

ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Miguel Moreno Jaramillo.

CAPITULO X

Del Mandato

— A —

Dice el Código de Napoleón que “**mandato o procuración** es un acto por el cual una persona **da a otra el poder** de hacer alguna cosa para el mandante y **en su nombre**” (art. 1984 del C. C. F.).

Dice el Código de Bello que “**mandato** es un contrato en que una persona **confía la gestión** de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos **por cuenta y riesgo de la primera**” (art. 2142 del C. C. C.).

He subrayado varias veces con la mira de relevar los puntos en que se diferencian los dos códigos al definir el mandato.

El francés fija como equipolentes el mandato y la procuración. No el colombiano. Para el francés el mandato envuelve en todos casos poder. No para el colombiano. Por tanto, en el francés el mandato es siempre representativo. No en el colombiano.

En Colombia el mandato puede ser representativo o no representativo, pero hay encargos que por su naturaleza han de ser representativos, como el de comprometer, el de transigir, y, en general, aquellos en que debe figurar el nombre del mandante.

Observa Laurent: “Resulta de la definición del artículo 1984 que la representación del mandante por el mandatario es un carácter esencial del mandato...” (“Cours Élémentaire de Droit Civil”. Tomo IV, número 141).

Y Josserand: "... en derecho moderno, el mandato, al menos tal como lo comprende y organiza el Código Civil es siempre representativo". (Cours de Droit Civil Positif Français". Tomo II, número 1399).

— B —

Me valgo de ejemplos para distinguir el **mandato**, que es contrato, de la **procuración**, que no lo es:

Primer Ejemplo. Pedro encarga a Juan que compre un caballo obrando a su propio nombre pero por cuenta y riesgo de Pedro. Acepta Juan. Mandato **sin** procuración. Juan es ya mandatario pero no es ni será procurador porque debe actuar a su propio nombre. Mandato no representativo.

Segundo Ejemplo. Pedro encarga a Juan que compre un caballo a nombre y por cuenta y riesgo de Pedro. Acepta Juan. Mandato y procuración juntamente. Juan es ya mandatario y ya procurador. No procede la procuración como acto posterior al mandato porque ella quedó incluida en él.

Tercer Ejemplo. Pedro confía a Juan, **verbalmente**, la gestión en toda clase de pleitos. Acepta Juan. Este es ya mandatario pero no es todavía procurador. Lo será cuando Pedro, **por escritura pública**, le dé este último carácter. Mandato y procuración serán así dos operaciones diferentes y sucesivas. La primera, un **contrato** consensual; la segunda, un **acto** solemne pero no un contrato. Procede la procuración porque sin el poder escriturario Juan no será oído por los jueces.

Cuarto Ejemplo. Pedro confía a Juan, **por escritura pública**, la gestión en toda clase de pleitos. Acepta Juan. Mandato y procuración juntamente. Juan es ya mandatario y ya procurador. No procede la procuración como acto posterior al mandato, porque él y ella nacieron juntos.

Pedí a varios de mis colegas su dictamen sobre los dos últimos ejemplos, y algunos de tales colegas no los aceptaron porque juzgan que en esos dos casos no hay mandato mientras no se otorgue la escritura pública.

El código de procedimiento civil, en sus artículos 251 y siguientes, estatuye sobre el **apoderado judicial** y lo define diciendo ser la persona que "por convenio" se encarga de representar a otra en juicio. No sé si esta definición corrobore la idea de que el poder supone un ajuste, o convención, o concierto, o "convenio", en fin, un contrato, el de mandato, que nace con el poder o antes de conferirse éste. Dicho código no define el mandato. Reglamenta el poder. Ciertamente que emplea, en su artículo 264, la locución "mandato judicial", pero quizá ello obedezca a una impropiedad en el vocabulario jurídico.

co, o, tal vez, a que se vale de una especie de metonimia muy explicable por la relación que existe entre mandato y poder.

No pretendo echarla de doctrinante. Temo equivocarme y vivo listo a mudar de parecer. Que al menos mi esfuerzo despierte en los juristas —con mis dudas, vacilaciones y errores— el deseo de exponer sobre temas de derecho civil. Hago apenas de animador. Sólo pretendo inquietar.

— C —

Auncuando nuestro código civil llama apoderado, procurador, y en general mandatario, al que acepta el encargo, no me parecen una misma cosa mandato y apoderamiento o procuración, sino dos cosas distintas, nazcan en una acción o en dos acciones sucesivas (art. 2142, inciso 2º, del C. C.). Hemos visto que el código judicial, en su artículo 251, llama **apoderado** a la persona que “por convenio” se encarga de representar a otra en juicio. En los artículos 255 y siguientes trata del otorgamiento, presentación y aceptación de los **poderes** y del reconocimiento de la **representación**.

Me parece que el apoderado o procurador no siempre surge por virtud de una sola acción y que hay veces en que no adviene sino merced al poder que el mandante, en desarrollo del mandato, le confiere al mandatario, lo cual no obsta para que quien ya es apoderado o procurador, por virtud del apoderamiento o procuración, siga llamándose también **mandatario**.

El mandato es un contrato. La procuración no. A veces anexa al contrato y a veces separada del contrato. El mandato puede existir por sí sólo. La procuración supone el mandato, y, hayan nacido juntos o aquélla después de éste, no puede subsistir sin éste. En cambio, el mandato tiene vida independiente.

Por el solo **mandato**, representativo o no, el mandante confía al mandatario la gestión de uno o más negocios. La **procuración** es imposible en el mandato no representativo. En éste hay mandatario pero no puede haber apoderado o procurador.

Por la **procuración**, nacida con el mandato o después de éste, el mandante le da poder al mandatario, lo apodera, para que en su nombre ejecute el encargo objeto del mandato.

Todo procurador o apoderado es mandatario, pero no todo mandatario es procurador o apoderado. Desde que, expresa o tácitamente, se acepta el cometido, hay mandatario. Para que haya procurador se requiere apoderamiento. No es lo mismo **cometer un encargo**, hacer a otro mandatario, que **darle poder de representación**, constituirlo apoderado.

Dice Alfonso Pérez Palacio: "La voz mandato tiene dos significados que es preciso deslindar: 1º El de contrato en que una persona confiere a otra la gestión de uno o más negocios, y 2º el acto escrito en que consta la facultad de representar al mandante..." ("Representación y Mandato". Página 52). De grado suscribiría yo íntegramente a este dictamen, si no me pareciera del caso observar que no siempre debe ser "acto escrito" la procuración. Pedro encarga a Juan, verbalmente, que venda o compre un caballo: mandato y procuración no escrita.

— CH —

El mandato y la procuración tienen casi siempre carácter consensual. Cito casos en que son solemnes, y lo hago sin discriminar, esto es, sin distinguir cuándo hay mandato, cuándo procuración y cuándo ambas cosas:

a). Cuando se acepta una herencia con beneficio de inventario, las personas que tienen derecho de asistir a la confección de éste "podrán ser representadas por otras que exhiban escritura pública o privada en que se les **cometa el encargo...**", (subrayo) (art. 1312 del C. C.).

b). El "poder" para contraer matrimonio civil debe conferirse ante notario público (ley 57 de 1887, artículo 11).

c). Los "poderes" generales para toda clase de pleitos deben conferirse por escritura pública (art. 255 del C. J.).

ch). Los "poderes" especiales para varios juicios deben conferirse por escritura pública (art. 255 del C. J.).

d). El "poder" especial para un juicio se confiere por escritura pública, o por memorial presentado como se dispone para las demandas, pero pueden constituirse de palabra voceos para los actos que hayan de surtir verbalmente (arts. 223, 256 y 260 del C. J.).

e). Cuando por manifestación de un personero (léase apoderado) se cancela un instrumento que figure en el protocolo del notario, quien obra a nombre de un otorgante del instrumento agregará el "comprobante" (luego exige un escrito) de su carácter de personero (arts. 2611, numeral 1º, y 2612, inciso 2º, del C. C.). (*)

f). En la **preposición**, especie de mandato comercial, la "autorización" para girar y firmar letras de cambio y otros documentos endosables, o para recaudar y recibir cantidades que no provengan de operaciones que hubiere ejecutado el **dependiente**, le será conferida por escritura pública, con espe-

(*) Presento este caso como dudoso porque ignoro si el "comprobante" se exige como solemnidad o como prueba.

cificación de los actos y negocios a que se extienda "el encargo" (art. 458 del C. Co). Tomé este caso del código de comercio pero mi estudio no versa sino sobre mandato civil.

No pretendo que sea limitativa la anterior enumeración de casos en que el mandato, o la procuración, o ambas cosas, exigen solemnidad. Puede haber otros que se me escapan. Obsérvese que en esa lista figuran los términos de "autorización", "cometa el encargo", "poder", "poderes", "comprobante" y "encargo".

— D —

Se ha sostenido en Chile que "es solemne y debe constar por escritura pública el mandato para representar a otra persona en un acto en que la ley exige documento auténtico". (Barros Errázuriz. "Curso de Derecho Civil". Volumen III, número 253).

Una sentencia de Chile declaró que "el poder para vender debe tener las mismas solemnidades requeridas para la venta". (Fernando Vélez. "Estudio sobre el Derecho Civil". Tomo VIII, número 191).

La misma tesis han sostenido algunos juristas en Colombia. Otros no la aceptan, entre ellos Alfonso Pérez Palacio, de quien son estas palabras: "Salta a la vista lo inadecuado y absurdo de la explicación que confunde dos actos eminentemente distintos, independientes el uno del otro, como son el contrato de mandato y el posterior acto o contrato, para que fue otorgado". (Obra citada, página 61).

En Francia, establece el artículo 1985 de su código civil, el "mandato puede ser dado por instrumento público, o por escrito privado, aún por carta. Puede también ser dado verbalmente;...".

Pero en Francia, como en Chile y Colombia, se ha sostenido que debe ser solemne cuando lo es el acto para el cual se confiere.

Josserand dice: "Cuando el mandato se da en vista de un acto que debe ser revestido de la forma auténtica —un contrato hipotecario por ejemplo, o bien la aceptación de una donación— debe ser verificada en la misma forma". ("Cours de Droit Civil Positif Français". Tomo II, número 1404).

Y explica: "En efecto, la autenticidad es exigida generalmente en interés de las partes a las cuales se ha querido llamar la atención sobre la gravedad del acto que va a realizarse y que se ha propuesto proteger contra los errores y las colusiones fastidiosas; importa que el mandante encuentre estas garantías, si no en el momento de la firma del acto que

no será su obra sino la del mandatario, al menos en la procuración en donde en él consiente. Se desprende por lo demás de numerosas aplicaciones de esta **ley de simetría** (subrayo) en diferentes textos (art. 36; 66; 933;..." (ibídem).

Distingue luego: "Pero parece bien que la procuración no estaría ya sometida a la forma auténtica si el acto, en vista del cual ella se ha dado, estaba él mismo sometido a esta forma, no en interés de las partes, sino únicamente en el de terceros..." (ibídem).

Me atrevo a observar que siendo excepcionales en Francia, como en Chile y Colombia, los textos que exigen solemnidad para el mandato y para la procuración, no se pueden extender a casos distintos de los contemplados por ellos:

Quae in unum casum concepta sunt, ad alios casus non debent trahi.

Usando "latines" o "latinicos", según dijo donosamente Miguel de Cervantes, apelo a otras dos sentencias que vienen a pelo:

Qui mandat ipse fecisse videtur.

Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum.

El mandante debe cumplir "las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato", como lo prescribe el artículo 2186 de nuestro código civil, consecuente con la norma del 1505, según el cual lo que "una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Me parece que quien confiere sin solemnidad el encargo de celebrar un contrato solemne, da solemnemente su consentimiento a éste por medio de su procurador.

— E —

No podemos confundir la forma del acto en que se confía la gestión con la forma del acto en que la gestión misma se realiza. Los dos actos son distintos y sucesivos.

Pero comprendo que es muy aconsejable, por elemental prudencia, emplear la solemnidad. Justifica esa medida el solo pensar en las dificultades de la prueba y en la posible diversidad de opiniones entre los jueces, diversidad que tal vez provenga de no aceptar todos la teoría de la ficción sino otra u otras de las ideadas por los legistas para explicar la naturaleza de la representación.

Ainda más, me atrevo a proponer una reforma legislativa que exija para la validez del mandato la misma solemnidad

que legalmente requiera el acto para el cual se confiere, y consagre así la "ley de simetría" de que habla Josserand.

— F —

Se concilian los artículos 2150 y 2189 del código civil?

En punto de mandato el código chileno y el colombiano no están absolutamente a la iguala, como puede observarse comparando **los dos últimos incisos** de dos de sus artículos.

Código Chileno

"Art. 2124....."

"Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera se hará responsable en los términos del artículo 2167" (*).

Código Colombiano.

"Art. 2150....."

"Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes".

Por cuanto la norma contenida en el **último inciso** de nuestro artículo 2150 no existe en el código francés ni en el chileno, debo ser muy cauto al apreciar las doctrinas francesas y chilenas sobre algunos puntos atinentes al mandato y procurar formarme en ellos mi propio criterio, a pesar de mi medianía, o menos que eso, no sin reconocer el mérito de quienes en Francia y Chile han contribuido notablemente al progreso de los estudios jurídicos.

Nuestro **último inciso** está ceñido a un principio que rige las obligaciones de origen contractual en los códigos francés (art. 1134 del C. C. F.), chileno (art. 1545 del C. C. Ch.) y colombiano (art. 1602 del C. C. C.): "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (**).

(*) Este artículo 2167 del C. C. Ch. es el mismo artículo 2193 del C. C. C.

(**) En el C. C. F. está expresado así: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi á ceux qui les on faites".- "Elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise" art. 1134, incisos 1º y 2º).

Traslado lo siguiente de la obra escrita por Arturo Valencia Zea:

“Sin embargo tanto la jurisprudencia como la doctrina en forma unánime predicán que el mandato es esencialmente revocable, en forma que la manifiesta contradicción entre el 2.189 y el 2.150 se ha destruído haciendo primar el primero y mirándose como no escrito el segundo” (“Curso de Derecho Civil Colombiano”, Volumen VII-VIII, número 384).

Observo:

Yo creo, siguiendo a Fernando Vélez, que no existe esa “manifiesta contradicción” “entre los artículos 2150 y 2189.

Dice Vélez:

“Esta contradicción es sólo aparente si se tiene en cuenta que de un mandato se originan dos clases de relaciones diferentes: las entre el mandante y el mandatario y las relativas a terceros. Las primeras **son un contrato** en que el mandante encarga al mandatario, que acepta, la gestión de un negocio. Las segundas **son un poder** en virtud del cual los actos ejecutados por el mandatario, reputándose como del mandante, ligan a éste jurídicamente con un tercero”. (He subrayado).

“Pues bien: las relaciones entre el mandante y el mandatario, que son propiamente **el contrato**, no pueden disolverse sino por mutua voluntad de las partes. Pero **la autorización** de representar al mandante debe tener derecho éste de resolverla cuando quiera, pues su voluntad debe prevalecer sobre la del mandatario, porque sería absurdo que éste obligase al mandante con terceros cuando el mandante no quiere que se le obligue (art. 543 del C. de C.). Y si el mandatario no quiere **representar** al mandante, también sería absurdo obligarlo a esto, y por eso se le permite la renuncia **del poder** (arts. 341 y 342 del C. de C.). En estos casos lo que apareja responsabilidad es la revocación o renuncia intempestiva, porque los derechos deben ejercerse oportunamente (arts. 2190 etc.)”. (He subrayado).

“Pero si el mandante o el mandatario puede por su sola voluntad hacer cesar la facultad de representación, no puede ocurrir lo mismo respecto de las relaciones jurídicas que a ellos los ligan...” (“Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano”. Tomo VIII, número 198).

Compréndese, por lo que he transcrito y por lo que transcribiré adelante, que Vélez distingue entre mandato y representación.

Vuelvo a Valencia Zea:

“... No obstante algunos autores predicán que el 2150 se refiere, no al contrato de representación, el cual es revocable según el 2189, sino al efecto de ese contrato, es decir, al negocio representativo, el cual una vez concluído no puede ser revocado por el mandante. La interpretación es exacta...”, (Obra citada, Volumen VII-VIII, número 384).

Ignoro cuáles hayan sido los argumentos invocados para dar esta interpretación que ve en la materia del artículo 2150, no el contrato mismo de mandato sino el negocio ejecutado por el mandatario en nombre del mandante. Quisiera conocerlos, dispuesto, como siempre, a mudar de parecer si viere que el mío es erróneo.

Fernando Vélez discurre así en el lugar citado de su obra:

“En suma, nada puede impedir que el mandante revoque el mandato cuando quiera, ni que el mandatario lo renuncie cuando se le ocurra, porque esto lo que implica es que el mandante no quiere que el mandatario lo represente, o que el mandatario no quiere representarlo. **Pero esta revocación o renuncia de la facultad de representar ante terceros al mandante, no altera los derechos y obligaciones del contrato de mandato entre el mandante y el mandatario...**” (He subrayado).

La etimología de mandato que trae Fernando Vélez (**manum dare**, porque antiguamente el mandatario daba la mano al mandante en prueba de fidelidad), me lleva a pensar en el **contrato**, y la etimología de San Isidoro de Sevilla (**manum dat**, porque se encomienda a otro la ejecución de un negocio), me lleva a pensar en el **poder**. (Vélez. Obra citada. Tomo VIII, número 177. San Isidoro de Sevilla. “Etimologías”. Libro V, Capítulo XXIV, página 117).

Sabemos que **manus** o **mano** tiene en latín y en castellano, entre varias acepciones, la de poder o facultad.

La procuración, acto, es revocable y renunciable. No puede decirse lo mismo del mandato, contrato, que es una ley para los contratantes (art. 1602 del C. C.).

—G—

El mandato es unilateral o bilateral?

Menos difícil para los franceses que para nosotros clasificar el mandato, porque en su código es siempre representativo y porque no hay en él algunos textos que desempeñan gran figura en el nuestro.

Cuando el mandato es **no representativo**, vale decir, cuando el mandatario se encarga de una gestión que hará en su nombre pero por cuenta y riesgo del mandante, da en los ojos su carácter de bilateral. El mandatario se obliga a cumplir rectamente el encargo, a rendir cuentas y a hacer todo lo que se requiera para que posteriormente quede el negocio en cabeza del mandante, y éste se obliga a pagar los honorarios si el mandato fuere remunerado, y, oneroso o gratuito, a hacer lo conducente a quedar subrogado en todos los derechos y sustituido en todas las obligaciones que por cuenta y riesgo de éste adquirió y contrajo el mandatario, y, naturalmente, a “proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato” (arts. 2177 y 2184, ordinal 1º, del C. C.).

Voy al mandato **representativo** y comienzo por las obligaciones del mandatario, recordando que para saber si un contrato es unilateral o bilateral ha de situarse uno en el momento de su celebración, sin tomar en cuenta posteriores obligaciones eventuales o contingentes.

Todo mandato —representativo o no representativo, gratuito u oneroso— impone al mandatario las obligaciones de obrar rectamente y de dar cuenta de su administración (arts. 2160 y 2181 del C. C.).

En cuanto a las obligaciones del mandante, los autores franceses opinan que cuando el mandato es gratuito no contrae ninguna y que cuando es oneroso contrae la de pagar el salario. Es decir: que el mandato gratuito es unilateral y que el oneroso es bilateral. Lo mismo se ha opinado en Chile y Colombia.

Dice Baudry-Lacantinerie: “El mandato pertenece a la clase de los contratos que algunos llaman **senalagmáticos imperfectos**. Desde el origen, no engendra sino una sola obligación, la del mandatario de ejecutar la comisión de que se encarga y de rendir cuenta al mandante. Este no **se obliga** a nada por el momento: podrá encontrarse obligado más tarde, pero como consecuencia de hechos posteriores, relativos a la ejecución del contrato”.-- “El mandato se vuelve contrato sinalagmático perfecto cuando es asalariado:...”. (“*Precis de Droit Civil*”. Tomo II, número 1240).

Distinto de la compraventa, que no nace sin precio por que éste es de su esencia, el mandato remunerado puede nacer **antes** de determinados los emolumentos del mandatario. Así lo autoriza el artículo 2143. El estipendio puede fijarse, antes o después del contrato, por las partes, o por el juez, o por el uso, conforme a dicho artículo y al numeral 3º del 2184. Ninguna de estas normas legales existe en el código civil de Francia.

Según dicho código francés, el mandato es gratuito si no hay convención contraria (art. 1986 del C. C. F.) y el mandante debe pagarle al mandatario sus salarios "lorsqu'il en a été promis" (art. 1999 del C. C. F.). Ninguna de estas dos normas legales existe en el código civil de Colombia.

En todo mandato —representativo o no, gratuito o no— el mandante es obligado a "proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato", y cuando éste es oneroso, tenga o no la calidad de representativo, es además obligado a "pagarle la remuneración estipulada o usual" (art. 2184 numerales 1º y 3º, del C. C.).

No tomo en cuenta para esta clasificación las obligaciones de reembolso, pago de anticipaciones e indemnización de pérdidas, pues no constituyen contraprestaciones o contrapartidas a cargo del mandante, por ser eventuales y contingentes, relativas no a la **celebración** del mandato sino a su **ejecución** (art. 2184, numerales 2º, 4º y 5º, del C. C.).

Tampoco menciono la obligación que tiene el mandante de cumplir las que a nombre de éste haya contraído el mandatario en favor de terceros, porque para la clasificación del contrato se toman únicamente las obligaciones entre las partes (arts. 1496, 2177 y 2186 del C. C.).

Basta que un mandato de cualquiera especie sea remunerado, para que, sin más estudio, debamos calificarlo de bilateral.

— H —

Y si es gratuito?

El Código de Bello, no el de Napoleón, dice que el mandante es obligado a "proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato" (art. 2184, numeral 1º, del C. C.).

Pongo estos ejemplos: si el encargo consiste en ejercer el derecho que nace del pacto de retroventa, el mandante está obligado a suministrar al mandatario la cantidad necesaria para el reembolso (art. 1939 del C. C.); si en ceder un crédito, a proporcionarle el documento donde éste figure, a fin de que anote el traspaso y lo entregue al cesionario (art. 1961 del C. C. y 33 de la ley 57 de 1887); si de empeñar una cosa, a facilitarle esa cosa para que la entregue al acreedor (arts. 2409 y 2411 del C. C.).

En general está obligado el mandante a poner en manos del mandatario los "instrumentos" necesarios para la ejecu-

ción del mandato, como escrituras públicas o privadas, cartas, títulos de acciones; todo, en fin, lo que se emplea para alcanzar el resultado de la gestión (art. 2192 del C. C.).

A qué más?

Me parece que dentro del "proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato" ocupa puesto preferente la obligación de darle poder al mandante al mandatario, de apoderarlo, de hacerlo procurador, si el mandato es representativo, a menos que la procuración haya quedado implicada en el mandato.

También me parece que estas obligaciones tiene el mandante aunque el mandato sea gratuito, y que si no las cumple "autoriza al mandatario para desistir de su encargo" (art. 2185 del C. C.).

El artículo 2185, que "autoriza al mandatario para desistir de su encargo" si el mandante "no cumple por su parte aquello a que es obligado", tal vez sirva de argumento en apoyo de la tesis sobre ser bilateral el mandato, aunque sea gratuito (arts. 1546 y 1609 del C. C.).

Ese artículo 2185 no distingue entre mandato remunerado y mandato gratuito y hace pensar en la posibilidad de una acción resolutoria expresada con el verbo "desistir", aunque el mandato sea siempre un contrato permanente, no desinente, pues aún en los permanentes procede la resolución, así lo creo, cuando todavía no han empezado a operar, como ocurre con el arrendamiento según los artículos 1983 y 1984, en los cuales "desistir" significa "resolver", si mal no entiendo, porque en ellos se trata del arrendamiento que no ha comenzado a producir sus efectos. "Para el Sr. Vera (anota Fernando Vélez) parece que esa acción es la resolutoria general". Vélez se refiere a la del artículo 1983. ("Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano". Tomo VII, número 496).

En el código francés no existen el numeral 1º de nuestro artículo 2184, ni nuestro artículo 2185, ni el inciso 2º de nuestro artículo 2150.

Todo mandatario, aunque lo sea a título gratuito, se obliga a hacer. Y cómo forzarlo el mandante a que haga si no lo provee de lo necesario para la ejecución? (arts. 1495, 1608, 1609, 1610 y 2184, numeral 1º, del C. C.).

Acción es la facultad de exigir alguna cosa. Sigue al derecho como la sombra al cuerpo y participa de su naturaleza (art. 667 del C. C.). Todos los contratos dan acciones: a una sola de las partes cuando son unilaterales; a ambas cuando bilaterales (art. 1496 del C. C.). Concretándose a los primeros, cito dos, gratuitos de añadidura, que me sirven como ejemplos: la donación entre vivos, pura y simple, y el como-

dato. El donatario puede exigir al donante que le dé lo que le donó, y el comodante puede obligar al comodatario a restituírle la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención, en las oportunidades previstas por la ley. En cambio, el donante no tiene acción contra el donatario ni el comodatario contra el comodante porque los dos contratos son unilaterales. Trasladémonos al mandato gratuito. Si por serlo fuera unilateral, sólo el mandante tendría acción contra el mandatario. Para qué? Para que desempeñara rectamente el encargo y cumpliera sus otras obligaciones de tál. Y podría el mandante ejercer esa acción contra el mandatario cuando por su parte estuviera en mora de proveerlo de lo necesario para la ejecución del mandato? No es cierto que nó? Luego no puede parecer desrazonable el parecer de que el mandato gratuito es, en principio, tan bilateral como el remunerado (arts. 1609, 2184 en su numeral 1º, y 2185 del C. C.).

El artículo 2185 me trae a la memoria los artículos 1546, 1609, 1878, 1882 y 1930 del código civil, todos concernientes a los contratos bilaterales.

Cuando el mandato es no representativo aparece claro su carácter de bilateral, aún en los casos en que sea gratuito, como ya lo vimos (art. 2177 y 2184, ordinal 1º del C. C.).

Nadie se escandalice con el dictamen de que un contrato gratuito pueda ser bilateral (arts. 1150 y 1483 del C. C.).

Vuelvo al mandato en general y no entiendo cómo un individuo pueda contraer las obligaciones de mandatario, responsable hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, aunque éste sea gratuito, si el mandante no contrae, por el contrato mismo, la obligación de proveerlo de lo necesario para la ejecución del mandato(arts. 2155 y 2184, numeral 1º, del C. C.).

—I—

Aunque el mandato gratuito me parece en principio tan bilateral como el remunerado, pienso que cuando es representativo quizá tenga algunas veces el carácter de unilateral.

Vamos a verlo:

Como puede acontecer que por el contrato mismo que de hecho el apoderamiento y que dada la índole del negocio no necesite el mandatario que el mandante lo provea de nada más para su cumplida ejecución, se me ocurre que el mandato representativo y gratuito tal vez sería en esos casos unilateral a causa de que ya celebrado no parece que engendre ninguna obligación para el mandante, pues ya éste, por el contrato mismo, dió el poder. No hablo de posibles obligaciones posteriores, de índole eventual o contingente, que no han de

tomarse en cuenta para la clasificación, tales como las previstas en los numerales 2º, 4º y 5º del artículo 2184.

Así lo entiendo sobre la base de que de suyo la ejecución de ese encargo no requiera nada distinto del apoderamiento.

—J—

En su orden veamos a media vista, sin analizarlos a fondo ni clasificarlos, estos mandatos: los que trae el código civil, en sus artículos 2154 y 1639, y el de la ley 57 de 1887, artículo 11.

El código francés (art. 1990), el chileno (art. 2128) y el colombiano (art. 2154), todos tres, permiten nombrar mandatario a un menor, sin distinguir entre mandato remunerado y mandato gratuito, pero difieren en lo relativo a esa menoría porque el primero habla de “menores emancipados”, el segundo de “menor adulto” (*) y el tercero de “menor no habilitado de edad”.

Aunque el código colombiano dice “menor no habilitado de edad”, ha de entenderse menor púber, porque los actos de los impúberes no producen ni aún obligaciones naturales (arts. 34 y 1504 del C. C.).

Observa Ignacio Moreno Peláez, en sus cátedras de derecho civil (personas), que el legislador define en su artículo 34 los conceptos de infante o niño, impúber, adulto, mayor y menor, y en el artículo 13 de la ley 45 de 1936 el de hijos de familia, pero que se olvida de que éstos, y en general los menores, pueden ser púberes o impúberes, y así en varios textos menciona a los no mayores como si todos estuvieran a un mismo nivel, ras con ras, en cuanto a la validez de sus actos: artículos 290, 301, 302, 306, 307, 309 y 529, lo cual autoriza al intérprete para entender que el código se refiere en esos textos únicamente a los menores púberes.

Más amplio en cuanto a la incapacidad aunque más restringido en cuanto a la materia, el artículo 1639 determina que puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago cualquiera persona a quien el acreedor cometa el encargo, “aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla”.

Este artículo 1639 no reduce la autorización al “menor no habilitado de edad”, como el 2154, sino que la extiende en general a los incapaces, pero reduce el encargo a cobrar y recibir algo que se deba al mandante. (Subsiste la observación respecto de los absolutamente incapaces).

(*) Tal como quedó modificado su artículo 2128 por el 1º de la ley chilena número 7612 de 21 de octubre de 1943.

Fernando Vélez comenta el artículo 1639: "De la redacción de este artículo pudiera deducirse que a un incapaz puede confiársele poder para recibir el pago, pero que éste no puede hacérsele sino cuando sea capaz. Sin embargo, en el particular no se ve por qué no pueda seguirse la regla del art. 2154, pero teniendo presente que no parece aceptable que puedan ser mandatarios los absolutamente incapaces (art. 1504) " (Obra citada. Tomo VI, número 372).

Estas derogaciones de la ley sobre capacidad para contratar me recuerdan la comparación de Tarrible, para quien el mandatario es el andamio que se retira después de acabada la obra. No conozco el texto en francés de esta frase que se ha hecho célebre y por lo mismo no sé si la palabra española "andamio" corresponde a la francesa empleada en el original. En vez de "andamio", yo diría formaleta, armazón o cimbra, porque me parece que así resulta más gráfico el símil.

Huelga decir que los incapaces no pueden ser mandatarios sino en mandatos representativos. Imposible que lo fueran en los no representativos, porque en éstos deben obrar en sus propios nombres.

La actividad del mandatario incapaz en ejercicio de un mandato representativo puede explicarse con la teoría de la **ficción** ideada por Pothier; o con la del **nuntius** sostenida por Savigny "recogiendo ideas romanas", dice Agustín Vicente y Gella. En manera alguna con la de Ihering, para quien la representación **no es más que un acto cuya causa está en el representante y cuyos efectos se producen en el representado**; ni con la de la **cooperación** o acto plurilateral, que sostiene Mitteis; ni con la de la **representación como modalidad del acto jurídico**, que expone Levy-Ullman valiéndose de la opinión de M. Eustache Pilon: **la voluntad del representante sustituye a la del representado** (*).

Para apreciar el alcance de la norma vigente sobre el matrimonio civil por apoderado, artículo 11 de la ley 57 de 1887, conviene recordar las que existían en el código civil, derogadas expresamente por el artículo 45 de dicha ley.

(*) Para reunir estas teorías me he servido de Pérez Palacio ("Representación y Mandato", página 28 y siguientes); Palma Rogers ("Derecho Comercial", tomo II, página 39 y siguientes), y Vicente y Gella ("Derecho Mercantil Comparado." Tomo Primero, páginas 327 y 328). Todos ellos citan a otros autores. Sería muy útil estudiar estas teorías deslindando la representación legal de la voluntaria (mandato).

“Art. 114. Este contrato puede celebrarse por apoderado legalmente constituido”.

“Art. 139. El matrimonio que se celebre por apoderado, será válido siempre que se exprese con toda claridad el nombre de los esposos, y no se revoque el poder antes de efectuarse el matrimonio”.

“El notario por ante quien se extienda la revocación mencionará precisamente la hora en que tenga lugar el acto”.

“Art. 11. Puede contraerse el matrimonio no sólo estando presentes ambos contrayentes, sino también por apoderado especial constituido ante notario público por el varón, hallándose éste ausente, debiendo mencionarse en el poder la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio”.

“El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efecto si no es notificada a la mujer contrayente antes de celebrar el matrimonio”.

Como entre nosotros rara vez ocurre el matrimonio civil, no me detengo a estudiar y clasificar el mandato para contraerlo. Mucho más nos interesa conocer las normas de la Iglesia sobre el matrimonio canónico por apoderamiento. De ahí que yo hubiera pedido al señor presbítero Javier Naranjo Villegas, docto en ambos derechos, un estudio sobre tan importante materia. El, con su habitual solicitud, atendió mi petición elaborando un trabajo muy interesante, publicado en la “Revista de la Facultad de Derecho” (U. P. B.), número 40, página 31 y siguientes.

— K —

Propongo esta clasificación del mandato:

Principal,

Permanente,

Bilateral,

Gratuito u oneroso,

Generalmente consensual y excepcionalmente solemne.

Lo de bilateral ha requerido explicaciones que así resumo:

a). El mandato **no representativo** es siempre bilateral, sea gratuito u oneroso.

b). El mandato **representativo y oneroso** es siempre bilateral.

c). El mandato **representativo y gratuito** es en principio bilateral, pero tal vez sea unilateral en casos como el que propongo en la letra I.

No sé si habré acertado siempre al señalar los atributos del mandato y al exponer algunas ideas en torno de esta convención. Como disiento de pareceres muy autorizados, tengo especial temor de haber incurrido en errores. La materia es difícil y flaco mi juicio. Sorprenderá que tan a menudo use términos dubitativos y que aparezca vacilante, o, como dice Tomás Carrasquilla en una de sus charlas epistolares, "péndulo y paralelo". Mantengo el justo temor de equivocarme; pero, como Santa Teresa, estoy muy aparejado "a creer lo que dijeren los que tienen letras muchas".

CAPITULO XI