre las partes pudiera eximirse de dicha obligación.⁸¹

⁷⁹ Cfr., Sánchez Medel, Ramón, ob. cit., p. 310.

⁸⁰ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 261.

⁸¹ Cfr., Ibidem, p. 261.

- Reembolsar al mandatario las cantidades que hubiere erogado en cumplimiento del mandato:

En cuanto a la obligación de reembolso de gastos, es importante advertir que el mandatario no está obligado a erogar tales gastos, y en caso de no querer anticiparlos, sólo debe avisarlo oportunamente al mandante para que éste le haga provisión de ellos (Art. 2577 del CCDF). El mandante y el mandatario no son socios en el negocio encomendado, por lo tanto, el reembolso ha de hacerse haya o no habido éxito en el negocio, reembolso que debe deberá efectuarse con los intereses legales correspondientes a partir de la fecha en que fueron anticipados por el mandatario, que deberá abonarse al mandatario al momento de rendirse las cuentas por él (Arts. 2395 Y 2577 del CCDF). Si el negocio fracasó por culpa o negligencia del mandatario, ello no le priva del derecho de exigir el reembolso de tales gastos, pero no exime de responsabilidad al mandatario para pagar los correspondientes daños y perjuicios que su conducta indebida le haya causado, monto que podrá ser superior o inferior al importe de tales gastos, se aplica en éste caso el artículo 2609, por analogía.⁸²

- Indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios sufridos e la ejecución del mandato:

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 (Art. 2578 del CCDF).

“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 comandantes, si son varios (2580), y b) derecho de retención sobre las cosas recibidas con motivo del mandato (2579).”⁸³

⁸² Cfr., Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p. 310 y 311.

⁸³ Cfr., Ibidem, p. 311.

- Suplir con las obligaciones contraídas:

El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato (Art. 2581 del CCDF).

Suele mencionarse una tercera obligación a cargo del mandante, la de suplir con las obligaciones contraídas a nombre de él, lo cual sucede en el mandato representativo u ostensible y no en el mandato representativo no por testa ferro, y si el mandatario ratifico expresa o tácitamente la actuación del mandatario, también las obligaciones asumidas por el mandatario mas allá de ese límite. Ésta pretendida tercera obligación, no derivan del mandato mismo, sino que son obligaciones dimanadas de acto jurídico realizado por el mandatario y cuyo acto jurídico fue objeto del mandato.⁸⁴

1.9. *Causas de terminación del mandato*

El contrato de mandato puede terminar por las causas generales que son comunes a todos los contratos o bien por determinadas causas especiales propias del mandato.⁸⁵

A) *Agotamiento natural*

El mandato termina principalmente por el agotamiento natural del contrato, el cual se da cuando las partes han cumplido todas sus obligaciones.⁸⁶

B) *Vencimiento del plazo*

Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido (Art. 2595 frac. V del CCDF).

⁸⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 312.

⁸⁵ Cfr., *Idem*.

⁸⁶ Cfr., *Idem*.

C) *Por rescisión del contrato*

Ésta forma de terminación se da a causa del incumplimiento de alguna una de las partes, pero sólo cuando el mandato tiene el carácter de oneroso-bilateral, y que además éste se haya pactado como irrevocable e irrenunciable, ya que de no ser así, podría terminar por estas dos últimas.⁸⁷

D) *Por nulidad del contrato*

La omisión de los requisitos de forma establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal anula el mandato, y sólo deja subsistente las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiere obrado en negocio propio (Art. 2557 del CCDF).

“Por nulidad del contrato, siendo de advertir que en la nulidad por falta de la formalidad exigida por la ley (2557), no tiene una de las partes la acción “*pro forma*” para exigir a la otra la formalidad legal omitida, dado que en este contrato hay una excepción a la regla general en contrario (1833 y 2232), o mejor dicho, por tratarse de un acto revocable (por revocación o por renuncia del mandato), no existe esta acción “*pro forma*” (2232). Sin embargo, tiene en ese caso el tercero de buena fe el derecho a exigir en contra del mandatario en lo personal el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del mandato (2557), e inclusive en contra del propio mandante, el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la ejecución del mandato informal, cuando por culpa o mala fe del mismo se haya originado un mandato aparente (2597 y 2598, por analogía).”⁸⁸

E) *Revocación*

“El mandato puede terminar por regla general por revocación del mandante (2595-I), revocación que es “*ad nutum*”, porque puede hacerla el mismo mandante “cuando y como le parezca” (2596, in principio).”⁸⁹

No obstante:

“la revocación no implica la liberación de las obligaciones del mandante, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (1797).”⁹⁰

⁸⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 313.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

“Puede ser revocación expresa o revocación tácita, teniendo lugar esta última cuando el mandante realiza por sí mismo el acto jurídico que encomendó al mandatario (Planiol), o cuando designa para el mismo negocio un nuevo mandatario y así lo comunica al primer mandatario (2599).”⁹¹

Para evitar un mandato aparente, el mandante, tanto en revocación expresa o tácita, debe recoger al mandatario tanto los documentos relativos al negocio o negocios que tuvo a su cargo el mandatario, como los documentos justificativos del mismo mandato, ya que de lo contrario obligaría al mandante para con los terceros de buena fe que tuvieran posteriores relaciones jurídicas con el mandatario con motivo del mismo mandato (Art. 2598 del CCDF).

Cuando el mandato es en beneficio e interés del mandatario y no del mandante, se puede pactar y otorgarse en forma de irrevocable, cuando: 1. se confiere como una condición puesta en un contrato bilateral; y, 2. cuando es un medio para cumplir con una obligación contraída. En éstos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, deberá pagar los daños y perjuicios que se causen (Art. 2596 del CCDF).

F) *Renuncia*

“La renuncia es un acto jurídico unilateral que otorga el titular de un derecho con el objeto de extinguirlo.”⁹²

En efecto una de las formas establecidas en la legislación para terminar con el mandato es por la renuncia del mandatario a sus facultades para realizar los actos encargados, como en el caso anterior su renuncia no implica la liberación de sus obligaciones (Art. 2595 II del CCDF).⁹³

⁹⁰ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, ob. cit., p. 261.

⁹¹ Cfr. Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p. 313.

⁹² Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 272.

⁹³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, ob. cit., p. 261.

“la renuncia no termina con el mandato, sino que únicamente extingue el derecho que tiene el mandatario para intervenir en la esfera jurídica del mandante, subsistiendo las relaciones internas entre ambos contratantes.”⁹⁴

“Ciertamente el mandate encargó y el mandatario se obligó a efectuar el encargo, lo que explicaría una mayor libertad en el primero para revocar que en el segundo para renunciar; sin embargo, resulta inoperante y hasta imposible suponer como consecuencia del contrato de mandato una ejecución forzada del mandatario, si su voluntad es no realizar los actos que se obligó a hacerlo; no está al alcance del sistema legal compelirlo físicamente; entonces, ello se traduce en que en última instancia, el mandatario puede renunciar el mandato cuando y como le parezca.”⁹⁵

El mandatario que renuncie tiene la obligación de seguir con el encargo si de lo contrario se produce algún perjuicio al mandatario (Art. 2603 del CCDF), e igual que en la revocación, tampoco se puede renunciar al mandato cuando es pactado en beneficio e interés del mandatario y no del mandante, otorgado de manera irrevocable. El mandatario que renuncie en tiempo inoportuno, deberá pagar los daños y perjuicios que se causen (Art. 2596 del CCDF).

“No consideramos acertado lo previsto en la norma relacionada, ya que si el mandato irrevocable se encuentra establecido en provecho del mandatario, no debería prohibirle a dicho contratante la renuncia.”⁹⁶

G) *Muerte del mandante o del mandatario*

El mandato termina por la muerte del mandante o la del mandatario (Art. 2595 frac. III del CCDF).

“Dadas las características del mandato, de estar motivada su celebración y su subsistencia y permanencia especialmente en la confianza del mandante al mandatario por la cualidades personales de éste, prometedoras de un resultado positivo en la realización de los actos correspondientes al encargo, resulta razonable pensar que la muerte del mandante por una parte y la del mandatario por la otra traigan consigo la terminación del mandato.”⁹⁷

⁹⁴ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 272.

⁹⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 618.

⁹⁶ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 272.

⁹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 619 y 620.

Sin embargo hay que señalar que “el mandato no termina por el fallecimiento de alguna de las partes sino que sólo extingue la facultad del mandatario de obrar por cuenta ajena.”⁹⁸

Aunque el mandato termina con la muerte del mandante, debe el mandatario ejecutar después aquellos actos de administración o de conservación que sean necesarios para evitar perjuicios a los herederos del mandante, entre tanto ellos provean por si mismos a los negocios (Art. 2600 del CCDF), para lo cual el mandatario tiene derecho a pedir al juez que señale un término corto a dichos herederos para que se presenten a hacerse cargo de los negocios encomendados al propio mandatario (Art. 2601 del CCDF).

H) *Interdicción del mandante o la del mandatario*

Dicha causa de terminación se encuentra prevista en la fracción IV del artículo 2595 del CCDF que establece que el mandato termina por la interdicción del mandante o la del mandatario.

Las razones de fondo para la terminación del mandato por interdicción de alguna de las partes, es igual a las correspondientes a la muerte de una u otra.⁹⁹

No se trata de una declaración médica de incapacidad la que origina la terminación del mandato, ya que en términos jurídicos es necesaria la existencia de interdicción, la cual supone la declaración judicial de incapacidad.

“Es interesante también tener en cuenta que si eventualmente mandante o mandatario recobran su capacidad plena, dado lo establecido por la ley, al traer la interdicción declarada consigo la terminación del mandato y no su mera suspensión, no es el caso de suponer la resurrección de los efectos de dicho contrato original, sino más bien, que en ese supuesto, ambas partes deberán celebrar un nuevo contrato de mandato.”¹⁰⁰

⁹⁸ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 273.

⁹⁹ Cfr., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 621.

¹⁰⁰ Idem.

El mandato no termina con la declaración de interdicción, sino mas bien el efecto de dicha declaración es extinguir la facultad del mandatario de actuar por cuenta del mandante.¹⁰¹

“La interdicción del mandante o la del mandatario ponen fin al mandato, pero por analogía con la situación relativa a la muerte de una de las partes, también en estos casos debe el representante legal del mandatario sujeto a interdicción continuar realizando después aquellos actos administrativos o conservatorios que sean necesarios para evitar perjuicios al mandante, hasta que éste se haga cargo de sus negocios o trascurra el plazo corto que el juez le fije para el efecto a petición del propio representante legal del mandatario interdicto. Cuando la interdicción es del mandante, el mandatario debe continuar realizando los actos administrativos o conservatorios que sean necesarios para evitar perjuicios al mandante sujeto a la interdicción , hasta que haya transcurrido el plazo que el juez haya fijado a instancias del mismo mandatario al representante legal del mandante interdicto para hacerse cargo de los negocios que se trate (Planiol).”¹⁰²

I) Declaración de ausencia de alguna de las partes

El artículo 2595 del CCDF en su fracción VI establece que el mandato termina en los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672, mismos que hacen referencia a la declaración de ausencia de una de las partes.

Los supuestos previstos en los artículos a que remite la disposición mencionada, versan sobre el tiempo que debe transcurrir para solicitar la declaración de ausencia cuando el ausente hubiere dejado apoderado general para la administración de sus bienes. En éste caso la declaración de ausencia podrá pedirse depuse de tres años contados a partir de la desaparición del ausente o de que se tuvieron sus últimas noticias.

J) Revocación judicial en caso de divorcio

La ley prevé una última causa de terminación del mandato, consistente en la revocación que realice el órgano jurisdiccional de los mandatos celebrados entre los cónyuges que someten a su consideración una demanda de divorcio necesario. Consagrada en la fracción VIII artículo 282 del CCDF, la cual

¹⁰¹ Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 274.

¹⁰² Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p. 317.

establece que una vez presentada la demanda y mientras dure un juicio se podrá revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 del mismo Código mediante las medidas provisionales pertinentes.¹⁰³

K) *Otros*

Fuera del Código Civil, pero consagradas en la legislación mercantil, hay otras tres causas especiales de terminación del mandato, nos referimos a la quiebra, disolución y transformación, que por ser pertenecientes a otra materia, nos limitamos sólo a la mención de ellas sin entrar al tema.¹⁰⁴

1.10. *Representación aparente*

Por último, puede suceder que una vez extinguido el mandato éste continúe generando consecuencias jurídicas que se producen cuando el mandatario sigue actuando, es por lo que existe la figura de la representación aparente por terminación del mandato.

“La apariencia jurídica existe cuando la ley, para proteger al tercero de buena fe, le da valor a una situación o actuación jurídica que se contrapone con la realidad, es decir, cuando hay una discordancia entre verdad legal y verdad de hecho. La figura de apariencia jurídica se creó porque una de las finalidades del derecho es proporcionar seguridad jurídica, “un saber a qué atenerse”, que se refleja en la certeza que tiene y debe tener el ciudadano en la estabilidad de las situaciones e instituciones jurídicas.”¹⁰⁵

Cuando se ha dado un mandato para tratar con determinada persona, el mandante debe notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona (Art. 2597 del CCDF).

¹⁰³ Cfr., Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, ob. cit., p. 275.

¹⁰⁴ Sánchez Medal, Ramón, ob. cit., p. 317.

¹⁰⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ob. cit., p. 269.

El mandante puede exigir la devolución del instrumento o escrito en que conste el mandato, y todos los documentos relativos al negocio o negocios que tuvo a su cargo el mandatario, si el mandante descuida exigir los documentos que acrediten los poderes del mandatario, responde de los daños que puedan resultar por esa causa a terceros de buena fe (Art. 2598 del CCDF).

Lo que el mandatario, sabiendo que ha cesado el mandato, hiciere con un tercero que ignora el término de la procuración, no obliga al mandante, fuera del caso previsto en el artículo 2597 (Art. 2604 del CCDF).

En virtud de la apariencia jurídica, cuando un mandato se ha dado para que el mandatario trate con determinada persona, si la revocación no se notifica al destinatario del mandato, los actos realizados por el apoderado se consideran válidos siempre y cuando el destinatario haya actuado de buena fe. Inclusive la ley no exige que la revocación se notifique al mandatario, sino únicamente al destinatario, en el supuesto establecido por el artículo 2598 del CCDF no existe apariencia jurídica por que el poder ha dejado de tener vigencia y el poderdante hizo lo necesario para que el ex apoderado no actuara en su nombre. Esto es así, ya que el poderdante después de revocar el poder y de requerir los documentos que lo acreditaban, no es responsable de la actuación que después ficticiamente haga el apoderado en su nombre. Sin embargo, si el mandante, al notificar al apoderado la revocación del poder, no exige la devolución de “los documentos que acrediten los poderes del mandatario, responde de los daños que puedan resultar por esa causa a terceros de buena fe”, es decir, no convalida la apariencia jurídica, pero sí sanciona la omisión del poderdante; en tanto el artículo 2604 del CCDF expresa que lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe, dicho artículo va encaminado a proteger al mandatario, quien actúa de buena fe al desconocer la terminación del mandato, ya sea porque no se le haya notificado la revocación o bien, no tuvo conocimiento de que el mandante murió, fue declarado ausente o en estado de interdicción. De no existir la

apariencia jurídica el mandatario en lo personal quedaría obligado frente al tercero por haberse extinguido la representación.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 269 a 272.

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

El artículo 4º Constitucional consagra el derecho a la salud, estableciendo en su párrafo cuarto que toda persona tiene derecho su protección.

Además, el artículo comentado, establece que es la Ley la que definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así mismo, determinar la competencia de cada nivel de gobierno en materia de salud, remitiendo a la fracción XVI del artículo 73 Constitucional, que consagra la facultad del Congreso la de dictar leyes de salubridad general de la República.

“El derecho a la salud es uno de los derechos sociales más conocidos y tradicionales. Se trata de un derecho complejo que se despliega en un amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el estado; por ejemplo: el derecho a la salud tiene un carácter prestacional, en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos, pero también debe ser entendido como un derecho de carácter individual que se traduce en el derecho de cada persona a obtener atención medica y tratamiento terapéutico en caso de enfermedad.”¹

También el artículo 2º Constitucional protege el derecho a la salud, estableciendo en la fracción III y VIII apartado B, la obligación de la Federación, los Estados y los Municipios para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil y establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el

¹ Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “comentada”*, México, Porrúa, 2007, p. 50.

extranjero, mediante acciones para mejorar las condiciones de salud de las mujeres.

La Ley General de Salud es la encargada del cumplimiento cabal de lo establecido por el artículo 4º constitucional en materia de salud, es publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, la cual analizaremos posteriormente.

Así como lo advierte García Villegas, de que en el examen de viabilidad de las disposiciones frente a la propia incapacidad, adquieren particular relevancia los artículos 4º y 24º Constitucionales, el primero en el sentido que ya mencionamos y el segundo, que consagra la libertad religiosa, entendida ésta última tal y como lo manifiesta el autor citando a Carbonell, como:

“Por su parte, la libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. La libertad ideológica protege las manifestaciones internas de los ideales que se forjan en el fuero interno de cada persona.”²

La libertad de practicar cultos religiosos, así como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con una obligación que sea contraria a las creencias de las personas, supone con algunas excepciones la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos contrarios a sus creencias, dichas excepciones refieren a: cuando se es menor de edad; en caso de incapacitados que no hayan otorgado disposiciones previas y; cuando se ponga en peligro en bien jurídicamente protegido constitucionalmente de la vida. La objeción de conciencia, es la facultad de eximir de del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley, en el supuesto de que dichos deberes pueden afectar al la libertad de conciencia o a la libertad religiosa del algunos sujetos, no es fundamento suficiente para eximir a alguna persona de cumplir con deber impuesto por la misma Constitución.³

² García Villegas, Eduardo, ob. cit., p. 34.

³ Cfr. Ibidem, p. 34, 35 y 36.

2. Ley General de Salud

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, La Ley General de Salud es la encargada de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 4º constitucional en materia de salud.

En lo tocante a disposiciones anticipadas, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de enero de 2009, decreto por medio del cual se incorpora el título octavo bis, denominado “de los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal”.

Dicho título, tiene por objeto salvaguardar la dignidad de los enfermos en situación terminal, para garantizar una vida de calidad a través de los cuidados y atenciones médicas, necesarios para ello; garantizar una muerte natural en condiciones dignas a los enfermos en situación terminal; establecer y garantizar los derechos del enfermo en situación terminal en relación con su tratamiento; dar a conocer los límites entre el tratamiento curativo y el paliativo; determinar los medios ordinarios y extraordinarios en los tratamientos; y establecer los límites entre la defensa de la vida del enfermo en situación terminal y la obstinación terapéutica (Art. 166 Bis de la LGS).

Entre otros conceptos, que se incorporan al ordenamiento, se establece lo que debe entenderse por enfermedad en estado terminal y cuidados paliativos, entendidos los primeros como, “todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a 6 meses”; y los segundos como, “el cuidado activo y total de aquéllas enfermedades que no responden a tratamiento curativo, el control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales” (Art. 166 Bis 1 de la LGS).

Con respecto a los derechos de los pacientes enfermos en situación terminal, es importante mencionar, que tienen derecho a designar a algún familiar representante legal o a una persona de su confianza, para el caso de

que con el avance de la enfermedad se encuentre impedido para expresar su voluntad, y éste lo haga en su representación, si el enfermo en situación terminal es menor de edad, o se encuentra incapacitado para expresar su voluntad, las decisiones derivadas de los derechos señalados en éste título, serán asumidos por los padres o el tutor y a falta de estos por su representante legal, persona de su confianza mayor de edad o juez de conformidad con las disposiciones aplicables, no obstante de lo anterior, la ley previendo los casos de urgencia médica, y que exista incapacidad del enfermo en situación terminal para expresar su consentimiento, y en ausencia de familiares, representante legal, tutor o persona de confianza, la decisión de aplicar un procedimiento médico quirúrgico o tratamiento necesario será tomada por el médico especialista y/o por el Comité de Bioética de la institución (Arts. 166 Bis 3 frac. X, 166 bis 8 y 166 bis 11 de la LGS).

Las disposiciones no se limitan a la protección de los derechos de los que ya se encuentran enfermos en situación terminal, ya que se establece que toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad, dicho documento puede ser revocado en cualquier momento, siendo necesario para que sea válida la disposición de voluntad referida que se apegue a la Ley General de Salud y demás aplicables (Art. 166 Bis 4 de la LGS).

De todo lo anterior se desprende, que el documento para designar a un representante para que tome decisiones sólo puede ser de manera escrita ante dos testigos, para poder estar a lo dispuesto por la ley en cuidados paliativos de enfermos en situación terminal, siendo un acto totalmente revocable, confidencial y con la posibilidad de modificarse en cualquier momento. Al ser un acto privado no recurre a la figura del Notario Público y las ventajas que brinda el documento público, no obstante de dejar fuera a los enfermos que no se encuentran en situación terminal y demás tratamientos que no tienen que ver con cuidados paliativos en materia de ortotanasia, por último, se deja todo

lo relacionado con los bienes del incapaz, bajo tutela de las instituciones del derecho familiar.

3. Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal

Tanto el Código Civil Federal como el Código Civil para el Distrito Federal, prevén instituciones auxiliares de la incapacidad de ejercicio, tales como la patria potestad, la tutela y la tutela cautelar en el caso del segundo ordenamiento mencionado, las cuales no obstante de haber demostrado su utilidad práctica a través de la vigencia de los citados ordenamientos, para los efectos de proteger la voluntad de aquellos que previendo su futura incapacidad pretenden otorgar disposiciones para que se cumplan después de haber caído en tal estado de interdicción, algunas no son aplicables y otras quedan rebasadas por las circunstancias, haciendo ver la necesidad de regular tales supuestos ampliando o modificando la estructura de la ley.

Como es sabido la patria potestad tiene como finalidad la asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente, se trate de hijos nacidos en el matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, correspondiéndole su ejercicio al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación, sus efectos atañen tres ámbitos de los sujetos a ella, el primero de ellos es el que se da respecto la persona del hijo; el segundo se da en relación a los bienes del menor y; un tercero concerniente a la representación jurídica del menor. Por tanto queda entendido a la patria potestad no le compete la protección de una voluntad anticipada.

La tutela por su parte, es una institución que suple la función de la patria potestad, cuando no existe persona alguna quien pueda ejercer esta última cuando se trata de menores de edad, por lo tanto ambas figuras opera de la misma forma, ya tienen por objeto la protección de la persona y de sus bienes, de aquellos que por causa natural o legal o ambas, se encuentran incapacitados, con la salvedad de que la primera ópera para los menores y mayores de edad incapacitados, mientras que la segunda, sólo es para

menores de edad, encontrando su fin en la emancipación o mayoría de edad. Por lo tanto, una persona incapaz natural, que alcanza la mayoría de edad, se termina en su beneficio la patria potestad, supliendo tal deficiencia la tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa. También tiene lugar ésta figura, cuando una persona mayor de edad con capacidad jurídica plena cae en estado de interdicción. La tutela es una figura interesante que protege los derechos de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, pero que deja al árbitro de los tutores y de la ley, todo lo relacionado con la persona del incapaz y de sus bienes, ya que presupone que la persona sobre quien se ejerce, no ha podido tomar decisiones sobre sí, o y si tuvo, nunca lo hizo previendo su futura incapacidad.

La tutela cautelar permite a toda persona capaz para otorgar testamento, nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de su propia incapacidad, excluyendo dichos nombramientos a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil. Ésta es una institución encaminada única y exclusivamente a la protección de los derechos de aquellos que prevén su futura incapacidad, pero es aquí donde surge la pregunta, ¿qué pasa con aquellas personas cuyo objetivo no es el de establecer una voluntad anticipada, sino el otorgamiento de un acto jurídico determinado, previendo en este mismo su futuro estado de interdicción?

4. Ley de Salud para el Distrito Federal

La Ley de Salud para el Distrito Federal, concede a los usuarios de los servicios de salud el derecho de no ser sometidos a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar innecesariamente su vida, protegiendo en todo momento su dignidad como persona, de conformidad a lo establecido en la Ley General de Salud y la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal (Art. 11 frac. XXI). No contiene ninguna otra disposición, que pudiese relacionarse con el otorgamiento de disposiciones anticipadas o de facultades a una persona para que actúe y cumpla tales disposiciones.

5. Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y su Reglamento

Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y su Reglamento han sido detallados brevemente en el primer capítulo del presente trabajo, los cuales prevén disposiciones por medio de las cuales, se regula el otorgamiento de la voluntad de aquellas personas con capacidad de ejercicio, para que se exprese su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y, por razones médicas, sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona. Como es de observarse, la Ley y el Reglamento están encaminados únicamente para proteger los derechos de los enfermos en situación terminal, para los efectos de someterse o no a tratamientos paliativos en materia de ortotanasia.

Por otra parte, la figura del representante en la voluntad anticipada, sirve para velar por el cumplimiento de la voluntad del enfermo en etapa terminal en los términos del propio documento, el cual es un cargo voluntario, gratuito y obligatorio para los que lo desempeñan, es necesaria cuando a causa de una enfermedad no puedan manifestarse los pacientes por sí mismos, ésta figura, no es propia de la representación legal del incapaz, ya que a pesar de ella, se presupone la existencia de una representación por parte de quien legalmente le corresponde ejercerla.

Por último, la ley en cuestión deja fuera a todos los enfermos que no se encuentran en el supuesto de una enfermedad terminal, así como la gran gama de tratamientos que existen para combatir las múltiples enfermedades existentes, deja viva a la representación voluntaria o legal que pueda tener el enfermo, ya que su figura de representante es de mero requisito, la cual no constituye por sí sola una figura por medio de la cual se pueda representar al incapaz en el ámbito personal y patrimonial frente a cualquier circunstancia que se pudiera presentar.

CAPITULO IV

EL MANDATO EN PREVENCIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

1. *El mandato en prevención de la propia incapacidad*

En México, sólo el Código Civil del Estado de Coahuila regula los mandatos preventivos, en el sentido de que la representación voluntaria no termina con la interdicción del poderdante cuando así se hubiere estipulado en el contrato. El Distrito Federal en ésta materia no ha tenido la atención al respecto y es de observarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no encuentra impedimento alguno de que se regule en un ordenamiento secundario el mandato preventivo, en lo tocante a las demás legislaciones federales y locales aplicables al distrito federal, no hay precepto alguno que refiera a la posibilidad de existencia del mandato en prevención de la propia incapacidad.

“Son diversos los foros y los analistas coincidentes en afirmar que sorprende que en la gran mayoría de los países del mundo, en especial en los herederos directos de la tradición jurídica romana, no se hayan adoptado las medidas concernientes a la instauración de un régimen sobre las disposiciones ante la propia incapacidad”¹

Además de mandato en prevención de la propia incapacidad, también se le conoce como: mandato preventivo; apoderamientos preventivos o para la propia incapacidad; poderes de previsión o autoprotección; e incluso como representación voluntaria como un instrumento de protección del poderdante incapaz. No obstante de la falta de técnica legislativa de los legisladores, al regular con los mismos artículos al mandato y poder, entendidos también, como representación indirecta y representación directa respectivamente, para los efectos del presente trabajo los podemos entender como sinónimos, ya que si bien es cierto, no significan lo mismo, el mandato preventivo siempre va de la mano de un poder.

¹ García Villegas, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad, “su regulación legal integral”*, México, Porrúa, 2006, p. 33.

El mandato preventivo es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, en el que el primero con base a lo establecido puede tomar decisiones patrimoniales y personales respecto del segundo, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante.

Por su parte, Cárdenas González nos proporciona el concepto de apoderamiento preventivo o para la propia incapacidad:

“El apoderamiento preventivo o para la propia incapacidad es un instrumento jurídico por el cual una persona física mayor de edad y con capacidad de ejercicio transmite su representación voluntaria a una persona física mayor de edad, o bien, a una persona moral, autorizada para estos casos a efecto de que en su nombre la ejerza sobre su patrimonio y el cuidado y la protección de su persona, en la eventualidad de ubicarse en un estado de interdicción, pactando para ello que dicha representación no se extinguirá por la interdicción, regulando, con libertad, todo lo relacionado con sus bienes y persona.”²

En el Distrito Federal, en materia de disposiciones anticipadas contamos con la tutela cautelar, por medio de la cual toda persona capaz para otorgar testamento, puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de su propia incapacidad. Ésta tutela representa en muchos casos la solución para aquellos que previendo su futura incapacidad, pretenden escoger que persona habrá de encargarse de ellos en la eventualidad de encontrarse en tal supuesto, es por lo que en el desarrollo del presente capítulo no pretendemos atacar ni mucho menos dejar obsoleta tal figura, sino más bien, el propósito esencial, es el de demostrar que existe otra forma de otorgar disposiciones anticipadas con mayores beneficios y desde luego con sus inconvenientes por medio del mandato, pretendiendo abrir las puertas y nuevas posibilidades a la autonomía de la voluntad.

² Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad, “Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad”*, 3ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 45.

El mandato es un contrato, que presupone un acuerdo de dos o más partes, por lo que atendiendo a los principios esenciales de los actos jurídicos, ambos deben gozar de capacidad jurídica plena, por tanto, una persona previendo su futura incapacidad, puede celebrar dicho acto jurídico con persona física o moral de su absoluta confianza, en el que las partes sólo podrán atenerse a lo que ambas se planteen y acuerden llevar a cabo, lo que permite diseñar un acuerdo de conformidad a las necesidades de las partes.

Los actos jurídicos que se pueden pactar son múltiples y variados, tales como la totalidad, una parte, o solo una operación concreta de los asuntos patrimoniales con exclusión de los personales, o bien, todo lo que afecte a la esfera personal del mandatario, como lo es todo lo relativo a su cuidado personal, así mismo puede abarcarse todo lo relacionado con el cuidado de la salud, respecto de los tratamientos médicos a que desea o no ser sometido el mandante. El mandato en prevención de la propia incapacidad puede admitir una fusión de los actos en los que puede actuar el mandatario conforme a las necesidades del mandante.

En éste tenor puede establecerse que además de los cuidados a la salud, se pueda otorgar facultades al mandante con respecto a la administración o disposición de sus bienes, de toda o sólo de una parte del patrimonio del representado, pudiendo cumplir así obligaciones del mandante con inclusión de honorarios del mandatario, en ese sentido se puede convenir la posibilidad de gravarlos para así poder acceder a los tratamientos requeridos o en caso de alguna emergencia médica, todo ello con sus respectivos señalamientos y limitaciones.

En síntesis las facultades concedidas al mandatario pueden ser como más se adecue a las necesidades del mandante, pudiendo ser más específicas en las cuestiones que impliquen mayor riesgo e importancia para él, si el poder ha de ser general o especial, si sólo comprende la esfera patrimonial, personal o ambas, siempre y cuando no atenten contra la ley, la moral y las buenas costumbres. Su vigencia queda sujeta a lo que dure la interdicción del mandante o bien a lo acordado.

Lo anterior no sucede con la tutela cautelar, ya que en ésta, es la ley la que establece los límites y alcances de la representación legal, tampoco en la Ley de General de Salud ni en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, porque éstas últimas están referidas sólo a tratamientos paliativos en materia de ortotansia y sólo atañen a enfermos en situación terminal.

El contrato de mandato preventivo puede estar sujeto a una condición suspensiva, es decir, comienza una vez que el mandante ha caído en estado de interdicción (únicamente mediante declaración judicial) cuando se trata de un mandato para prever la incapacidad del mandante, pero, nada impide que en el mandato se disponga que su eficacia tenga lugar desde el momento en que es otorgado y se mantenga subsistente pese a la incapacidad del mandante.

Respecto al dictamen de incapacidad al que habrá de recurrirse para establecer cuando el mandante se encuentra ante una situación de incapacidad, es menester señalar que lo más idóneo y que otorga seguridad jurídica a las partes es mediante la declaración judicial de interdicción, pero, sin embargo nada impide que en el contrato, se señale profesional médico elegido por el mandatario a efecto de establecer la existencia de la incapacidad requerida.

Se trata desde luego de un acto jurídico revocable, pudiendo modificarse en cualquier momento por el mandatario capaz, los tutores legales, los curadores o el ministerio público pueden ejercer acción para el efecto de que se revoque el mandato preventivo cuando en la actuación del mandatario sea inminente el riesgo en la integridad del mandante y de sus bienes. En lo que respecta a la rendición de cuentas, se hará con persona señalada en el contrato por el mandante, o en su caso si no se señaló, será con quien conforme a la ley ejerce la tutela.

En vista de tratarse de un acto personalísimo requiere necesariamente la intervención de un notario, para los efectos de que por medio de la escritura pública pueda el mandatario actuar conforme a derecho, en caso de serle

requerido en juicio o en el ejercicio de su propia actuación, previo cumplimiento de los requisitos necesarios para éste otorgamiento, en el que se podrá dar fe de la capacidad de las partes, su voluntad etc.

El Código Civil para el Distrito Federal contempla como causa de terminación del mandato a la interdicción de alguna de las partes, lo que constituye un impedimento para la existencia del mandato en prevención de la propia incapacidad.

“...termina por la interdicción del poderdante, pues la ley, *ipso jure*, extingue la representación como una medida de protección a los intereses del representado ante la imposibilidad de éste de llevar a cabo el acto revocatorio.”³

Se cita el artículo 2595 del CCDF:

El mandato termina:...

IV. Por la interdicción de uno u otro...

El presente trabajo tiene como objetivo, no el de eliminar dicha causa de terminación, sino más bien, exceptuar que el mandato subsistirá cuando es celebrado con mención expresa de que éste habrá de subsistir aun cuando el mandante devenga de incapaz. “Se trata de darle mayor reconocimiento a la autonomía de la voluntad del representado.”⁴

Para ello tenemos que voltear la mirada al Estado de Coahuila, en donde el mandato otorgado en éste sentido no termina con la interdicción del mandante, por lo que para tal efecto nos podemos guiar con dicho modelo.

Artículo 2998 del CCEC:

El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocable por el mandante capaz en todo momento, sin necesidad de que la revocación

³ Ibidem, p. 40.

⁴ Ibidem, p. 44.

revista la misma forma de la autorización. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.

Por lo tanto el artículo 3054 del mismo ordenamiento es de la siguiente manera:

El mandato termina:...

IV. Por la interdicción del mandante, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del artículo 2998 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz. Discernida la tutela de éste, el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo...

Ahora bien, hay que señalar que pasa con la tutela que por ley les corresponde a otras personas, ya que como es de observarse el mandato preventivo no sustituye el ejercicio de la tutela. En tales condiciones, Cárdenas Gonzales considera que:

“De una interpretación integradora de los artículos que regulan la materia en el Estado mencionado colegimos que el resto de los derechos de la personalidad del poderdante que resulta incapacitado quedan sujetos al sistema de protección tutelar, salvo lo referente al tratamiento médico y el cuidado de la salud del poderdante.”⁵

En efecto el mandato en prevención de la propia incapacidad no sustituye el ejercicio de la tutela sino más bien reserva el ejercicio de determinados actos al mandatario, con la salvedad de que éste contrato es revocable en cualquier momento por el mandatario capaz y por el tutor, por lo que los demás derechos de la personalidad quedan protegidos por la figura de la tutela, ya que nada impide que ambas figuras coexistan entre si.

Es por todo lo anterior que el mandato en prevención de la propia incapacidad constituye una alternativa para el otorgamiento de disposiciones anticipadas, que permite a los individuos una adecuada planificación para la protección de sus intereses personales o patrimoniales, y en vista de estar

⁵ Ibidem, p. 50.

regulada ya dicha figura en la legislación del Estado de Coahuila, no constituye una descabellada idea la existencia de un mandato en la inminente interdicción del mandante.

“De ser así, el alcance de la representación voluntaria no debe restringirse a las relaciones patrimoniales, sino debe ampliar su horizonte al cuidado de la persona, es decir, incursionar al Derecho de la Familia y de las Personas con el propósito de que las facultades que se confieran al apoderado, puedan ejercerse en las dos esferas, esto es, la patrimonial y la moral o derechos de la personalidad, pues no podemos negar que en la actualidad el derecho vigente concede a la representación voluntaria un campo de actuación muy amplio en las relaciones patrimoniales y la restringe en los derechos de la personalidad.”⁶

2. Propuesta del mandato en prevención de la propia incapacidad en el Código Civil para el Distrito Federal

Para poder dar paso a la existencia del mandato preventivo en el Distrito Federal es necesario modificar el artículo 2595 de su ordenamiento civil, haciendo uso y tomando como modelo la legislación del estado de Coahuila en la cual se prevé la existencia del mandato en la interdicción del mandante.

Se propone que el Código Civil para el Distrito Federal sufra las modificaciones respectivas para quedar de la siguiente manera:

Artículo 2546 Bis. El mandato en prevención de la propia incapacidad es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, en el que atendiendo a lo convenido, el primero podrá tomar decisiones tanto en el ámbito patrimonial como en el personal, aun cuando el segundo hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante.

Artículo 2548 bis. El mandatario podrá tomar decisiones en el ámbito patrimonial y personal, aun cuando el mandante hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por él. El poder será revocable por el mandante capaz en todo momento, sin necesidad de que la revocación

⁶ Ibidem, p. 44.

revista la misma forma de la autorización. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.

Artículo 2595. El mandato termina:

- I. Por la revocación;
- II. Por la renuncia del mandatario;
- III. Por la muerte del mandante o del mandatario;
- IV. Por la interdicción del mandante, excepto que hubiere sido otorgado en los términos de los artículos 2546 bis y 2548 bis y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz. Discernida la tutela de éste, el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo;
- V. Por la interdicción del mandatario;
- VI. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido; y
- VII. En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El mandato en prevención de la propia incapacidad es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, en el que el primero puede tomar decisiones en el ámbito patrimonial y personal respecto del segundo, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante.

SEGUNDA.- El Código Civil para el Distrito Federal contempla como causa de terminación del mandato, el hecho de que alguna de las partes caiga en estado de interdicción, lo que representa un impedimento para la subsistencia del mandato en prevención de la propia incapacidad.

TERCERA.- La solución para dar paso a la existencia del mandato en prevención de la propia incapacidad aun después de que el mandante quede en estado de interdicción, consiste en la modificación de la fracción IV del artículo 2595 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se estipule que el estado de interdicción no termine con el mandato en determinados casos.

CUARTA.- La modificación a la legislación civil del Distrito Federal consiste en que el mandato subsistirá a la interdicción del mandante, cuando se hubiere otorgado con la mención expresa de que habría de hacerlo aun cuando el mandante devenga de incapaz.

QUINTA.- La existencia del mandato en la interdicción del mandante implica que el mandatario podrá tomar decisiones patrimoniales y personales, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por él.

SEXTA.- Los actos jurídicos que se pueden pactar son múltiples y variados, tales como la totalidad, una parte, o solo una operación concreta de los asuntos patrimoniales con exclusión de los personales, o bien, todo lo que afecte a la esfera personal del mandatario, como lo es todo lo relativo a su cuidado personal, así mismo puede abarcarse todo lo relacionado con el

cuidado de la salud, respecto de los tratamientos médicos a que desea o no ser sometido el mandante.

SEPTIMA.- Queda claro que por tratarse de un contrato, el mandato requiere de un previo acuerdo de voluntades entre las partes, que permite dada su naturaleza, un desplegado de cláusulas las cuales se convierten en facultades específicas, por medio de las cuales debe actuar el mandatario, respetándose así primordialmente la voluntad del mandante.

OCTAVA.- El hecho de que las cláusulas no solo sean en beneficio del mandante implica que las partes resulten beneficiadas recíprocamente, lo que lograría un mayor interés y desempeño en el encargo o contratación de personas morales creadas para tales efectos.

NOVENA.- El mandato no suple la función total de la tutela, ya que los derechos restantes son ejercidos por el tutor legal.

DECIMA.- El Mandato en prevención de la propia incapacidad es un acto totalmente revocable y modificable en cualquier momento por el mandatario capaz, por su parte los tutores legales, los curadores o el ministerio público pueden ejercer acción respectiva a efecto de que se revoque el mandato preventivo, cuando en la actuación del mandatario sea inminente el riesgo en la integridad del mandante y de sus bienes.

DECIMOPRIMERA.- El mandato en prevención de la propia incapacidad es un contrato que se basa en la confianza, que permite el respeto integro a la voluntad y dignidad de las personas, esto es así, ya que nadie es más idóneo para decidir sobre su propio ser y su patrimonio que uno mismo.

DECIMOSEGUNDA.- El mandato en prevención de la propia incapacidad constituye por sí solo, un medio por el cual una persona puede designar un representante que actúe cuando a consecuencia de una incapacidad sobrevinida no pueda regir su propia vida ni gestionar sus negocios.

BIBLIOGRAFÍA

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, Comentarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, s.l.i., pac, s.a.

CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, Incapacidad “disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad”, 3ª. ed., México, Porrúa, 2010.

CARBONELL, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “Comentada”, México, Porrúa, 2007.

CHIRINO CASTILLO, Joel, Contratos, 2ª. ed., México, Porrúa, 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil “teoría del contrato contratos en particular”, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil, “parte general personas cosas negocio jurídico e invalidez”. 11ª. ed., México, Porrúa, 2008.

DE PINA VARA, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano “introducción- personas- familia”, 19ª. ed., México, Porrúa, 1995, volumen I.

FLORES BARROETA, Benjamín, Lecciones del primer curso de derecho civil, México, s.e., 1964, tomo I.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho civil primer curso “Parte general, Personas, Familia”, 10ª. ed., México, Porrúa, 1990.

GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, La tutela de la propia incapacidad “su regulación legal integral”, México, Porrúa, 2006.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 15. ed., México, Porrúa, 2005.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho civil para la familia, México, Porrúa, 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de derecho civil “Atributos de la Personalidad”, México, Porrúa, 1987, Tomo II.

ORRANTIA ARELLANO, Fernando A., Poder y mandato, México, s.e., 2006.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Representación poder y mandato, 9ª. ed., México, Porrúa, 1996.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, 8ª. ed., México, Porrúa, 2001.

Propuesta del Colegio de Bioética, A. C.
<http://colegiodebioetica.org.mx/wp/links-laterales/voluntad-anticipada/> 22 de agosto de 2012.

RICO ALVARES, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, De los contratos civiles, 2ª. ed., México, Porrúa, 2009.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil I “Introducción, personas y familia”, 39ª. ed., México, Porrúa, s.a.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, 12ª. ed., México, Porrúa, 1993.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo, Los contratos civiles y sus generalidades, 7ª. ed., s.l.i., Mac Grau Hill, s.a.

TRINIDAD GARCIA, Apuntes de introducción al estudio del derecho, 31ª. ed., México, Porrúa, 2001.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 7ª. ed., México, Porrúa, 1998.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., Derecho familiar, 3ª. ed., México, Porrúa, 2011.