



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
PLANTEL ACATLAN.**

297
207

**ESTUDIO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE
MANDATO CON LAS FIGURAS JURIDICAS
DE GESTION DE NEGOCIOS,
REPRESENTACION Y PODER**

T E S I S

Que para obtener el Titulo de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

GERARDO RAMIREZ VILFAÑA

Asesor: Lic. Jesús Flores Tavarez

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

En estos momentos que apunto estoy de lograr obtener el título de licenciado en derecho, hago una pausa en mi vida, dando un vistazo a mis vivencias, reconociendo que el llegar a este momento no hubiera sido posible sin el apoyo de la gente que me rodea, por lo que doy GRACIAS:

A DIOS Y A LA VIDA:

Por la oportunidad que me han brindado de alcanzar y realizar un sueño y un objetivo, así como de haberme dado una familia maravillosa que me respalda en todo momento, brindándome un apoyo incondicional.

A MI MADRE, SEÑORA GUDELIA VILLAFANA:

Quien con amor, enseñanzas y consejos sabios, oriento mis pasos a la obtención de una carrera profesional, a costa de grandes privaciones, gracias madre por creer en mí, si acaso hay un triunfo, el triunfo es tuyo.

A MI PADRE, SEÑOR CRISTOBAL RAMIREZ:

Quien con disciplina sentó las bases de mi educación, para la consecución de una meta que se cristaliza en este momento.

A MIS HERMANOS VICTOR MARTIN, ANA BERTHA, ROSARIO, JCEL Y ELIZABETH:

Quienes en los momentos más apremiantes siempre tuvieron una palabra de aliento, gracias por su incondicional apoyo moral y económico, pero sobre todo por creer en mí.

A MIS MENOS HERMANOS ISELA Y ARMANDO:

A quienes brindo al presente trabajo y los exhorto para que estudien, por que cuando se quiere se puede, esperando superen el presente logro.

A MIS SOBRINOS EDUARDO, ERICKA, JESUS, LUIS, ANGELES, ARTURO Y SOFIA, brindo el presente trabajo como la cristalización de la unión familiar.

A MIS CUÑADOS: ISABEL, ARMANDO, MARTIN Y ENRIQUE:

Quienes siempre estuvieron pendientes de mis estudios, creciendo siempre en mí.

A PATRICIO PARAMO:

Quien con sus acciones buenas o malas me motivaron a seguir adelante.

A SALVADOR GALINDO RIVERA Y FAMILIA:

Extrañable amigo, quien sin sus consejos e impulso y apoyo moral y económico, no hubiera sido posible llegar a la meta, gracias amigo.

A ROSARIO ORTIZ MENDEZ:

Quien me impulsado a alcanzar objetivos con un apoyo incondicional, gracias por creer en mí.

A ARACELI GARCIA MONTOYA:

Por los consejos y confianza brindados para el logro del presente objetivo.

A MIS AMIGOS:

LIC. ALFONSO MAYA, CLAUDIA SOTO Y FAMILIA, NORA MERCADO Y FAMILIA, SAUL DAZA, LETICIA JIMENEZ, ARACELIA CUREÑO, PATRICIA BEZAURY, FLOR, MARTIN, ENMA, JUAN CARLOS, HECTOR, LUPITA Y VIKY, quienes me han apoyado y han creído en mí.

A MIS JEFES:

LICENCIADOS: GUSTAVO DOMINGUEZ, ALFONSO MAYA, ILIANA J. JUSTINIANO, por el apoyo, confianza y conceptos vertidos a mí persona.

A LA ENEP ACATLAN Y SUS MAESTROS, en especial a mi asesor, Licenciado JESUS FLORES TAVARES, gran maestro y jurista, que en sus cátedras me enseñó a conocer y amar a la profesión.

INDICE

	PAGINAS
INDICE	I
OBJETIVO	II
INTRODUCCIÓN	III

CAPITULO PRIMERO

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS, DESDE LOS ROMANOS HASTA NUESTROS DÍAS.

I.- Breve semblanza jurídica de las personas en el derecho romano.	1
a).- Definición o concepto de persona en el derecho romano.	
b).- La persona física.	
c).- La persona moral o colectiva.	
d).- Atributos de la personalidad.	
e).- Pérdida de la personalidad.	
II.- Las personas en el derecho civil mexicano actual.	17
a).- Definición o concepto de persona	
b).- Las personas físicas en nuestra legislación y en la doctrina.	
c).- Las personas morales en nuestra legislación y la doctrina.	
1.- Teorías acerca de la personalidad de las personas morales.	
III.- Atributos de las personas.	29
a).- Atributos de las personas físicas.	
1.- Capacidad.	
2.- Estado Civil.	
3.- Patrimonio.	
4.- Nombre.	
5.- Domicilio.	
6.- Nacionalidad.	

b).- Atributos de las personas morales.

- 1.- Capacidad.
- 2.- Patrimonio.
- 3.- Denominación o razón social.
- 4.- Domicilio.
- 5.- Nacionalidad.

CAPITULO SEGUNDO

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS. COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE GESTIÓN DE NEGOCIOS.	51
II.- EL HECHO JURÍDICO COMO CAUSA GENERADORA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.	53
III.- LA GESTIÓN DE NEGOCIOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	59
A).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR.	
B).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL REPRESENTADO.	

IV.- SEMBLANZA DE GESTIÓN DE NEGOCIOS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.	67
---	-----------

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE CONTRATO.	70
II.- LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.	72
A).- ELEMENTOS ESENCIALES O EXISTENCIAS DE LOS CONTRATOS.	
1.- EL OBJETO DEL CONTRATO.	
B).- ELEMENTOS FORMALES O DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS Y LOS VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR DE NULIDAD AL CONTRATO.	
1.- CAPACIDAD.	
2.- AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.	
3.- FORMALIDAD EN LOS CASOS EXIGIDOS POR LA LEY.	
4.- FIN: NO LICITO.	

CONTRATOS.

IV.- CLASIFICACIÓN.

121

A).- CLASIFICACIÓN LEGAL.

B).- CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

V.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO (FORMAS).

125

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO DE MANDATO.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE MANDATO.

130

II.- BREVE SEMBLANZA HISTÓRICA DEL CONTRATO DE MANDATO.

130

A).- ELEMENTOS PERSONALES.

B).- ELEMENTOS REALES.

C).- ELEMENTOS FORMALES.

IV.- CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DEL CONTRATO DE ESTUDIO.

146

V.- MODO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN COMENTO.

149

CAPITULO QUINTO

ESTUDIO ANALÍTICO DEL CONTRATO DE MANDATO. GESTIÓN DE NEGOCIOS, PODER Y REPRESENTACIÓN.

I.- DEFINICIÓN O CONCEPTO DE.

156

A).- CONTRATO DE MANDATO.

B).- GESTIÓN DE NEGOCIOS.

C).- PODER.

D).- REPRESENTACIÓN.

II.- NATURALEZA JURIDICA QUE REVISTE A EL:

159

A).- CONTRATO DE MANDATO.

B).- GESTIÓN DE NEGOCIOS.

C).- PODER.

D).- REPRESENTACIÓN.

III.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS EN 163

ESTUDIO PARTIENDO DE:

A).- CAUSA GENERADORA.

B).- ELEMENTOS PERSONALES.

C).- DERECHOS Y OBLIGACIONES.

D).- MOTIVO O FIN.

E).- OTRAS CAUSAS.

IV.- HIPÓTESIS JURÍDICAS EN QUE PUEDEN COMBINARSE ENTRE SI LAS 176

**FIGURAS EN COMENTO, Y QUE PUEDEN PROVOCAR CONFUSIÓN
EN EMPLEO DE DICHS TÉRMINOS.**

V.- JUSTIFICACIONES PARA LA EXACTA APLICACIÓN DE LOS TÉRMINOS 183

EN ESTUDIO, CASO EN CONCRETO.

CONCLUSIONES. 187

BIBLIOGRAFIA. 192

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la gente que estudia la ciencia del derecho, aún mas, las personas que son legas en la materia, habrán escuchado y en su caso ejercitado la facultad que nos otorga el derecho positivo mexicano de poder actuar válidamente en un acto jurídico por medio de otra persona, sirviéndose para ello de un contrato de mandato o de una gestión de negocios, que en su caso implica en forma intrínseca las figuras de poder y de representación, reconociendo de este modo la importancia y la utilidad de dichas instituciones creadas por el derecho.

En ese orden de ideas, es triste ver y escuchar en la práctica de la profesión a algunos abogados que utilizan en forma indistinta y como sinónimos los términos de poder, representación, gestión de negocios y contrato de mandato, sin percatarse que esa práctica constituye una aberración jurídica, ya que dichas figuras revisten una naturaleza jurídica especial para cada una de ellas, a la que esta obligado a conocer, interpretar y aplicar todo jurista al caso en concreto, lamentable esa situación no acontece en la realidad.

Esa falta de técnica jurídica tangible en los juzgados, así como en otros recintos en donde se ejerce la ciencia del derecho, aunado a las recomendaciones que en su cátedra hacia el profesor, actualmente asesor del presente trabajo de tesis, LICENCIADO JESÚS FLORES TAVARES, en el sentido de que se hiciera la diferenciación respectiva y la aplicación correcta de las figuras jurídicas mencionadas al caso en concreto, motivaron e inquietaron al suscrito a desarrollar un trabajo de tesis, el cual se encargara al estudio de dicha problemática, de ese modo surgió la tesis titulada:

OBJETIVO

Determinar la naturaleza jurídica que reviste en lo individual al contrato de mandato con las figuras jurídicas de gestión de negocios representación y poder como medio reconocido por el DERECHO CIVIL MEXICANO para actuar a nombre de un tercero.

"ESTUDIO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE MANDATO CON LAS FIGURAS JURÍDICAS DE GESTIÓN DE NEGOCIOS, REPRESENTACIÓN Y PODER."

Teniendo como objetivo dicha tesis, el determinar la naturaleza jurídica de las multicitadas figuras jurídicas, para lo cual en uso del método deductivo se diseñó la estructura en fondo y de forma del presente trabajo de tesis, partiendo de una situación general a lo particular, partiendo en el primer capítulo del estudio de las personas, desde los romanos hasta nuestros días, haciendo incapie a la capacidad como atributo de las personas, donde al surgir la dualidad de capacidad de goce y capacidad de ejercicio, esta última tomara gran relevancia para nuestro objetivo, ya que dicha capacidad de ejercicio, permite la posibilidad de que una persona haga valer sus derechos o cumpla con sus obligaciones por conducto de otra persona, ya sea que el titular de los derechos y obligaciones sea incapaz, o siendo capaz no pueda ejercerlos directamente, de tal forma que pueda en un momento consentir o pactar que lo haga por conducto de otra persona, a la que sólo se le exige la capacidad general de contratar, es decir, que no tengan prohibición para contratar, dando como consecuencia el surgimiento y la intervención del gestor, mandatario, apoderado y representante, que se desarrollaran con amplitud en los capítulos que preceden.

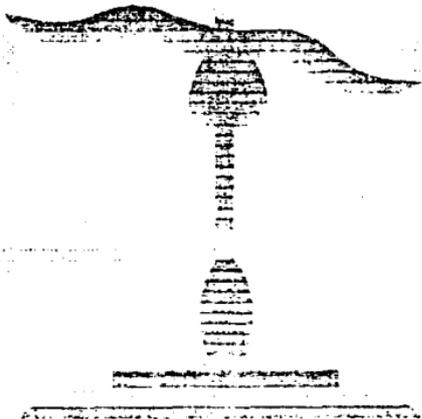
Como se anuncio con anterioridad, el segundo capítulo esta dedicado a la gestión de negocios como fuente de las obligaciones, del cual en forma general se hara una breve semblanza, la que desde luego partira del concepto o definición de gestión de negocios de la causa generadora de la misma, así como de la regulación que de ella hace nuestro actual Código Civil Vigente.

Por otra parte, al hablar del contrato de mandato inmediatamente se establecen dos necesidades a saber primero, recordar generalidades del contrato y segundo, estudiar particularidades del contrato de mandato; consiente de la necesidad mencionada, se dedicaran los capítulos tercero y cuarto para ilustrar a dichas figuras jurídicas, tomando en consideración para ello los aspectos mas relevantes que deben de considerarse para la comprensión y desarrollo del tema, constituyendo sin lugar a dudas la columna vertebral del presente trabajo de tesis, por lo que se solicita a los lectores pongan especial atención a dichos capítulos.

Finalmente, cuando se llegue al estudio del quinto y último capítulo, se podrá apreciar que en el punto culminante se precisaran los conceptos del contrato de mandato, gestión de negocios poder y representación, que servira de punto de partida para que en forma categórica se determine la naturaleza jurídica de las mismas, que a su vez permita percatarnos de las diferencias y semejanzas que en lo particular y en lo general entrañan a las figuras jurídicas en estudio, atendiendo a la causa generadora, a los elementos personales, a los derechos y obligaciones, al motivo o fin y a otras causas que se citan y se ilustran con ejemplos.

Por otra parte, en el presente trabajo, no sólo existio la preocupación de dar un marco jurídico, doctrinario y teórico que revisten a las figuras del contrato de mandante, gestión de negocios, poder y representación, sino tambien hubo la preocupación de tocar aspectos prácticos, motivo por el cual se dedico un apartado que establece hipótesis jurídicas de tipo práctico en que pueden combinarse entre si las figuras jurídicas en comento, que a su vez por su complejidad pueden provocar confusión en el empleo de dichos terminos, tratando de establecer sus diferenciación presisamente para no caer en dicho error.

Como colación del tema se establecen algunas circunstancias que de acuerdo a mi leer haber y entender significan la exacta aplicación de las figuras en estudio, que cubren con una serie de condiciones a través de las cuales se procesaron la forma en que se tuvo alcanzar el objetivo planteado al iniciar el presente trabajo de tesis.



CAPITULO PRIMERO

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS, DESDE LOS ROMANOS HASTA NUESTROS DÍAS.

I.- Breve semblanza jurídica de las personas en el derecho romano.

- a).- Definición o concepto de persona en el derecho romano.
- b).- La persona física.
- c).- La persona moral o colectiva.
- d).- Atributos de la personalidad.
- e).- Pérdida de la personalidad.

II.- Las personas en el derecho civil mexicano actual.

- a).- Definición o concepto de persona.
- b).- Las personas físicas en nuestra legislación y en la doctrina.
- c).- Las personas morales en nuestra legislación y la doctrina.
 - 1.- Teorías acerca de la personalidad de las personas morales.

III.- Atributos de las personas.

a).- Atributos de las personas físicas.

- 1.- Capacidad.
- 2.- Estado Civil.
- 3.- Patrimonio.
- 4.- Nombre.
- 5.- Domicilio.
- 6.- Nacionalidad.

b).- Atributos de las personas morales.

- 1.- Capacidad.
- 2.- Patrimonio.
- 3.- Denominación o razón social.
- 4.- Domicilio.
- 5.- Nacionalidad.

1.- BREVE SEMBLANZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO ROMANO.

a).- DEFINICIÓN O CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO ROMANO.

Sin duda alguna, en la actualidad y en el lenguaje cotidiano cuando escuchamos la palabra persona inmediatamente la asociamos al género humano, sin importar sexo, raza, edad o estado social y ni que decir en el ámbito jurídico, donde se hace extensivo dicho concepto a las personas morales, sin embargo, el término de persona no siempre ha tenido la acepción antes referida, ya que para particularizar, es oportuno señalar que entre los romanos el carácter de persona estaba reservado sólo para algunos seres humanos, los cuales debían cubrir ciertas características o requisitos para ser considerados como tales, los cuales se precisarán en el inciso que precede a éste, por lo pronto únicamente se determinará el concepto o definición histórica de persona quienes toman dicho término del griego "PERSONAE", que alude al verbo retumbar o el que alza la voz, que al pasar a la cultura romana significa "MASCARA", que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer una voz vibrante y sonora.

La persona en el derecho romano revestía tener las condiciones o status siguientes:

- STATUS LIBERTIS, o sea, ser libres y no esclavos.
- STATUS CIVITATIS, o sea, ser romanos no extranjeros.
- STATUS FAMILIAE, o sea, ser independientes de la patria potestad.

Con la evolución del derecho romano el término de persona se amplía hasta abarcar a todo el género humano, quedando comprendidas las corporaciones y/o fundaciones, las cuales difieren de las personas físicas aludidas con anterioridad en este mismo inciso, de dichas diferencias se hará el estudio correspondiente más adelante, por el momento únicamente se hace mención de ellas para hacer notar que esta figura jurídica de amplio reconocimiento y utilidad en el derecho romano antiguo en el cual fue desarrollado en toda su amplitud, pero sin embargo, fue otra de las notables aportaciones que hizo el derecho romano a la ciencia del derecho actual.

b).- LA PERSONA FÍSICA.

Para una mejor comprensión de que por que no todos los seres humanos son considerados como personas en el derecho romano, es importante hacer una breve semblanza de la organización social de esa esplendorosa cultura, la cual encuentra su sustento en la institución de la familia o domus como la llamaban los propios romanos, por ser una de las instituciones más importantes de toda sociedad y ser el núcleo de la misma, a la cual los romanos le dieron ese carácter como punto de partida a la monarquía como régimen político, que en su evolución o cambio paso por la República y el Imperio; pues bien toda familia o domus se encontraba encabezada por un jefe de familia llamado pater familias, quien tenía la condición de persona y ejercía un poder absoluto e ilimitado sobre su esposa, hijos, nueras, nietos y esclavos; en ese orden de ideas, sólo el pater familias era propietario, sacerdote doméstico y juez en asuntos hogareños y por increíble que parezca, tenía el ius vitae necisque, es decir, el derecho sobre la vida y la muerte de los integrantes de la domus.

De la semeblanza que antecede, se desprende que del núcleo familiar la figura individual del pater familias era la más importante, ya que los demás integrantes de la familia para su existencia misma se encontraban sujetos a dicho jefe de familia, motivo por el cual para hacer una distinción entre dicho personaje y el resto de la familia, el derecho romano les adjudicó la palabra " persona ", que como ya se menciona con anterioridad, significa " mascara ", la cual tiene en parte la conceptualización actual, es decir, es una investidura para actuar, aunque en este caso la escena de actuación es la vida social que el actor lleva al derecho romano, y sus elementos que ya se mencionaron son:

- SER LIBRES, no esclavos (STATUS LIBERTIS).
- SER ROMANO NO EXTRANJERO (STATUS CIVETATIS).
- SER INDEPENDIENTES DE LA PATRIA POTESTAD (STATUS FAMILIE).

Requisito esencial es que la persona deba reunir en su conjunto todas y cada una de las características citadas en el párrafo que antecede, ya que existen casos en que un ser humano reunía algunos de estos requisitos, pero por no tener dichos caracteres en su conjunto no se le podía considerar persona. Para un mejor entendimiento de lo antes expresado, a continuación se hace un breve análisis de las multitudadas características de las "Personas", haciendo constar algunas circunstancias en que se puede perder uno de los requisitos en cita; para una mejor ilustración, se tomará en cuenta consideraciones que al respecto hace el maestro GUILLERMO F. MARGADAT'S, en su obra titulada Derecho Romano, de las cuáles se hace la interpretación debida que a continuación se plasma en los términos siguientes:

1.- STATUS LIBERTIS O ESTADO LIBRE.

Que a contrario sensu, se trata de la esclavitud romana, la cuál no debe de confundirse con la esclavitud que aplicaban otro tipo de civilizaciones, en que el esclavo es tratado como un objeto o como un animal irracional, y que si bien es cierto, en la cultura romana se consideraba al esclavo como parte del patrimonio, por esa misma razón se le cuidaba, e incluso se dice, que en un inicio existía una convivencia directa entre esclavo y pater familias, donde algunos esclavos por su conducta y/o educación realizaban trabajos administrativos, amén de que los diferentes regímenes jurídicos y políticos que rigieron a los romanos, existieron consideraciones de hecho y derecho, tanto en el *ius honorarium*, *ius civile*, así como en el Derecho Clásico y Postclásico.

Pero incluso una persona libre podía perder su *status liberty* y convertirse en esclavo, así tenemos como causas de esclavitud:

I.- EL *IUS GENTIUM*, prevé las dos siguientes:

- 1.- La cautividad, resultado de una guerra justa.
- 2.- El nacer de una esclava.

II.- EL *IUS CIVILE*, señala como causa de esclavitud:

a).- SEGÚN LAS DOCE TABLAS

- 1.- La negativa a inscribirse en el registro del censo.
- 2.- La negativa a participar en el servicio militar.
- 3.- El incumplimiento del pago de una deuda.
- 4.- El flagrante delito de robo cometido a una persona libre.

b).- EN CUANTO AL DERECHO CLÁSICO Y POSTCLÁSICO, se consideraban como causas de esclavitud:.

- 1.- La condena a ser arrojado a las fieras o a trabajos forzados en las minas.
- 2.- Relaciones sexuales de una mujer libre con un esclavo ajeno con la manifiesta voluntad del señor.
- 3.- La ingratitud del liberto, o el hecho de que un delictivo llaga demasiado cerca a Roma.
- 4.- El hecho de dejarse vender como un esclavo por un amigo, a pesar de ser libre, para reclamar luego la libertad y participar entonces de la ilícita ganancia del vendedor".¹

De las causas de esclavitud que prevé el IUS CIVILE, clasificación tomada de la obra del Profesor Floris Margadant's.²

¹ EL DERECHO ROMANO, FLORIS MARGADANT, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 1988, PÁG. 124 Y 126.

² EL DERECHO ROMANO, FLORIS MARGADANT, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 1988, PÁG. 124 Y 126.

Se puede distinguir que son causas de esclavitud las conductas antisociales que atenta contra los intereses del Estado Romano; las conductas que regulan y sancionan las XII tablas, son conductas que atenta contra la moral individual, la cual puede trascender a las instituciones base de toda organización social, como son la familia y el Estado.

Ahora bien, si bien es cierto que una persona puede perder su libertad, también lo es que los esclavos pueden aspirar a convertirse en seres libres, así tenemos que entre las formas de EXTINCIÓN DE ESCLAVITUD, se encuentran:

Como acto natural la muerte del esclavo, como acto del hombre en el que no mediaba la voluntad de la "persona" por fuga del esclavo; como acto de voluntad del pater familias por la devolución convenida que hacía del esclavo. Así mismo, se mencionan que también existían formas especiales de obtener la libertad (por la ley y/o el Estado), pero sin duda la figura por excelencia fue la MANUMISSIO, la cuál se debía a un acto especial del Sui Iuris.

Al respecto menciona el maestro Floris Margadan¹, que la MANUMISSIO se encontraba regulada tanto por el Ius Civile y el Ius Honorarium, la primera de ellas requería solemnidad, mientras que en la segunda no existían dicha solemnidad; y se pueden agrupar de la forma siguiente:

I.- MANUMISSIO DEL IUS CIVILE.

- a).- MANUMISSIO SENSU, por inscripción del esclavo en el registro del censo.
- b).- MANUMISSIO VINDICTA, por un juicio simulado la libertad.
- c).- POR TESTAMENTO, en caso de que el testador considera al esclavo su libertad u obligará al heredero a dársela .
- d).- MANUMISO IN SACROSACTIS ECCLISIS, mediante una doctrina hecha por el sacerdote ante los fieles, reunidos en la iglesia.

II.- MANUMISSIO DEL IUS HONORARIUM.

De las características más importantes se puede afirmar que no requiere formalismo alguno, la única condición es que el señor haya manifestado claramente su voluntad invulnerable para manumitir, mediante una declaración verbal ante amigos (MANUMISSIO INTER AMICOS) o luego de haber invitado al esclavo a comer con él (MANUMISSIO POST MENSAM).

De la clasificación anterior se deduce que en la manumissio que regula el Ius Civile que requiere la intervención del Estado para que surta efecto, mientras que la manumissio que prevé el Ius Honorarium, trata de un acto unilateral de voluntad por parte del pater familias para su plena

eficacia, y como quedo asentado, el único requisito es que formule su voluntad de manumitir de forma indudable.

Por otra parte el esclavo que obtenía su libertad por medio de la manumissio recibía la condición de liberto, término con el cual se hacía alusión de que con anterioridad había sido esclavo, condición en la que volvía a poder caer por su ingratitud en la que podía incurrir con la persona que le había dado la libertad.

b).- STATUS CIVITATIS (LA CIUDADANÍA ROMANA).

La ciudadanía romana tenía gran importancia en dicha civilización, ya que esta permitía que quienes eran considerados como romanos con ciudadanía realizaran ciertos actos jurídicos y de gozar de todas las prerrogativas del Ius Civile, las cuales más adelante se detallarán. Pero, ¿Cuáles eran las formas de adquirir la ciudadanía? al efecto el maestro Eugene Petit en su obra tratado Elemental de Derecho Romano; dice que la ciudadanía romana originalmente se adquiriera bajo dos condiciones a saber:

"1.- A CAUSA DEL NACIMIENTO.

En el derecho romano el estado de las personas se determinaba por la condición del padre o la madre y no por el nacimiento, observando las reglas siguientes:

I.- El hijo nacido *ex justis nuptis* sigue la condición en el momento de la concepción, pues la obra del padre queda entonces terminada.

II.- Fuera de las justicias nuptiere, segula la condición de la madre el día del parto.

2.- DE LAS CAUSAS POSTERIORES AL NACIMIENTO.

I.- El esclavo se hacía ciudadano por un *manumissio* regular, es decir realizados por un señor propietario del esclavo, es *Iun Quinim*, y siguiendo las formas legales.

II.- El peregrino obtenía el derecho de la ciudadanía en virtud de una concesión expresa, acordada por una decisión de los comicios, por un *senado consulto* o por el Emperador, cuya concesión podía ser más o menos extensa³

Como se menciona en párrafos anteriores, la importancia de la ciudadanía romana es que se pueden realizar actos jurídicos que se encuentran tutelados por el *Ius Civile*, entre los más importantes se pueden mencionar el *Connubium* que es el derecho de casarse, EL *IUS COMERCIIUM*, que es el derecho de realizar actos de comercio, el derecho a recurrir a la *Legris Acciones*, que es la facultad de recurrir al riguroso procedimiento de *quiritalo*, siendo estas las

³ TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, EUGENE PETIT, EDICIONES SELECTAS, MEXICO, D. F. PÁG. 84.

principales consecuencias de derecho privado, ya que el derecho público, se adquiría la facultad del *Ius Suffragii*, que es el derecho de votar en la comisión y en la concilia plebis, el *Ius Honorarium* que es la posibilidad de ser elegido a una magistratura y el derecho de servir en las legiones que no es otra cosa que poder servir al ejército romano.

En cuanto a las causas de pérdida de la ciudadanía romana, los principales autores de derecho romano, entre ellos, el maestro Flores Margadan't y Eugene Petit, reconocen la esclavitud por emigración y la adquisición de otra ciudadanía y como consecuencias de una pena.

c).- EL STATUS FAMILIE (SER INDEPENDIENTE DE LA PATRIA POTESTAD DEL PATER FAMILIAS).

Con frecuencia de una misma domus podían existir aparte del pater familias, otros seres libres, llamados ingenuos, los cuáles eran llamados así por no reunir en su conjunto las condiciones o requisitos de "personas", y para distinguirlos y/o diferenciarlos entre "personas" y/o "libertos", se les llamaba *ALIENA IURIS*, ya que se encontraban bajo la patria potestad del *Sui Iuris*, estas personas *ALIENA IURIS*, su capacidad era ficción, ya que aunque se les reconoce la capacidad de goce y de ejercicio, ésta se encontraba restringida, ya que por una parte los bienes que adquiría pasaban al peculio del pater familias y por otra parte los actos jurídicos que realizaban eran un reflejo de la voluntad del pater familias.

c).- LA PERSONA MORAL O COLECTIVA.

Sin duda alguna, uno de los más grandes legados que hizo el derecho romano a la ciencia jurídica de todo tiempo y lugar, fue la creación de la persona moral, colectiva, corporativa o legal, a la cual le dio una regulación como ser independientemente a la persona física, con personalidad propia de una con otra, concibiendo a dichas personas morales como ficciones inminentemente jurídicas, a las que clasifiqué en dos grandes rubros a saber, que son:

Las corporaciones y fundaciones, distinguiéndose entre sí por el objetivo que persiguen ya que por una parte las corporaciones van a estar integradas por miembros asociados voluntariamente o por la fuerza, cuyo objetivo o finalidad puede ser de carácter público, semipúblico y privado, mientras que las fundaciones son afectaciones de patrimonio sin fin determinado a fines religiosos o de beneficencia, teniendo su mayor impulso en la fase imperalismo romano.

De acuerdo a los testimonios que al respecto han plasmado en sus obras Floris Margadan't y Eugene Petit las corporaciones reúnen ciertas características, personalidad jurídica que con mayor amplitud se abordara en el inciso que procede a fines con las personas morales actuales, como son la independencia que existía con sus miembros de patrimonio, de sus actos de sus miembros no afecten la situación jurídica de la persona colectiva, salvo en los casos previstos en el derecho. En ese orden de ideas el jurisconsulto Floris Maargadan't hace una breve clasificación de las corporaciones las cuales se transcriben a continuación.⁴

⁴ DERECHO ROMANO, FLORIS MARGADAN'T, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 1988, PÁG 117

Las corporaciones pueden ser:

1.- DE CARÁCTER PÚBLICO. (Estado, Municipio) desde muy pronto los juristas romanos comprendieron que el estado tenía en su poder bienes que no podían considerarse como propiedad de todo los ciudadanos, sino que correspondían a un titular distinto: el Estado o el Municipio.

2.- DE CARÁCTER SEMIPÚBLICO. Con autorización especial, dado por el Senado y, más tarde, por el emperador, pudieron formarse por analogía con el Estado y el Municipio, determinados organismos semipúblico, como sindicatos, otras las religiosas, cuerpos de bomberos, etc., que tuvieron su personalidad jurídica distinta de las de sus miembros.

Para la formación de tal Colegio se necesitaba un mínimo de tres miembros, pero la reducción posterior de este número no afectaba la existencia de esta persona colectiva, como acabamos de ver.

3.- DE CARÁCTER PRIVADO. Sólo excepcionalmente, organismos dedicados a la especulación comercial privada podían recibir personalidad jurídica. Encontramos tales datos en relación con la explotación de minas o de salinas y con el arrendamiento de impuestos. Por lo demás, las sociedades que se formaban con fines económicos privados tenían efectos contractuales meramente internos (Respecto con la repartición de pérdidas y ganancias, en relación con la responsabilidad de los socios por alguna culpa, etc.) En cambio no tenían efectos sobre terceros ya que tales sociedades no formaban un nuevo centro de imputación de los derechos y deberes, de los miembros componentes. A este respecto, las sociedades romanas se parecían a nuestra asociación por la participación, cuyos efectos son, igualmente, solo de carácter interno".

En cuanto a las fundaciones, si se desea encontrar su símil con alguna figura jurídica de la actualidad, se haría con las asociaciones civiles y/o sociedades civiles, ya que las mismas en su esencia no persiguen el lucro sino la consecución de un objetivo de carácter eminentemente social, como en su oportunidad se mencionó las fundaciones son patrimonios afectados afines religiosos o de carácter de beneficencia.

Finalmente, ya para dar por agotado el desarrollo del presente inciso y para fines meramente enunciativos y de antecedentes del objetivo materia de este trabajo de tesis es preciso establecer que "El ejercicio de los derechos pertenecientes a la persona moral que confiaban, bien a sus esclavos, o bien a una especie de curador que los textos clasificaban de actor, syndicus omagister".⁵

d).- ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

Como ya quedo expresado con anterioridad, en el derecho romano una persona es aquel ser humano libre, de nacionalidad romana y sui iuris, que trae aparejada otro tipo de características inherentes o accesorias a dicha condición, que en su conjunto se conoce como atributos de la personalidad o derechos fundamentales de la persona, los cuales se subdividen en dos categorías, siendo estas: Atributos esenciales, los cuales se pueden expresar de la manera siguiente:

⁵ TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, EUGENE PETIT, EDICIONES SELECTAS MEXICO 1982, PÁG.164.

1.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PERSONALIDAD.**a).- CAPACIDAD JURÍDICA.**

La cual no varía en gran cosa con el concepto moderno de dicha figura jurídica, a la cual se puede definir como la susceptibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, la cual se subdivide, también como en el derecho moderno, en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo la más importante la primera de la citada, ya que no puede concebirse a una persona sin capacidad de goce, ya que aquellas "personas", que carecen de capacidad de ejercicio como las mujeres, impúberes, pródigos y discapacitados-, se subsanaba con el nombramiento de un tutor o de un jurador, según el caso para que estas ejerzan aquella gran importancia para el tema. El material de este trabajo de tesis reviste lo antes asentado ya que del mismo se desprende que son de las principales preocupaciones del hombre para poder subsanar las limitaciones de la capacidad de ejercicio sean buscado y encontrado figuras como las antes ya mencionadas que suplan esas deficiencias, de allí la importancia de distinguir la naturaleza jurídica que en lo individual reviste a las mismas, para una exacta aplicación del lenguaje jurídico que obliga a todo profesional de la ciencia del derecho.

Retomando el tema es oportuno hacer constar que en el derecho romano la capacidad de goce se adquiría con la pubertad con sus excepciones, como las antes citadas para algunos SUI IURIS.

b).- PATRIMONIO.

Los romanos conceptualizaban al PATRIMONIO cómo "El Conjunto de res Corporales (cosas tangibles), incorporales (créditos y otras cosas intangibles) y deudas que corresponden a una persona cómo regla general cada persona tiene un Patrimonio y cada patrimonio pertenece a una persona".⁶

El Patrimonio al igual que la capacidad son considerados cómo derechos indispensables o inalienables que debe de gozar toda persona e incluso es un derecho que se prórroga en relación a los integrantes de sus domus ya que como se estableció en su momento, los bienes que adquirían dichos integrantes pasaban al patrimonio de la persona, no las deudas, ya que la persona en su calidad de pater familias podía optar en asumir la obligación de un esclavo aliena iuris u optar por el abandono noxal.

2.- Para los romanos los elementos esenciales de la personalidad se contemplaban con otras características. Los cuáles no eran exclusivamente de las personas ya que esclavos, plebeyos, aliena iuris, podían tener dichos requisitos, entre estos requerimientos esenciales, tenemos al DOMICILIO y al NOMBRE.

⁶ DERECHO ROMANO, FLORIS MARGADAN'T, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 1988, PÁG. 134.

I.- EL DOMICILIO.

Por lo que respecta a éste elemento, los romanos desarrollaron en forma extraordinaria dicha figura, distinguiendo varios tipos de domicilio; partiendo del concepto de domicilio, es el lugar en donde una persona tiene el centro especial de su existencia, del cual no se separa si nada lo obliga ; y si está lejos del mismo parece estar en peregrinación, una peregrinación que sólo termina cuando regresa a su lugar de origen. Y como se comentó con anterioridad, el derecho romano distinguió diversos tipos de domicilio entre los que tenemos al domicilio de origen, que es el que se adquiere con el nacimiento: EL DOMICILIO VOLUNTARIO, el cuál se elige libremente por la persona, siendo el centro de su vida, con el ánimo de que sea permanente.

II.- EL NOMBRE.

Al nombre los romanos lo consideraban cómo un elemento de identificación que servía para distinguir a las personas entre sí, o en su caso, a los esclavos entre ellos mismos, siendo oportuno hacer notar de que exista un número reducido de lo que estrictamente es el nombre, el cuál para adquirir la diferenciación mencionada se le agregaban otros elementos distintivos, como podían ser el gentilicio (NOMEN) y otros elementos que quedaba a elección de los padres (COGNOMEN).

e).- PERDIDA DE LA PERSONALIDAD.

La pérdida de la personalidad física o de la persona misma, tenía lugar en los siguientes supuestos:

- POR CAUSA NATURAL (La Muerte).
- POR PERDER LA CIUDADANÍA.
- POR DEJAR DE SER SUI IURIS.

En resumen, se puede afirmar que la pérdida de la personalidad en el derecho romano por causas imputables al hombre significaba perder la condición de " persona " o dejar de ser sui iuris con las consecuencias que se mencionaron en su oportunidad en los puntos que anteceden y que se tienen por reproducidos en el presente en obvio de innecesarias repeticiones.

II.- LAS PERSONAS EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO ACTUAL.**a).- DEFINICIÓN O CONCEPTO DE PERSONA.**

En nuestros días, a diferencia del derecho romano, en la ciencia del derecho y desde los puntos de vista religiosos, éticos, sociales, económicos, políticos o de otra índole, al escuchar la palabra persona inmediatamente la asociamos a un ser vivo racional es decir, al género humano sin importar sexo, nacionalidad, estado civil o cualquier otra cualidad de carácter jurídico, social o religioso; al respecto bástenos recordar el contenido del artículo primero de nuestro máximo

ordenamiento jurídico, de donde se destacan los principios de igualdad jurídica y de libertad en su numeral segundo, los cuáles se transcriben a continuación:

***ARTÍCULO 1.-** En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuáles no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*.

***ARTÍCULO 2.-** Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren en el territorio nacional alcanzarán por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes*.

Para efecto de desentrañar el sentido estricto y jurídico de la palabra persona, a continuación se reproducen diversos conceptos de la palabra persona:

b).- PERSONA.

Ser físico (hombre o mujer), o ente moral (pluralidad de personas legalmente articulado), capaz de derechos y obligaciones.

**F. Individuo de la especie humana. Hombre de distinción o dignidad. Hombre dotado de notable la inteligencia, habilidad o prudencia F11 Supuesto Inteligente Gram Cada una de las distintas posiciones en que considera, respectivamente, a la persona que habla, y aquella de que se habla*.⁷*

⁷ GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO VISUAL. PROGRAMA EDUCATIVO VISUAL S. A. DE C. V. . ENCA 1932, MÉXICO, PANAMÁ, COLOMBIA, ESPAÑA, PÁG 943

Del concepto antes vertido, se puede destacar que en el mismo se observa que la persona es vista desde un punto de vista ético, como un ser dotado de voluntad y de razón, capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos, es decir, se trata de la unidad o ente concreta real en sí de actos de diversa índole, pero si se quiere ver a la persona desde el punto de vista religioso, puede señalarse que se alude al hombre como la creación del ser supremo o divino.

De las diversas acepciones que puede tener el vocablo de persona, es importante destacar que pese a sus diferencias de fondo y de forma con que se aborda dicho concepto, todas las posturas hacen referencia al hombre, dicho en otras palabras, se utiliza como sinónimo el concepto de persona con la de hombre (como género humano).

Sin embargo, para nuestro estudio el concepto de persona más importante es el jurídico, el cual en términos generales debe entenderse de la manera siguiente.

PERSONA. - Ser físico (hombre o mujer) o ente moral (pluralidad de personas legalmente articulado), capaz de derecho y obligaciones.

Del anterior concepto, se desprende que persona no es únicamente el hombre, sino que también este concepto se hace extensivo a las personas morales, a quienes los juristas, desde el derecho romano, llaman personas jurídicas, por que es precisamente el derecho quien las crea, si bien es cierto bajo una ficción, misma que corresponde a una teoría que estudia a dichas personas, de la cual se hará el estudio correspondiente mas adelante y se determinará su aplicabilidad en

está polémica jurídica, así mismo es oportuno señalar que no debe de entenderse como sinónimo la palabra persona y hombre, ya que para el derecho lo más importante del hombre es la conducta (acto jurídico) o situaciones en la que media la misma (hecho jurídico), a los que se les atribuye consecuencias jurídicas, pasando a segundo plano los demás caracteres o cualidades de índole biológica, psíquico, moral, ético, etc.

b).- LAS PERSONAS FÍSICAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN Y EN LA DOCTRINA.

El marco jurídico de las personas físicas se encuentra regulado en el libro primero del Título primero del código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, que en términos generales se encuentran plasmadas en los artículos 22 y 24 del ordenamiento jurídico invocado, en los cuáles la capacidad jurídica adquiere una relevancia singular e importante y de la forma en que puede ejercer se hace hincapié de las restricciones al ejercicio a la personalidad jurídica de los incapaces otorgándoles la facultad de poder ejercer sus derechos y obligaciones a través de un representante; acerca de la modalidades y formalidades jurídicas en que se va a ejercer la representación antes citada, en capítulos posteriores se pormenorizará las mismas, por ahora únicamente se enuncia dichas circunstancias, mismas que son materias del presente trabajo de tesis.

Por otra parte, el hecho de que la Legislación Civil vigente únicamente en tres de sus numerales expresamente regula la figura de las personas físicas, no implica que solamente está se en cuenta comprendida en los preceptos legales citados, ya que dicho numeral se completan con el resto de los artículos de la legislación sustantiva, atendiendo al supuesto jurídico de que se

trate (que pueden ser de derecho de familia, derechos reales o derechos personales), en la que se

puede colocar una persona física, ya que los dispositivos legales de referencia se concatenan entre sí, para respetar los principios de seguridad jurídica y de exacta inaplicación de la ley, que como ya sabemos por mandato constitucional en caso de actos de autoridad deben de estar debidamente fundados y motivados.

Ahora bien, como se cito en su oportunidad , en el Código Civil Vigente existe un apartado muy pequeño que habla de las personas físicas, pero esta deficiencia o ambigüedad legal se ve compensada por la doctrina, a través de la cuál los jurconsultos de la materia, como RAFAEL ROJINA VILLEGAS, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, entre otros, en sus obras dedican capítulos especiales en que se abordan a las personas físicas como tales, las cuales en términos generales van desde conceptos, - tema que se abordo con anterioridad en el presente estudio -, haciendo especial énfasis en los atributos de la personalidad, los cuáles se trataran con su amplitud debia en los incisos que preceden.

c).- LAS PERSONAS MORALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN Y EN LA DOCTRINA.

En nuestra legislación Civil actual el régimen jurídico de las personas morales, jurídicas o colectivas, se encuentra regulado en lo previsto por los artículos 25, 26, 27, 28, bis., que integran al Título Segundo del Libro Primero del Ordenamiento Jurídico en consulta, a través del cual en el

primero de los dispositivos legales invocados de manera causística enumera ocho supuestos en que se puede hablar o aplicarse el término de persona moral; en cuanto a los numerales 25 y 26 citados con anterioridad, aluden a la forma o manera en que van ha ejercitar su capacidad las personas colectivas; finalmente las normas legales 28 y 28 bis. de la Codificación Civil, menciona dos principios que dirimen, en su caso, un conflicto de leyes en el espacio, los cuáles en concreto se adicional a los artículos 12 al 21 de la ley en cita. Como complemento al presente apartado, a continuación se transcriben a la letra los preceptos de derecho invocados:

***ARTÍCULO 25.- SON PERSONAS MORALES:**

- I.- La Nación, los Estados y los Municipios.
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.
- III.- Las sociedades civiles o mercantiles.
- IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la constitución federal.
- V.- Las sociedades cooperativistas y mutualistas.
- VI.- Las asociaciones distintas de la enumeradas que se propagan fines político, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley.
- VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos el artículo 2736*.

***ARTÍCULO 26.- Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución*.**

"ARTÍCULO 27.- 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 por sus estatutos".

"ARTÍCULO 28.- Las personas morales se registrarán por las leyes correspondientes por su escritura constitutiva y por sus estatutos".

"ARTÍCULO 28 BIS.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada no regidas por otras leyes, solamente podrán establecerse en el territorio de la república, cumpliendo con las disposiciones legales aplicables y previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores".

De igual forma que con las personas físicas, sería lógico pensar que los preceptos legales antes citados, son los únicos que norman la esfera jurídica de las personas colectivas, siendo obvio decir, que de acuerdo al caso (acto jurídico) en particular que se trate (compra, venta, donación, etc), se enriquecerá o complementará el marco jurídico en referencia.

Por otra parte, el estudio de la figura jurídica de las personas morales no pueden limitar únicamente a lo que pretende la Legislación Civil en lo relativo, ya que el mismo se debe de complementar con otras fuentes del derecho, como lo es la doctrina, misma que se encarga de interpretar el contenido y alcance de la norma, tal y como lo refiere el artículo 19 del Código sustantivo Civil, que se encuentra inspirada del párrafo 4 del artículo 14 Constitucional, amén de existir otro tipo de fuentes importantes, cómo lo son la jurisprudencia o los principios generales del derecho, sin embargo, en este trabajo de tesis, únicamente será elemento de estudio la doctrina.

Y es precisamente la doctrina, que la figura jurídica de la persona moral o colectiva, ha despertado grandes polémicas, ya que existen por un lado juristas que niegan a ésta el carácter de persona confrontando entre si los atributos de la personalidad tanto de la persona física como de la persona moral, por otra parte, existen otros peritos de la materia que sostienen que aún cuando existen diferencias de tipo biológico, social, económico, etc., entre las personas físicas y corporativas, en esencia la persona jurídica tiene plena existencia; ésta diversidad de opiniones encontradas a dado origen a la creación de diferentes doctrinas o teorías que estudian desde diferentes puntos de vista a las personas morales, que han enriquecido a esta figura jurídica, en ese orden de ideas las doctrinas mas relevantes o importantes se agrupan en tres rubros a saber:

- TEORÍAS NEGATIVAS (Como realidad social y económica).
- TEORÍAS REALISTAS.
- TEORÍAS FORMALISTAS.

De estas agrupaciones se hará una breve semblanza en los términos que a continuación se describen:

I.- TEORÍAS NEGATIVAS.

En esencia las teorías negativas de las personalidad colectivas pretenden demostrar que la persona jurídica en esencia no existe ni reviste naturaleza de persona y que, entre las principales tenemos las que se nombran y describen párrafos mas adelante.

1.- LA TEORÍA DE LA FICCIÓN JURÍDICA.

Entre los principales exponentes de esta teoría se pueden nombrar a SAVINGY, PUCHTA, LAUREN, ESMEIN, quienes entre otros coinciden en señalar que únicamente los seres dotados de libre voluntad o albedrío pueden ser considerados como personas, y que las únicas que cuentan en forma autónoma de la capacidad de "querer una conducta" son los seres humanos motivo por el cual sólo el género humano tiene condición de persona, al efecto hace jurista alemán Savigny, la siguiente aportación:

** Persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos, dichos solo pueden tenerlos los entes dotados de voluntad; por lo tanto, la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, ya que tales entes carecen de albedrío".⁹*

Esta teoría no es aceptada por la mayoría de los juristas contemporáneos, ya que en su caso se ha demostrado que dicha teoría no se adecua a la realidad, entre las principales objeciones que se hacen a la misma, están las siguientes:

- a).- Se señala que los infantes y discapacitados son incapaces de tener voluntad propia y sin embargo son considerados como personas.

⁹ GARCÍA MAYNEZ EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 273.

- b).- Otra objeción importante, es la interrogante que se hacen los precursores de esta teoría
- ¿ Cómo explicar la existencia del Estado, si este también es una persona moral ?
 - y ¿ Si es una ficción puede ser creadora de otras ficciones?.

2.- TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.

Entre los principales juristas que sustentan los principios de esta teoría, que se sustenta en la finalidad del patrimonio, podemos nombrar a Briaz y Wincheid, quienes cuestionan la existencia de las personas morales en relación con las personas físicas, distinguiendo entre patrimonio de personas y patrimonio de destino o afectación, el cuál corresponde respectivamente a las personas citadas con anterioridad en primer y segundo termino.

En ese orden de ideas, sostiene que el patrimonio afecta a un destino o finalidad civil comercial de asistencias, etc. no existiendo un sujeto sino un conjunto de bienes destinados a un fin. Para concretizar el sentido y alcance de esta teoría citare a continuación el señalamiento que al respecto hace el maestro García Maynez.

"Los derechos y obligaciones de las personas colectivas no son de acuerdo a la tesis de

Briaz, obligaciones y derechos de un sujeto sino del patrimonio, y los actos realizados por los órganos no valen como actos de una persona jurídica, sino como actos que los órganos ejecutan en representación del fin a que el patrimonio se encuentran consagrados: si desaparece, y el fin que sirve es de índole privado, el ente se extingue, pero si la finalidad es de carácter público, la extensión del patrimonio no produce necesariamente la muerte del ente⁹.

Esta teoría, al igual que a la teoría de la ficción se le han hecho objeciones, que en su conjunto demuestran su inaplicabilidad, que se concretizan en las siguientes consideraciones.

No pueden existir derechos sin sujeto, los patrimonios personales son destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de destino, así como, la existencia de personas morales carentes de patrimonio, las cuales por ese hecho no dejan de ser sujetos de derecho.

Del esbozo doctrinal hecho de las doctrinas que niegan la existencia de las personas jurídicas o morales, se deduce que las mismas en su esencia y llevadas al extremo, carecen de objetividad y aplicabilidad para la tipificación de la figura en estudio, ya que por desgracia los creadores y percusores de estas teorías confunden y manejan como sinónimo el concepto de sujeto de derecho y el del hombre (cómo género humano), cuestión que quedo debidamente aclarada en los inicios que anteceden al presente, razonamientos que se tienen por reproducidos en el presente en obvio de innecesarias repeticiones.

⁹ GARCÍA MAYNEZ EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 283.

TEORÍAS REALISTAS.

Esta corriente surge en contra posición a las teorías que niegan la existencia de la persona colectiva o moral, partiendo del principio de que no solo el hombre es persona, haciéndose extensivo dicho concepto a la persona jurídica que reúne los requisitos de fondo y de forma que exige el derecho para tener vida real dada su propia naturaleza.

De las más importantes Teorías Realistas se pueden citar y detallar las siguientes:

1.- LAS TEORÍAS ORGÁNICAS U ORGANISTAS.

Esta teoría equipara en forma análoga los diversos órganos del ente social o colectivo a los órganos del cuerpo humano, en este orden de ideas, el creador de dicha doctrina Otto Gierke, señala que la persona moral es la voluntad colectiva, es decir, ésta teoría obtiene que a parte de la voluntad individual de los socios, existe una voluntad distinta de las voluntades de cada uno de los individuos que la conforman, sin que eso implique que existía discrepancia total y absoluta entre la voluntad de los socios y la del ser corporativo, ya que la unión orgánica de las voluntades individuales conforman a un ser real con voluntad propia, ajena a la de sus socios.

Concretizando y para una mejor comprensión de la presente teoría materia de estudio, se debe de establecer que la voluntad de la persona física que conforma en su conjunto a la persona moral, tienen autonomía total entre sí reconocida por el derecho sustantivo.

2.- TEORÍAS FORMALISTAS.

El principal exponente de esta teoría es el maestro Francas Coferrera, quien afirma que la persona moral o jurídica es un producto del Orden Jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo, sin que esto implique una invención que la ley, ya que en esencia la persona corporativa es la traducción jurídica de fenómeno de la vida real social que se expresa en derecho una idea ya elaborada de la sociedad.

III.- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS.

Analizando en forma histórica, desde los romanos, hasta nuestros días, la figura jurídica de la persona, ha quedado establecido la diferencia, semejanza y relación que existe entre las personas físicas y personas morales, es oportuno entrar al análisis de los atributos de la personalidad o de las personas, que no son otra cosa que el conjunto de características o cualidades que les son propias por su misma naturaleza y que sirven para individualizar y diferenciar entre sí a las personas físicas, así como a las personas morales entre ellas.

a).- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

1.- CAPACIDAD.

Como preámbulo de este inciso, en forma genérica se precisara el punto de vista legislativo y doctrinal que implica en su análisis la capacidad como atributo de las personas físicas.

La capacidad de las personas físicas se encuentran regulado en el artículo 22 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

"ARTÍCULO 22.- 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".

Por otra parte, un concepto doctrinario de capacidad que reúne en esencia los elementos que proponen diversos autores sobre el tema, es el que hace el maestro Ignacio Galindo Garfias, quien señala "se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo".¹⁰

Del concepto vertido con anterioridad, se establece que la capacidad como atributo de la personalidad, para su estudio se puede dividir, en:

- CAPACIDAD DE GOCE.
- CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Entendiéndose por CAPACIDAD DE GOCE a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y por CAPACIDAD DE EJERCICIO, como la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir estos por sí mismos, siendo sin lugar a dudas está última la más importante para el

¹⁰ GALINDO GARFIAS IGNACIO, DERECHO CIVIL, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1983, PÁG. 384

presente estudio, ya que en los incisos que preceden se analizarán las diversas formas o figuras jurídicas que el legislador ha plasmado en el derecho positivo vigente para que una persona haga valer la capacidad de ejercicio, como lo son el contrato de mandato, poder representación y gestión de negocios. debido a la importancia de este atributo de la personalidad se hará un estudio en forma más detallada en la forma siguiente:

1.- CAPACIDAD DE GOCE.

Se puede determinar que la capacidad de goce es un derecho inherente a la naturaleza humana, el cual se adquiere desde el nacimiento, en algunos casos desde su concepción, y se pierde con la muerte. Sin embargo, la doctrina ha establecido diversos grados a la capacidad de los mismos que se deducen del desentrañamiento del sentido y alcance del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales, según el maestro Rafael Rojina Villegas, se agrupan de la forma siguiente:

*GRADOS DE LA CAPACIDAD DE GOCE.- Determinados respectivamente el principio y el fin de la personalidad individual, nos referimos a los grados de la capacidad de goce que pueden tener las personas físicas.

a).- El grado mínimo de capacidad de goce existen según lo hemos explicado en el ser concebido pero no nacido bajo la condición impuesto en nuestro código de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad de goce, permite al embrión humano tener derechos objetivos patrimoniales, es decir, derechos de heredar, de recibir

legados, o de recibir en donación; también en la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural.

b).- Una segunda manifestación de la capacidad de goce, se refiere a los menores de edad. En los menores de edad tenemos la capacidad de goce notablemente aumentada, podemos decir que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Sin embargo existen restricciones a la capacidad de goce los menores de edad. En los menores de edad tenemos la capacidad de que goce notablemente aumentada, podremos decir que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Sin embargo, existen restricciones a la capacidad de goce los menores de edad.

c).- Por último el tercer grado está representado por lo mayores de edad. En estos debemos de tener la distinción de mayores en pleno uso de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes. Estas diferentes formas que perturban la inteligencia no aceptan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir, no impiden al sujeto ser titular de derechos y obligaciones de orden pecuniario; pero evidentemente que sí afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones familiares, sobre todo para el ejercicio de la patria potestad, pues no se tiene la aptitud necesaria para ejercer ese derecho. La causa es evidente, cómo el mayor de edad se encuentra privado de inteligencia o sus facultades mentales están perturbadas, no podrán desempeñar ni la función educativa, ni la representativa, inherente a la patria potestad o a la tutela, en su caso¹¹.

¹¹ ROSINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL TOMO 1, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1988, PAG 163.

CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Con anterioridad se definió en forma genérica el concepto de capacidad de ejercicio, sin embargo, para los fines que se persiguen en el presente trabajo de tesis, y por adecuarse al objetivo que persigue la misma, a continuación se reproducirá el concepto que al respecto hace el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, que a la letra dice:

CAPACIDAD DE EJERCICIO - "Esta capacidad supone la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contar y cumplir sus obligaciones de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales"¹²

Del concepto antes vertido, se puede establecer que la capacidad de ejercicio no necesariamente la puede hacer valer por sí en forma directa su titular, sino que legalmente se prevé la posibilidad que la misma sea ejercitada a través de una persona capaz que funge como representante, bajo las diferentes modalidades materia de estudio

Por regla general puede afirmarse que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad que es de los dieciocho años con excepción de los emancipados que adquieren la capacidad de ejercicio, con las limitaciones que expresamente establecen los artículos 641 y 643 del código civil vigente, por otra parte la ley en cita señala en su artículo 450 que algunos mayores se encuentran incapacitados natural y legalmente, como son los sordomudos que no saben leer ni

¹² ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPRENDIENDO DE DERECHO CIVIL, TOMO I, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1988, PÁG 164

escribir, así como lo ebrios consuetudinarios y quienes usan drogas enervantes; y los mayores de edad privados de inteligencia por locura, o por idiotismo o Imbecilidad, aún cuando tengan intervalos de lucides.

El análisis antes vertido se ve ilustrado con una gráfica relativa de grados de Incapacidad de ejercicio que hace el maestro Rojina Villegas, misma que se reproduce a continuación:

a).- 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 casos 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 fueran necesarios.

b).- El segundo grado de la incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Ya hemos precisado que para estos menores de edad existen incapacidad natural y legal; pero esta incapacidad es total no pueden los menores no emancipados ejercer sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio; se exceptúan los bienes que menor adquiera por virtud de su trabajo, pues se le permite capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes.

c).- El tercer grado de la incapacidad de ejercicio que corresponde a los menores emancipados en donde existen solo incapacidad parcial de ejercicio y consiguientemente, semlincapacidad pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles

e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; en cambio tienen una incapacidad de ejercicio para no comparecer en juicio, necesitando un tutor, para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es necesario la autorización judicial. También el menor emancipado necesitará el consentimiento de sus padres o tutor, para contraer matrimonio. El artículo 643 crea distintas incapacidades en el menor emancipado.

Dice así:

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
- II.- De un tutor para negocios judiciales".

La fracción primera de este precepto viene a regular un caso especial en el que el juez cumple la función representativa que normalmente corresponde a los que ejercen la patria potestad del tutor. No se necesita para la realización de actos de dominio sobre bienes inmuebles que el menor emancipado se arista del que fue su representante legal, es decir, de los que ejercieron la patria potestad o la tutela, simplemente debe de haber una autorización judicial; pero esta cumple la función inherente a la representación legal que perfecciona el acto jurídico en cuanto que integra la voluntad del emancipado. Podemos decir que hay aquí la concurrencia de las voluntades del emancipado y del juez para la validez del acto de dominio es decir, estamos ante un fenómeno de asistencia y no de representación

d).- Un cuarto en la realización de la incapacidad de ejercicio correspondiente a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por las causas que ya hemos explicado. La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total es decir, para la invalidez de los actos jurídicos es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; estos últimos con autorización judicial.

Para los actos jurídicos familiares (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc.), no existe capacidad de goce para dichos sujetos enajenados o perturbados y por lo tanto, no puede haber representación

En materia de contratos, la regla que acabamos de enunciar se observa sin excepción, aun cuando el mayor de edad tenga intervalos de lucidez, no podrá celebrar en un momento que éste en pleno uso de su facultades mentales; pero en cambio, en materia de testamentos se permite que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamentos -¹³

A manera de conclusión se puede afirmar la INCAPACIDAD general de las personas físicas se encuentra regulado por los artículo 450 y 1307 del Código Civil para el Distrito Federal; mientras que la incapacidad especial la prevén los artículos 174,175 y 176 del ordenamiento jurídico Invocado; y los actos jurídicos que realicen las personas que se encuentran en los

¹³ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, TOMO 1, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1988, PÁG 165.

supuestos jurídicos de incapacidad citados, estarán viciados de nulidad relativa, de acuerdo a los numerales 1795 fracción Y 2228 y 2250 de la ley en cita, pudiendo invocar dicha nulidad únicamente las personas interesadas en la misma, como lo establece el dispositivo legal invocado en último término.

2.- ESTADO CIVIL.

En un sentido amplio se debe de considerar que cuando se alude al estado como atributo de la personalidad se esta hablando de la posición que ocupa cada persona en relación con la familia y con la nación; al respecto, en un sentido estricto, se habla de estado civil y estado político como vínculo jurídico al resistir de relación de hecho y de derecho; al respecto al prof. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, señala:

"Generalmente se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consistente en la situación concreta que guarda en la relación con la familia, el estado o la nación. En el primer caso, lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y precisa la situación del individuo o de la persona moral respecto de la nación o al estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional con extranjero. Así mismo, el nacional puede llegar a ser ciudadano, cumpliendo ciertos requisitos de nuestro derecho consistente en ser mayor de edad y tener un modo honesto de vivir"¹⁴.

¹⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, TOMO 1, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1988, PAG 163.

El Estado representa ciertas características en relación al individuo, siendo estas:

- a).- Es Individual ya que una persona solo tiene un estado civil y un solo estado político es decir, se es nacional o extranjero, se es pariente o extraño.

- b).- ES INALIENABLE por estar fuera de comercio .ya que no es un bien patrimonial, ni valuable en dinero.

- c).- ES IMPRESCIPITABLE no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo.

Cabe señalar que al Estado Civil, también se le conoce como estado de familia, y como al inicio del presente se estableció que el Estado Civil es la posición que ocupa una persona en relación a la familia; de tal forma que el Estado de cónyuge establece relaciones jurídicas entre dos personas unidas por el matrimonio.

El parentesco por consanguinidad, significa la relación que existe entre dos personas que descienden una de otra o de un tronco común, y así el parentesco puede ser en línea recta o colateral.

El parentesco por afinidad es el que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Por la adopción mediante la declaración de voluntad del adoptante debidamente aprobada por el juez una persona, al adoptado se coloca en el estado de hijo del adoptante

El estado de familia tiene su origen en un hecho jurídico, el nacimiento, o en actos de voluntad como el matrimonio y la adopción; y la prueba más eficaz para acreditar el estado de familia es el acta de Registro Civil, salvo los casos exceptuados por la ley, de conformidad por dispuesto en el artículo 39 del Código Civil para el Distrito Federal

3.- EL PATRIMONIO.

Para iniciar el análisis del patrimonio como atributo de la personalidad, se va a partir del concepto que ha sido aceptado y utilizado por la mayoría, de los autores de la materia, quienes conciben en señalar que el Patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho.

Del concepto antes vertido se puede deducir dos elementos que forman el patrimonio y estos son:

- a).- EL ELEMENTO ACTIVO: Siendo estos los bienes y derechos apreciables en dinero

En ese orden de ideas, se han formulando dos teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del patrimonio, siendo estas:

La teoría clásica o teoría del patrimonio de personalidad y la teoría moderna del Patrimonio Afectación; ya que por una parte la primera de las teorías citadas señala que entre el patrimonio y la persona existe un vínculo permanente, por otra parte, la segunda doctrina citada, señala que a pesar de que sigue existiendo el círculo entre la persona y el patrimonio, subsiste una separación

entre ambas, ya que ahora el patrimonio va a ser tomado en cuenta para el destino o fin que vaya a ser utilizado.

4.- EL NOMBRE.

El nombre como atributo de la personalidad, después de la capacidad, en su lugar a dudas, el elemento más importante, ya que por medio de él es posible distinguir, particularizar e individualizar a una persona física dentro de un núcleo social. y para efecto de iniciar el estudio del nombre como atributo de la personalidad física, es importante partir de un concepto o definición, el cual se ilustra con la concepción que al efecto hacen los maestros Rafael de Pina y Rafael de Vara, misma que se reproduce a la letra en los términos siguientes:

*"NOMBRE - signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales. Consta del nombre propio (Juan, Pedro, etc.)"*¹⁵

El nombre tiene caracteres o características que lo distinguen de los demás atributos de la personalidad mismos que se encuentran regulados en forma expresa por la Normatividad Sustantiva y Adjetiva CMI, pero que sin embargo en el espíritu de la ley se pueden deducir, tarea a la que se han abocado algunos estudiosos de la materia que han legado doctrina al respecto, como el maestro Ignacio Galindo Garfias, quien al respecto señala:

¹⁵ PINA RAFAEL DE Y PINA VARA RAFAEL DE, DICCIONARIO DE DERECHO, 15a. EDICIÓN, 1988, PÁG. 363

CARACTERES DEL HOMBRE.- Como consecuencia de esa naturaleza especial del derecho al nombre, según se ha explicado en el número anterior, se presenta con ciertos caracteres, que lo distinguen netamente de otros derechos subjetivos:

EN EFECTO, EL DERECHO AL NOMBRE:

1°.- Es un **DERECHO ABSOLUTO**, en el sentido de que es oponible frente a todas las demás personas, erga omnes y por lo tanto, se encuentra protegido. Contra cualquier acto que constituya una usurpación de los terceros.

2°.- El nombre de la persona física, no es **VALUABLE EN DINERO**, no forma parte del patrimonio de la persona a quien pertenece.

3°.- Es **Imprescriptible**, quiere decir que pertenece a aquella especie de derechos, cuyo ejercicio no se pierde por que deje de usarse durante un tiempo, por largo que se le suponga.

4°.- Es en principio **INTRANSMISIBLE** por voluntad de su titular, un tercero puede adquirir el nombre por vía derivada, como antecedente en el caso del matrimonio, pues como consecuencia de él, la esposa adquiere el derecho a usar el nombre del marido.

5°.- El nombre patronímico, excepto en el caso de los expositos o de los hijos de padres desconocidos, es la expresión de la filiación y en consecuencia es el signo de la adscripción a un determinado grupo familiar.

6º.- Impone a quien lo lleva la obligación de ostentar su personalidad precisamente bajo el nombre que consta en el acta correspondiente del Registro Civil, ya se trata de nacimiento, de legitimación, de reconocimiento de una persona como hijo de otra, o de una sentencia judicial que declare cual es el nombre y apellido que debe de usar un individuo

7º.- El nombre en principio es INMUTABLE, en tanto es un atributo de la personalidad y su función es identificador de la persona que lo lleva

8º.- Considerado al nombre como atributo de la personalidad y estando fuera del comercio, protege a la vez un interés jurídicos (inmaterial, moral y social) de una persona, el nombre es indice de que la persona se identifica en el mundo, como alguien, es la 1ª persona significa en el campo del derecho.¹⁶

5.- EL DOMICILIO.

El domicilio como atributo de la persona física se puede dar bajo los puntos de vista siguientes:

- La palabra domicilio deriva del griego *domus*, caz, y del latín *domicilios* que deriva de dos acepciones. la primera casa o lugar en que se habita y l a segunda la residencia de una persona, ambas acepciones se completan. (DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA)

¹⁶ GALINDO GARFÍAS IGNACIO, DERECHO CIVIL, 6ª. EDICIÓN, 1983, PORRÚA, MÉXICO, PÁG. 347 Y 348

- 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 estos, el lugar en que se encuentran se presume que una persona reside habitualmente en su lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses, (ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO CIVIL- CONCEPTO LEGAL).

De los conceptos vertidos con anterioridad, se puede establecer que el concepto de domicilio se encuentra íntimamente ligado a la figura de residencia, lo que muchas coacciones lleva al error de considerar a ambas como sinónimos; por lo que es oportuno distinguir que existe diferencia entre ambos conceptos, ya que por una parte se entiende como RESIDENCIA la estancia temporal de una persona en un cierto lugar, sin el propósito de radicarse en él; mientras que el domicilio se le considera el centro al cual se refiere los mayores efectos jurídicos, siendo esta la morada habitual de la persona; por lo que concluyendo se puede determinar que la residencia es uno de los elementos del domicilio como el elemento subjetivo.

Debido a la importancia que tiene el domicilio como atributo de la personalidad para el mundo de lo jurídico, no puede concluirse el presente inciso sin citar las principales consecuencias de derecho que se le atribuyen al domicilio, motivo por el cual Ignacio Garfias, en su obra titulada DERECHO CIVIL, señala:

"a).- EFECTOS DEL DOMICILIO.

En primer lugar, el domicilio como atributo de la persona, tiene por objeto determinar un lugar para recibir notificaciones emplazamientos, etc. (artículo 114 y 117 del Código de procedimientos Civiles).

En segundo lugar, el domicilio llena la función de precisar el lugar donde una persona debe de cumplir sus obligaciones, por regla general (Artículo 2082 Del Código Civil)

En tercer lugar, el domicilio sirve para fijar la competencia del juez (Artículo 156 Fracciones. V a XII del Código de Procedimientos Civiles).

En cuarto lugar, el domicilio tiene por objeto establecer el lugar en donde se practican ciertos actos del (Estado Civil, celebración del matrimonio, levantamiento de actas de nacimiento de defunción, etc.).

Y por últimos, es función primordial del domicilio realizar la centralización de los bienes de una persona, en caso de juicios universales. (Quiebra, Concurso o Herencia) Véanse los Artículos. 157 y 739 del Código de Procedimientos Civiles.¹⁷

Por otra parte, la doctrina a hecho una clasificación de los diferentes tipos, clases o modalidades de domicilio que puede tener una persona física, misma que se encuentra inspirada en los diferentes preceptos de derecho de la Legislación Civil para el Distrito Federal; y teniendo a la vista el citado ordenamiento jurídico, así como las obras de los maestros ROJINA VILLEGAS, RAFAEL e IGNACIO GALINDO GARFÍAS, desde mi particular punto de vista, señalo las principales clases de domicilio:

¹⁷ GALINDO GARFÍAS IGNACIO, DERECHO CIVIL, 6a. EDICIÓN, 1983, MÉXICO, PORRÚA, PÁG. 360

- EL DOMICILIO REAL que debe de considerarse como el lugar en donde una persona reside habitualmente, previsto en el Artículo 29 del Código Civil

- EL DOMICILIO LEGAL que es el que establece la legislación a una persona para el ejercicio y cumplimiento de derechos y obligaciones, siendo casuística el mismo, de acuerdo a los supuestos jurídicos que señala el Artículo 31 de Ordenamiento Jurídico en consulta

- EL DOMICILIO CONVENCIONAL que de acuerdo con el Artículo 34 del Código sustantivo de la materia es el que señala para el cumplimiento determinadas obligaciones.

- EL DOMICILIO CONYUGAL que es aquel en el que viven los consortes de común acuerdo, en el cuál ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones de igualdad, acorde a lo previsto en el artículo 163 de la Legislación en consulta.

6. - NACIONALIDAD.

Cómo en forma somera en el inciso relativo al Estado civil quedo expresado que el individuo o persona física guarda un vínculo con el Estado, al que se le denomina Nacionalidad o estado político y determina el carácter de Nacional o Extranjero; y para el efecto de completar la información, a continuación se hará un estudio más detallado de la Nacionalidad como atributo de la personalidad, siguiendo el mismo sistema con que sea desarrollado hasta el momento el presente trabajo de tesis, es decir, se partirá del concepto y con posterioridad se hará alusión a algunos aspectos básicos de dicho atributo de la personalidad

"NACIONALIDAD.- Vínculo jurídico que liga a una persona con la nación que pertenece".¹⁴

Cómo regla general sea considerado que toda persona deba de tener una nacionalidad, salvo excepciones como son los apátridas (personas sin patria), o el conflicto de la doble o más nacionalidades, mismas que se regularan por legislaciones relativas, situaciones que únicamente se mencionan, sin profundizar en las mismas por no ser materia del presente estudio

LA NORMATIVIDAD O MARCO JURÍDICO De la Nacionalidad se encuentra plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Artículos 30, 33 y 34.

b).- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS MORALES.

En lo relativo a este apartado, por ser aplicables algunos atributos de las personas físicas con las personas morales, con excepción del Estado Civil que no existe en las personas corporativas, en la cual es análoga la figura de la razón o denominación social con la del nombre no se profundizará demasiado en los temas, pero para mejor ilustración se puede consultar el apartado que antecede o en su caso la bibliografía que aparece en la clase de las hojas que integran la presente tesis.

¹⁴ PINA RAFAEL DE Y PINA VARA RAFAEL DE DICCIONARIO DE DERECHO 15a EDICIÓN MÉXICO, PÓRRUA, PÁG 359

1.- CAPACIDAD.

El concepto de capacidad como atributo de las personas morales, es aplicable el mismo que se utilizó para definir la capacidad en las personas físicas, el cual en su momento quedó expresado en la forma siguiente:

- CAPACIDAD.- Es la aptitud de una persona de adquirir derechos y obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma, su regulación se encuentra plasmada en el Artículo 26 del Código CMI; el cual prevé: "Artículo 26 - Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución".

Asimismo, es aplicable al caso que nos ocupa el estudio que se hace de dicho concepto, que de acuerdo a la doctrina la capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, mismo que se tiene por reproducido en la presente en obvio de innecesarias repeticiones.

No obstante lo expresado con anterioridad, es oportuno señalar que en las personas colectivas la capacidad de goce se encuentra limitado al objeto o finalidad que persiguen (Sociedad Mercantil o Asociación Civil), así como la naturaleza o status de que se trate (Institución Pública o Privada).

En ese orden de ideas una institución de beneficencia pública no tiene capacidad de realizar actos preponderantemente económicos; un sindicato no tiene capacidad de realizar actos con fines políticos, estando en el mismo supuesto de una organización religiosa; siendo estos algunos ejemplos para ilustrar lo acentuado en primer término.

La capacidad de ejercicio de las personas jurídicas, toma gran importancia para el objetivo que se persigue en el presente trabajo de Tesis, ya que precisamente son estas personas quienes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, se vale de la figura de la representación, la cual es una creación del derecho para que las personas que no puedan hacer valer directamente sus derechos y obligaciones lo hagan por conducto de un representante que como regla general ocurre con las personas morales y con excepción ocurre con las personas físicas (discapacitadas), en sus modalidades de contrato de mandato, gestión de negocios y poder, a través de diferentes combinaciones que se puedan dar entre los capítulos que proceden; sin embargo, debido a la íntima relación entre el título de Tesis y el tema que se trata, no podía pasarse por alto el presente comentario en este inciso aunque sea en forma genérica.

2.- PATRIMONIO.

Como ya se menciona, también en este caso es aplicable el concepto de definición que se aplicó a las personas físicas, respecto a la figura del PATRIMONIO, el cual se definió como el conjunto de los derechos y obligaciones susceptibles de una valorización pecuniaria que constituye un universo de derecho.

También en este caso se presenta la dualidad del sistema elemento activo la misma denominación o razón social, como sucede en comercio en los que existen la matriz y/o filiales con la misma denominación

3.- DOMICILIO.

De la bibliografía en consulta, únicamente los autores se dedican a definir el domicilio de la persona física, por lo que para consultar dicho atributo de la persona moral es necesario remitirnos a la Legislación Civil vigente del Distrito Federal, así que en dicho ordenamiento jurídico en su numeral 33, se determina que:

"Artículo 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecido su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de la circunscripción se consideran domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiere.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrá su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la misma sucursales".

Del precepto legal citado en el párrafo primero, a juicio del suscrito debe de considerarse como regla general para determinar el domicilio de las personas colectivas, y los dos párrafos siguientes la presunción a seguir para determinar el domicilio en que deben de cumplir sus obligaciones las personas jurídicas.

Por otra parte, las observaciones que hicimos en el inciso respectivo del domicilio de la persona física son aplicables al caso que nos ocupa, desde los efectos legales del domicilio hasta la clasificación de los tipos de domicilio, mismos que se tienen por reproducidos en el presente en obvio de innecesarias repeticiones.

5.- NACIONALIDAD.

Al igual que la persona física, en el caso de la persona moral la Nacionalidad va ha ser el vínculo o situación jurídica que guarda el ente social con el Estado o Nación; es decir, la calidad nacional o extranjero; por otra parte, es aplicable en este caso el concepto de nacionalidad que se hizo con anterioridad (cuando se analizó la nacionalidad como atributo de la persona física)

En cuanto al marco jurídico de este atributo de la personalidad de la persona colectiva, se encuentra regulado por el Artículo 27, 30, 33 y 34 constitucionales, como norma suprema, sin perjuicio de los ordenamientos secundarios que regulan y norman en lo relativo a la nacionalidad a las personas morales tanto nacionales como extranjeras, que el derecho común prevé en los artículo 12 al 15, así como de los numerales 25 al 28 bis, del ordenamiento legal en cita.

CAPITULO SEGUNDO

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS. COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE GESTIÓN DE NEGOCIOS.

II.- EL HECHO JURÍDICO COMO CAUSA GENERADORA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.

III.- LA GESTIÓN DE NEGOCIOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

A).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR.

B).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL REPRESENTADO.

IV.- SEMBLANZA DE GESTIÓN DE NEGOCIOS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE GESTOS DE NEGOCIOS.

Continuando con la técnica utilizada en el desarrollo del presente estudio, partiremos una vez mas del concepto de la figura de referencia, para con posterioridad continuar con algunas particularidades de la misma, en este caso partiremos del concepto legal y doctrinal de la GESTIÓN DE NEGOCIOS, para lo cual nos auxiliaremos de la Ley CMI y de lo que al respecto señala el maestro GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, siendo en este caso los conceptos siguientes:

- CONCEPTO LEGAL.

"Artículo 1896 - El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga del asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio"

- CONCEPTO DOCTRINAL

"Se define a la GESTIÓN DE NEGOCIOS como la conducta por virtud del cual una persona llamada gestor realiza a nombre de otro llamado dueño de la cosa determinados actos de manera gratuita, de manera voluntaria, sin que exista representación determinada por la ley o mandato expreso o tácito, y con el deseo de obligar a la otra parte".¹⁹

¹⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES 8a EDICIÓN, 1991, 450 PÁG. EDITORIAL PORRÚA

De los conceptos vertidos con anterioridad se puede establecer la naturaleza de la gestión de negocios que va hacer la ayuda mutua y no la de un mandato tático, como se podría creer en primera instancia. En ese orden de ideas, también podemos descomponer en sus partes a los conceptos y determinar que la gestión de negocios en sus elementos se integran:

- 1.- Por la existencia de un negocio que no sea del gestor.
- 2.- Que el gestor obre de manera voluntaria y de manera gratuita.
- 3.- Que exista el elemento subjetivo de querer obligar al dueño.
- 4.- Que el gestor no tenga representación de ninguna especie.

Ahora bien, si profundizamos un poco mas nuestro estudio al contrario sensu, confrontamos los elementos de la gestión de negocios, obtendríamos los casos en que no hay gestión de negocios, de la ejecución de la acción enunciada con anterioridad se obtuvo el resultado siguiente:

- CASOS EN QUE NO HAY GESTIÓN DE NEGOCIOS.

- 1.- Cuando una persona ejecuta una conducta teniendo un deber jurídico o cuando este obligado por un contrato.
- 2.- Cuando se atiende un asunto y el que lo hace o realiza, lo hace con la idea que lo está realizando o lo está administrando como si fuera propio.
- 3.- Cuando no se desea que el dueño de la cosa se obligue.

Finalmente, se puede determinar que los elementos personales que surgen de la gestión de negocios, son el gestor y dueño de la cosa figuras que se precisan para efectos de corregir el error en el inciso a) del punto tres, en donde erróneamente se señala como representado al dueño de la cosa, ya que aunque ciertamente existe la representación, técnicamente y en cumplimiento al principio de exacta aplicación de la ley se le denomina a ese elemento personal como dueño de la cosa, motivo por el cual al llegar al punto respectivo se corregirá ese error, sin que implique una alteración de fondo al presente trabajo de tesis.

II.- EL HECHO JURÍDICO COMO CAUSA GENERADORA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.

Antes de entrar en materia al desarrollo del presente punto, es importante recordar conceptos ya conocidos, que ayudaran a una mejor comprensión del tema, como en este caso sería recordar la teoría del acto jurídico que en su momento se estudió en primer semestre, en la materia INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO ²⁰

- EL HECHO JURÍDICO EN SENTIDO (ESTRICTO SENSU).

Son aquellos fenómenos de la naturaleza o en los que interviene la conducta del hombre y se producen efectos de derecho, independientemente de que no exista la voluntad de que se produzcan dichas consecuencias de derecho. Ejemplos: El nacimiento de una persona, los accidentes.

²⁰ ORTIS SAMUEL, APUNTES DE INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE DERECHO, PRIMER SEMESTRE, 1938, ENCP ACATLÁN.

- ACTO JURÍDICO.

Es la manifestación externa de la voluntad para producir efectos jurídicos, mismos que deben de reunir los requisitos de legalidad para el caso en concreto, Ejemplo: Clásico lo constituye el contrato.

De estos conceptos básicos surgen dos teorías que se encargan de estudiar y determinar la naturaleza jurídica entre actos jurídicos y hechos jurídicos, dichas doctrinas son conocidas como la doctrina Francesa y la doctrina Italiana.

Por lo que respecta a la DOCTRINA FRANCESA, postula la existencia de los hechos jurídicos y actos jurídicos, y la división entre una y otra categoría tiene su sustento en la voluntad, es decir, se trata de desentrañar la intención que persiguen las partes; ya que por una parte existe una categoría de hechos jurídicos, que realiza el hombre voluntariamente, pero su voluntad no pretende realizar los efectos jurídicos previstos por la norma, estos efectos se producen por disposición de la ley, sin tomar en cuenta que quiso alcanzar el autor del hecho, jurídico, sino el resultado que produjo. En el acto jurídico la voluntad del sujeto tiene relevancia sobre el resultado, ya que el sujeto quiere realizar el acto jurídico como un medio para obtener los resultados que prevé el ordenamiento jurídico.

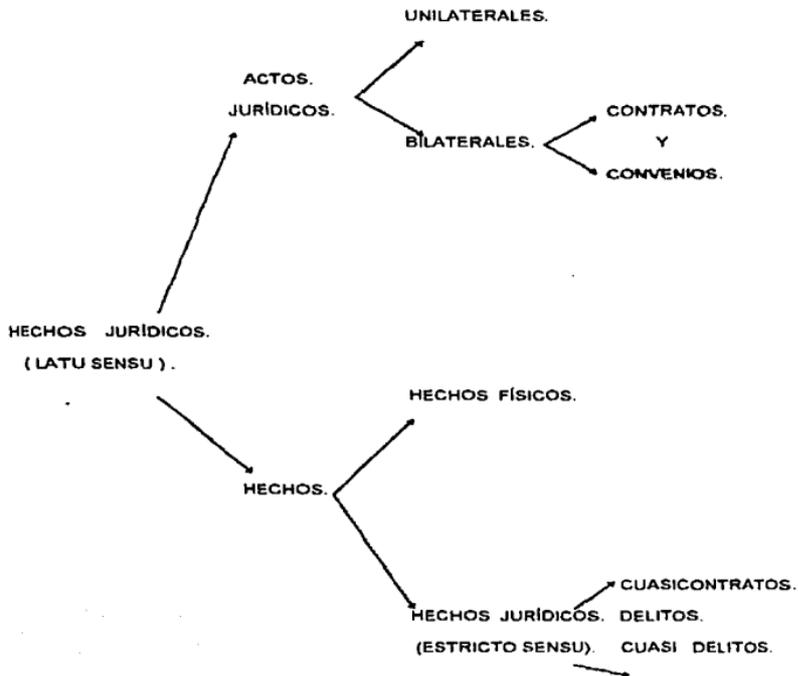
En la DOCTRINA ITALIANA, la base de distinción entre hechos y actos jurídicos es distinta; se reserva el concepto de hecho jurídico a los acontecimientos de la naturaleza y se aplica el concepto de acto jurídico a todos aquellos acontecimientos en que interviene la conducta humana, como generadora del acontecimiento. Dentro de los actos jurídicos, la doctrina Italiana

distingue entre ACTOS SIMPLEMENTE VOLUNTARIOS Y EN ACTOS DE VOLUNTAD, siendo los primeros aquellos que si bien presuponen la voluntad del sujeto, lo que se toma en consideración es la actividad que se desarrolla, (Ejemplo: El abandono de personas); mientras que los ACTOS DE VOLUNTAD son aquellas en que el dato determinante consiste en la voluntad de un sujeto que se toma en consideración por el derecho, como el antecedente inmediato de la cual la norma ha de producir consecuencias jurídicas al acto, (Ejemplo: La usucación).

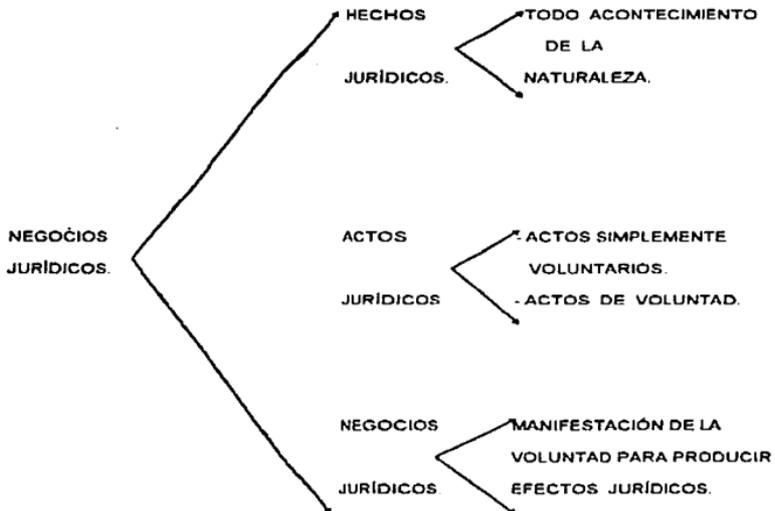
Por otra parte, los tratadistas Italianos aportan una tercera figura, a la que denominan "NEGOCIO JURÍDICO", el cual designan a los actos de voluntad humana en que deliberadamente y conscientemente se busca producir las consecuencias jurídicas, por que las partes pretenden deliberadamente y libremente la protección de sus intereses jurídicos a través de la declaración de voluntad, si tiene una finalidad lícita. Ejemplo: Negocios jurídicos, el contrato, el testamento, etc.

Las doctrinas descritas con anterioridad se pueden resumir en los cuadros sinópticos que a continuación se reproducen:

1.- DOCTRINA FRANCESA



2.- DOCTRINA ITALIANA.



Partiendo de los conceptos antes vertidos, se puede establecer con toda claridad y en forma categórica, que el hecho jurídico es la causa generadora de la gestión de negocios, toda vez que desde el punto de vista del gestor a su conducta se le atribuye consecuencias de derecho, ya que el hecho de asumir un negocio ajeno sin que legal o convencionalmente exista una obligación, se producen derechos y obligaciones recíprocos entre el gestor y el dueño del negocio, con o sin voluntad de las partes para que surjan los efectos jurídicos; razón por la cual se puede concluir que lo que toma en cuenta la ley es el acto de voluntad del gestor, al intervenir officiosamente y en forma espontánea en los negocios ajenos no es su propósito de que se produzcan consecuencias de derecho sino simplemente su acto de voluntad lícito que producirá efectos jurídicos que en su caso determina la ley.

La conclusión antes mencionados se ve reforzada por los conceptos que al respecto hace el maestro Gutiérrez y González, quien señala " en el Código al lado del contrato, de la declaración unilateral de voluntad y del enriquecimiento ilegítimo, se tiene a la gestión de negocios que es un hecho jurídico escrito sensu, en virtud de la cual una persona que recibe el nombre de gestor, se encarga voluntaria y gratuitamente de un asunto de otra persona que recibe el nombre de dueño, con ánimo de obligarlo, sin ser representante por mandato de la ley o por convenio.

El Código no da este concepto de gestión en una sola norma, pero de la reglamentación que hace de la materia, se puede integrar el mismo; así en su artículo 1893 determina:

" El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encargara de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses el dueño del negocio ".

Y con el texto del artículo 1904, se completan por la ley los datos que se contienen en el concepto que propongo.

" Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiera hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión ".²¹

III.- LA GESTIÓN DE NEGOCIOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

A).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR.

De acuerdo a la legislación actual, en el caso del gestor se imponen mas obligaciones, que derechos al gestor, ya que por una parte a lo mas que aspira es a que se le paguen los gastos y los intereses legales correspondientes, a su gestión, siempre y cuando hubiera sido útil la gestión, artículo 1903 y 1904 del código civil vigente, sobre los cuales descansa el principio de solidaridad social con que se encuentra investida la gestión de negocios.

En cuanto a las obligaciones del gestor, estas se encuentran expresamente en los artículos 1897, 1988, 1889, 1900, 1901, 1902 del ordenamiento sustantivo de la materia, los cuales se reproducen a la letra a continuación:

²¹ GUTIERREZ Y GÓZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 4a EDICIÓN EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1989, PÁG. 453.

"ARTÍCULO 1897.- El gestor debe desempeñar su encargo con toda diligencia que desempeña en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se interroguen al dueño de los bienes o negocios que gestionen".

"ARTÍCULO 1898 - Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde mas que de su dolo o de su falta grave".

"ARTÍCULO 1899 - Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten de aquel, aunque no haya incurrido en falta".

"ARTÍCULO 1900 - El gestor responde aún del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviera costumbres de hacerlas, o si hubiera obrado mas en interés propio que en interés del dueño del negocio".

"ARTÍCULO 1901 - Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o mas, será solidaria".

"ARTÍCULO 1902.- El gestor tan pronto como sea posible, debe de dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Sino fuera posible dar este aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto".

No obstante que ha primera vista puede considerarse que el legislador en forma clara y precisa los deberes y responsabilidades del gestor en el marco jurídico antes descrito, no hay un conformidad tal entre el legislador y la doctrina, ya que para algunos autores como el maestro Gutiérrez y González, existe una deficiencia técnica jurídica en el código civil vigente ya que cuando se abordan los deberes y responsabilidades del gestor, se invade la figura del hecho ilícito en su modalidad de enriquecimiento ilícito, los cuales son de naturaleza diversa y reconocidos como fuente de obligación por separado, manifestando al respecto el autor en cita lo siguiente:

" Crítica a los artículos 1897, 1898, 1900 y 1901 del código civil, es fácil entender que los artículos mencionados en la cabeza de este apartado, carecen de técnica jurídica, ya que si están ubicados en el capítulo relacionado con la fuente obligaciones " Gestión de Negocios ", no tiene base el legislador para incluir en ellos responsabilidades que tienen por fundamento " hecho ilícito " ya que estos, los hechos ilícitos son otra fuente diversa, y es la que se estudia como quinta fuente, en seguida de la gestión de negocios, en efecto, véanse lo sencillo que es entender la mezcla que hace esta norma de dos fuentes:

a).- Se está regulando la gestión de negocios, y sin embargo el artículo 1897 después de decir que

"El gestor debe desempeñar su cargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios. . ."

Lo cual es correcto, pero en seguida digo, ubica ya una situación ilícita al decir:

"... e indemnizará los daños y perjuicios que POR SU CULPA O NEGLIGENCIA se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione".

Si hay culpa o negligencia en su conducta del gestor ya no actúa como gestor, sino que esta cometiendo un hecho ilícito, y ahí entonces su responsabilidad no surgirá del hecho de la gestión, sino del hecho ilícito de su culpa o negligencia.

El legislador debió llevar al campo de los hechos ilícitos, que regula del artículo 1910 en adelante, esa responsabilidad por hecho ilícito del gestor, y dejar en el capítulo de la gestión, sólo que se refiere a los deberes del gestor, sin mencionar ahí sus responsabilidades por hecho ilícito.²²

b).- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DUEÑO DEL NEGOCIO.

Sin lugar a dudas, de la simple lectura de los preceptos legales citados en el apartado que antecede, se desprende que los mismos entrañan derechos en favor del dueño de la cosa, ya que sin duda alguna el sentido y alcance que quiso darle el legislador a los preceptos legales en comento, es que el gestor en el ejercicio de sus funciones observe una conducta de probidad y honestidad que amerite, como si se tratara de un asunto propio lo que redunde en un derecho en favor del dueño del negocio; recordando que el marco jurídico se encuentra regulado por los artículos 1897, 1898, 1899, 1900, 1901 y 1902 del código civil vigente mismos que en este momento únicamente se anuncia ya que con antelación se reprodujeron a la letra dichos preceptos legales.

²² GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 4a EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA MÉXICO, PÁG 463 Y 464

Ahora bien, el dueño del negocio está obligado en primer lugar a cumplir con las obligaciones que el gestor haya contraído a su nombre, así como de pagar los gastos y los intereses legales correspondientes que el gestor hubiere hecho en el ejercicio de su cargo, tal y como lo refiere los artículos 1903, 1904 y 1905 del código civil vigente, mismos que a la letra dice:

"ARTÍCULO 1903 - El dueño del asunto que hubiere sido útilmente gestionado debe de cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos correspondientes."

"ARTÍCULO 1904 - Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes pero no tiene derecho ha cobrar retribuciones por el desempeño de la gestión"

"ARTÍCULO 1905 - El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene la obligación de pagar a aquel el importe de los gastos, hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios".

Por otra parte si seguimos nuestro análisis de la gestión de negocios a la luz del derecho sustantivo civil, encontramos que en sus numerales 1906 y 1907, se hace referencia a los efectos de la gestión de negocios una vez que es conocida por el dueño del negocio, estableciendo dos hipótesis jurídicas:

1° Sería cuando el dueño de la cosa ratifica la gestión de negocios, automáticamente esta produce los efectos de un mandato retroactivo desde el día en que inició la gestión de negocios.

2° Hipótesis jurídica tiene lugar cuando el dueño del negocio no ratifique la gestión de negocios, en este caso sólo responderá de los gastos que origino la misma, hasta donde haya obtenido beneficios por la gestión, sin duda se trata de dos hipótesis totalmente diferentes entre sí, pero que tienen en común, en este caso sería la voluntad del dueño de la cosa, la cual puede aceptar o no la gestión de negocios pero en cualquiera de los dos casos se encuentra obligado a responder hasta en tanto la gestión le haya sido útil; sin que esto signifique que la voluntad del gestor obliga al dueño del negocio, ya que haya que recordar que la gestión de negocios es considerado como un hecho jurídico en el que interviene la voluntad del hombre, misma que el derecho toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho, que en este caso serían las antes mencionados, ya que en este caso tienen su fundamento en los principios de justicia y equidad, en donde no debe de existir ventajas entre las partes, ya que como en su momento se menciona la naturaleza jurídica de la figura en estudio es la solidaridad social en donde no existe el lucro y si alguna de las partes obtiene dicho lucro estaríamos ante un hecho ilícito, como sería el enriquecimiento sin causa

Para una mejor ilustración de lo expresado, nos apoyaremos en algunas consideraciones que al respecto hace el maestro ROJINA VILLEGAS RAFAEL, al entrar al estudio de la tesis de Rene Demogue, señalando al respecto:

TESIS DE RENE DEMOGUE.- Este autor, al plantear el problema que analizamos sostuvo la siguiente tesis, verdaderamente peregrina en el derecho, dice estamos en presencia de

un caso en el cual por la voluntad de una persona, se originan obligaciones a cargo de otra, ahora bien, si el sujeto es capaz de auto obligarse, lo anormal será que por su voluntad pueda obligar a otro. CRÍTICA.- Si aceptamos esta posibilidad como regla general, vendría el desquiciamiento en el derecho, es decir, que una voluntad puede por sí obligar a otra. Pero dice Demogue no obstante que esto es verdaderamente excepcional, se presenta en el caso de la gestión, por que por voluntad del gestor se obliga al dueño. Justamente la gestión el dueño no ha solicitado los servicios del gestor y la ley le impone obligaciones. En primer lugar, si ha sido útil la gestión, reembolsar al gestor los gastos que hubiere hecho y pagarle los daños y perjuicios que hubiere sufrido por los actos que redundare en beneficio del dueño. Ahora bien, ¿ será exacto que, como opina Demogue, la fuente este en la voluntad del gestor ? o ¿ haya otra fuente jurídica que nos explique, sin violentar los principios del derecho, a esta posibilidad ? creemos que una buena técnica jurídica consiste en recurrir a la solución que es normal, es decir, que no es excepcional o contradictoria en el derecho, cuando estamos en presencia de dos posibles soluciones como son una normal y una anormal. Demogue ha optado por una solución que es verdaderamente desquiciadora del derecho, anormal en sumo grado. El querer admitir, aun cuando sea una vez, que la voluntad de un sujeto pueda obligar a otro.

OPINIÓN PERSONAL (DEL AUTOR).- La solución que consideramos de acuerdo con las reglas jurídicas, es la que el dueño del negocio queda obligado al principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa. El dueño no se obliga por la voluntad del gestor, sino por que ha tenido un enriquecimiento y la mejor prueba es la siguiente, si el dueño no tiene un enriquecimiento, a pesar de la voluntad del gestor, no queda obligado. En cambio aceptamos la teoría del enriquecimiento sin causa, decimos: el dueño se obliga no por la voluntad del gestor, sino en tanto y cuanto ha recibido un beneficio. Si no hay beneficio, no hay obligación. Pero si el dueño ratifica la gestión entonces ya propiamente hay un mandato retroactivo. Si se cambia la figura, es decir la fuente, entonces las consecuencias se trasladan a las que impone la ley para el mandato; pero por

que la ratificación del dueño viene a sustituir todas las consecuencias, se trasladan a las que impone la ley para el mandato; pero por que la ratificación del dueño viene a sustituir todas las consecuencias de un contrato, de un mandato retroactivo y por esto permite la ley que el gestor tenga derecho a honorarios por el contrato que se ha formado, más no por la gestión que en si misma no lo faculta para exigir honorarios de este análisis podemos desprender la tesis que en seguida expondremos.²³

Para lo efectos de este apartado se entenderá como enriquecimiento ilícito o enriquecimiento sin causa, al beneficio económico obtenido por una persona en detrimento de otra, que carece de justificación, tal y como se desprende del artículo 1882 del ordenamiento legal en cita. Asimismo el presente apartado no podemos concluirlo sin hacer una breve semblanza del contenido de los artículos 1908 y 1909 del código civil vigente, ya que al contener derechos y obligaciones en dos casos particulares para el dueño del negocio, es importante analizar y tener en cuenta como complemento de la información ya que los supuestos jurídicos que contienen los dispositivos legales invocados, son los que se pueden considerar a primera vista como actos de beneficencia, pero que si no los hace con ese ánimo el gestor, automáticamente por la naturaleza de gestión de negocios, se tiene la facultad de exigir el reembolso de los gastos generados, al proporcionar alimentos sin estar obligado o los gastos funerarios que respectivamente establecen los multicitados preceptos legales, mismos que a continuación se transcriben a la letra:

²³ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, TOMO III, EDITORIAL PORRÚA, 16a EDICIÓN, MÉXICO, 1989, PÁG. 254 Y 255

"ARTÍCULO 1808 - Cuando sin consentimientos del obligado a prestar alimentos los diere un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de áquel su importe a no constar que los diere con ánimo de hacer un acto de beneficencia".

"ARTÍCULO 1809 - Los gastos funerarios proporcionados a la condición de persona y al uso de la localidad deberá ser satisfechos al que los haga, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que hubieran tenido la obligación de alimentos, en vida".

IV.- SEMBLANZA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN.

Es importante recordar que la fuente generadora de la gestión de negocios lo constituye el hecho jurídico provocado por la conducta del hombre y que el derecho toma en consideración para atribuirle ciertas consecuencias de derecho, que como se expuso en el apartado que antecede el código civil en forma expresa describe dichas consecuencias para el gestor y el dueño de la cosa, como elementos personales de la figura en estudio.

Ahora bien, los efectos de la gestión de negocios en términos generales se pueden reducir a la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, dependiendo el caso en concreto en que intervenga el gestor.

Por otra parte y para una mejor comprensión del tema es importante recordar que es un hecho jurídico, en su aspecto estricto sensu y lato sensu, para tal motivo nos auxiliaremos de los conceptos que al respecto hace el maestro Gutiérrez y González, quien en lo relativo señala:

"HECHO JURÍDICO LATU SENSU - Es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas".²⁴

"HECHO JURÍDICO EN SENTIDO ESCRITO.- Es una manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos".²⁵

De los conceptos antes vertidos se desprende que cuando se habla de la gestión de negocios estamos hablando de un hecho jurídico estricto sensu, en donde existe una manifestación de la voluntad por parte del gestor que genera efectos de derecho con la intención del autor de obligar al dueño de la cosa

Por otra parte, también es importante que quede establecido que nuestra legislación civil vigente, admite la existencia de hechos lícitos y hechos ilícitos, siendo los primeros cuando la conducta del hombre responde a las disposiciones de orden público ni va contra las buenas

²⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 11a EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1996, PÁG. 155, 156 Y 530

²⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 11a EDICIÓN, EDITORIAL, PORRÚA, MÉXICO, 1996, PÁG. 155, 156 Y 530

costumbres; al contrario sensu, se está hablando de el hecho ilícito; pero en ambos casos la conducta trae aparejada consecuencias de derecho que el legislador plasmo en el ordenamiento sustantivo civil, pero para los efectos del presente trabajo de tesis únicamente tomaremos en cuenta los hechos ilícitos, en donde se encuentra contemplando la gestión de negocios.

A manera de conclusión podemos decir que la gestión de negocios como fuente de las obligaciones, se encuentra fundamentada en que se trata de una conducta del hombre (HECHO JURÍDICO ESTRICTO SENSU), que la ley toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho (contenidas en el marco jurídico del código civil para el Distrito Federal en el libro cuarto, título primero, capítulo cuarto, artículos 1896 al 1909 y relativos del ordenamiento legal en consulta), entablando una relación jurídica entre gestor y dueño de la cosa, teniendo el ánimo del primero de obligar al segundo frente a un tercero; esta aseración se puede reducir en el concepto que de gestión de negocios que hace el maestro Gutiérrez y González, quien señala:

"GESTIÓN DE NEGOCIOS - Es un hecho jurídico estricto sensu, en virtud de la cual una persona que recibe el nombre de gestor, se encarga voluntaria y gratuitamente de un asunto de otra persona que recibe el nombre de dueño, con ánimo de obligarlo, y sin ser su representante por mandato de la ley o por convenio, o por acto unilateral de " poder ".²⁶

²⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO , DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 11a EDICIÓN, EDITORIAL, PORRÚA, MÉXICO, 1996, PÁG. 155, 156 Y 530

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE CONTRATO.

II.- LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.

A).- ELEMENTOS ESENCIALES O EXISTENCIAS DE LOS CONTRATOS.

1.- EL OBJETO DEL CONTRATO.

B).- ELEMENTOS FORMALES O DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS Y LOS VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR DE NULIDAD AL CONTRATO.

1.- CAPACIDAD.

2.- AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

3.- FORMALIDAD EN LOS CASOS EXIGIDOS POR LA LEY.

4.- FIN O MOTIVO LICITO.

III.- DE LAS FORMAS O TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

IV.- CLASIFICACIÓN.

A).- CLASIFICACIÓN LEGAL.

B).- CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

V.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO (FORMAS).

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE CONTRATO.

En concordancia con los máximos exponentes doctrinarios, como son los maestros Rojas villegas, Sánchez Meda, Gutiérrez González y Francisco Lozano Noriega, el concepto o definición de contrato lo vamos ha encontrar expresamente en el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 1792 y 1793, que ha decir de la propia doctrina en el primero de los dispositivos legales invocados se conceptualiza al contrato en su amplio sentido, mientras que la segunda norma jurídica en cita, define al contrato en sentido estricto. A continuación se reproducen a la letra los preceptos legales en referencia:

"ARTÍCULO 1792 - Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

"ARTÍCULO 1793 - Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato"

De tal forma que para los efectos subsecuentes en el presente trabajo y en la vida profesional, al escuchar las figuras del convenio o contrato se aplicaran los conceptos antes vertidos.

II.- LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.

Como a continuación se detalla, todo contrato consta de elementos esenciales o de existencia, así como de elementos formales o de validez los cuales se abordará su estudio a continuación.

a).- ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS.

Son aquellos que son indispensables para la existencia de los contratos, la falta de algunos de ellos trae como consecuencia la inexistencia del contrato; siendo los elementos esenciales del contrato el consentimiento y el objeto, de los cuales se ampliará su estudio en los incisos que preceden

1.- EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO.

Por una parte, no hay que olvidar que la fuente de obligación por excelencia es el contrato en el cual las partes admiten o manifiestan externamente su voluntad o deseo de obligarse, es decir, que surjan consecuencias de derecho entre ambas, de donde se desprende el consentimiento, el cual se considera como el acuerdo de dos o más voluntades para transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Por lo que puede establecerse que todo

consentimiento implica la manifestación de dos o más voluntades, y su concurrencia sobre un punto de interés jurídico.

Ahora bien, siguiendo la metodología de los principales juristas de la materia, del concepto o definición antes citada, se puede establecer que el consentimiento se encuentra constituido por dos elementos a saber, estos son:

- a).- La propuesta, oferta o politización.
- b).- La aceptación.

- LA PROPUESTA, OFERTA Y POLITIZACIÓN.

Al primero de los elementos se puede entender como una manifestación unilateral de la voluntad que se hace de manera receptiva, expresa y tácita a una persona presente o no presente, hecho con el ánimo de cumplirla.

- LA ACEPTACIÓN.

El segundo elemento del consentimiento, se puede definir como aquella declaración unilateral de la voluntad mediante la cual un sujeto se adhiere a la propuesta, de politización u oferta.

De tal forma que al concurrir en un punto tanto la oferta y aceptación surge la figura del consentimiento como tal, que según el artículo 1803 del Código Civil Vigente, puede ser expreso o tácito; precepto legal que a continuación se transcriben:

"ARTÍCULO 1803 - El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hecho o actos que lo presupongan a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deben manifestarse expresamente"

Las anotaciones anteriores se hacen en aplicación de los conocimientos adquiridos en el semestre respectivo, así como con el auxilio e interpretación del marco jurídico del consentimiento, que se encuentra contenido del artículo 1803 y 1811 del Código sustantivo de la materia. Conforme al marco jurídico del consentimiento y la uniformidad que señala la doctrina, en el perfeccionamiento del consentimiento existen cuatro casos, a saber:

a).- ENTRE PERSONAS SIN FIJACIÓN SE PLAZO.

Es el caso más común y el consentimiento se perfecciona o no en forma inmediata, según el artículo 1805 del Código Civil Vigente, que establece:

***ARTÍCULO 1805.-** Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono*.

b).- ENTRE PERSONAS PRESENTES CON FIJACIÓN DE PLAZO.

Este caso se caracteriza por que el oferente se encuentra obligado hasta que expire el plazo, de acuerdo al artículo 1804 del ordenamiento jurídico en cita, que establece:

***ARTÍCULO 1804.-** Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda obligada por su oferta hasta la expiración del plazo*.

c) y d).- ENTRE LOS PRESENTES CON PLAZO Y SIN PLAZO.

Para una mejor comprensión e ilustración de los casos antes anunciados, es imprescindible el auxilio de la doctrina, quien para estas cuestiones ha elaborado cuatro teorías, de las cuales el maestro Rojas Villegas hace una semblanza, en su obra titulada compendio de derecho cmi, tomo 3, Teoría General de las obligaciones, pág 55, las cuales una vez analizadas transcribió una interpretación personal de las mismas.

I.- LA TEORÍA DE LA DECLARACIÓN.- Esta teoría señala que el consentimiento se perfecciona hasta el momento que el destinatario de la propuesta manifiesta o declara en cualquier forma aceptación.

II.- LA TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN.- Tiene lugar cuando el destinatario de la propuesta, además de interesarse de esta y aceptarla, expide la contestación afirmativa. En este caso cabe la posibilidad de que el oferente se retracte de su oferta y si dicha retractación llega antes de la aceptación el peticitante no se encuentra obligado, como lo previene el artículo 1808 del Código Civil, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 1808 - la oferta se considera como hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplicará al caso en que se retire la aceptación".

III.- LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN.- En este caso el perfeccionamiento del consentimiento se produce en el momento en que llega la aceptación al oferente y la recibe

IV.- LA TEORÍA DE LA INFORMACIÓN - La cual señala que el consentimiento se perfeccione cuando el oferente se entera o se informa de la aceptación que hizo el destinatario de la propuesta.

De la exposición de las teorías doctrinarias descritas, nuestra legislación civil acepta y regula la teoría de la recepción, como medio para perfeccionar el consentimiento en el contrato, según el artículo 1807 de la ley en cita, señala:

***ARTÍCULO 1807.-** El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando obligado por su oferta según los artículos precedentes."

Ahora bien si se aplica la teoría de la excepción a las personas no presentes sin fijación de plazo, el solicitante queda obligado a sostener su propuesta por un tiempo igual que tarde en ir y venir la contestación por correo mas tres dias, como lo dispone el numeral 1806 del Código Civil Vigente que establece:

***ARTÍCULO 1806.-** Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedara ligado durante tres dias, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones."

En el mismo sentido, si se aplica la teoría de la recepción se perfecciona el consentimiento entre los no presentes con fijación de plazo o término, según el artículo 1804 de legislación en comento, precepto que se llena por transcrito a la letra en el presente en obvio de innecesarias repeticiones, por haberse hecho su reproducción con anterioridad. Mención especial merece el supuesto jurídico que prevé el artículo 1809 del Código Civil Vigente que señala:

***ARTÍCULO 1809.-** Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedaran los herederos de aquel obligados a sostener el contrato, por lo que se desprende que el consentimiento en forma excepcional por muerte del solicitante puede perfeccionarse, quedando en ese caso obligados los herederos."

2.- EL OBJETO DEL CONTRATO.

El concepto o definición legal del objeto del contrato, se encuentra expresamente plasmado en el artículo 1824 del Código Civil Vigente, que lo señala:

"ARTÍCULO 1824. - Son objeto de los contratos:

- I.- La cosa que el obligado debe dar.
- II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer"

Al respecto, en forma unánime, la doctrina señala que el precepto legal invocado en esencia alude a la creación y transmisión de derechos y obligaciones, al cual llaman Objeto Directo o Inmediato, si es la conducta del deudor; a la par de éste, existe el Objeto Indirecto o Mediato, que es el objeto de la obligación que engendra el contrato que construye a lo que llamaremos Objeto Cosa y Objeto Hecho de los contratos, pudiendo revestir el objeto cosa dos tipos de obligaciones a saber:

- OBLIGACIONES DE MEDIO O DE ACTIVIDAD.

Siendo estas las que sólo exigen responsabilidades al deudor que ha realizado o prestado la actividad; siendo en tal caso, que al acreedor alegue y compruebe su negligencia, el dolo o a la Impericia en que haya ocurrido el deudor. Un ejemplo de ello es el caso del profesionalista en el contrato de prestación de servicios.

- OBLIGACIONES DE RESULTADO.

En este caso la responsabilidad se presume a cargo del deudor, quien es el que debe de acreditar el caso fortuito o la fuerza mayor.

EL OBJETO MEDIATO O INDIRECTO DEL CONTRATO.

Por otra parte cuando el contrato crea una conducta que tiene por objeto que el deudor de una cosa, puede esa prestación revertir cuatro hipótesis a saber:

I.- La que refiere al dominio de una cosa o al traslado de la misma y que sea cierta. Ejemplo de dichos contratos los tenemos en la compra venta, la donación, etc

II.- La enajenación temporal de uso y goce de una cosa cierta. Ejemplos el arrendamiento, usufructo como acto, el como dato, etc

III.- La entrega de la cosa ajena o la restitución de la cosa. Ejemplo la terminación de un arrendamiento, de un como dato

Ahora bien el haber mencionado los conceptos de el objeto cosa y objeto hecho del contrato, para efectos de que no queden como términos meramente enunciativos, a continuación se

hará un breve estudio de dichos conceptos, y la normatividad que existe de la misma en el Código CMI Vigente; en ese orden de ideas tenemos:

a).- EL OBJETO COSA DEL CONTRATO.

Las características o cualidades que debe reunir el objeto cosa del contrato se encuentran enumerados y descritos en el artículo 1825 del Código CMI, mismo que a la letra señala:

"ARTÍCULO 1825 - La cosa objeto del contrato debe: 1° existir en la naturaleza; 2° ser determinado o determinare en cuanto a su especie; 3° existir en el comercio".

ENTRANDO AL ANÁLISIS DEL PRECEPTO LEGAL INVOCADO EN SU:

- PRIMER ELEMENTO.

La cosa debe existir en la naturaleza, ya que si por algún motivo la cosa pereció antes del contrato, desapareciendo en forma total o queda fuera del comercio, lo que trae como consecuencia la inexistencia del acto, el cual no producirá efecto legal alguno, el cual no es susceptible de confirmación, ni por prescripción, pudiendo invocar la inexistencia por cualquier interesado, tal y como lo previenen los artículos 2021 y 2024 de la ley en comento que a la letra señalan:

"ARTÍCULO 2021.- La pérdida de la cosa puede verificarse:

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

I.- Pereciendo la cosa o queriendo fuera del comercio.

II.- Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar*.

ARTÍCULO 2224 - El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valor por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado

Como complemento a la información antes vertida, es oportuno señalar que no sólo las cosas futuras pueden ser objeto del contrato, salvo la herencia como lo refieren expresamente los artículos 1826 parte fina, 2950 fracción III, 1605 y 1606 del ordenamiento legal en consulta, que establece:

ARTÍCULO 1826 - Las cosas futuras pueden ser objetos de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento.

*ARTÍCULO 2950 - Será nula la transacción que verse:

I.-

II.-

III.- Sobre sucesión futura.

IV.-

V.-

"ARTICULO 1665 - Ninguno puede renunciar la sucesión de persona vive ni enajenar los derechos que eventualmente puede tener a su herencia".

"ARTICULO 1666 - Conocida la muerte de aquel a quien se hereda, se puede renunciar la herencia dejada bajo condición, aunque está no se haya cumplido".

- SEGUNDO ELEMENTO - La cosa debe ser determinada o determinante, que de acuerdo al dispositivo legal en estudio, para su mejor aplicabilidad a su caso en concreto, no se debe de interpretar, sino a lo que las partes quisieron obligarse, respetándose los principios de justicia y equidad, o en su caso a las modalidades que establezcan las partes en el contrato mismo; ya que por ejemplo el objeto del contrato de mutuo dinero o las diversas cosas fungibles, en los cuales deben de determinarse la cantidad y calidad, dejándose regir de acuerdo a la normatividad sustantiva del lugar y tiempo que se trate.

- TERCER ELEMENTO - Que el objeto cosa este en el comercio; en este caso si bien es cierto que los particulares entre si y con el Estado (como particular) tienen la libertad de contratar, con la única excepción que la ley en forma expresamente prohíbe esa posibilidad, como podría ser las cuestiones de orden público, ser el estado civil de las personas, así como la comisión de delitos, prohibición que en el caso en concreto se encuentran plasmadas en los artículos 2949 y 2950 del Código Civil, que a la letra señalan:

"ARTICULO 2949 - Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso no importa la adquisición del estado".

*ARTÍCULO 2950 - Será nula la transacción que verse:

- I.- Sobre delito, dolo y culpa futuros.
- II.- Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.
- III.- Sobre sucesión futura.
- IV.- Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay.
- V.- Sobre el derecho de recibir alimentos*.

Por otra parte en el presente apartado también entran los bienes del dominio público (parques, monumentos históricos, etc.): o de utilidad pública que por disposición expresa en la ley no se encuentran en el comercio y no pueden ser objeto de contrato, como son los que se detallan en los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reglamentado en las leyes secundarias.

b).- EL OBJETO HECHO DEL CONTRATO.

Este elemento esencial de los contratos se encuentra regulado en el artículo 1827 del Código Sustantivo de la Materia que a la letra reza:

*ARTÍCULO 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

- I.- POSIBLE.
- II.- LÍCITO*.

Continuando con el método hasta ahora seguido, a continuación se entrará a un breve estudio del artículo en cita, para desentrañar del mismo el sentido y alcance; en ese orden de ideas se puede deducir que el legislador al señalar que en el objeto del contrato puede entrañar un aspecto positivo o negativo, en el primer caso alude a la obligación de hacer una cosa (ejemplo el contrato de prestación de servicios, el contrato de mandato, etc.); en segundo lugar, al hablar del hecho negativo, se refiere a no hacer una determinada cosa (ejemplo típico es la condición, como lo es en el contrato de compra venta, en el cual el vendedor obliga al comprador a no vender a una persona determinada; en el caso del arrendamiento, la prohibición al arrendatario para que su arriende el inmueble, etc.).

Para efecto de dar por terminado el presente apartado y como complemento al análisis antes hecho, a continuación se transcriben algunos comentarios que al respecto hace el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MENDAL, quien señala:

"El hecho debe de ser posible natural y jurídicamente. Al respecto en los hechos físicamente imposibles cabe distinguir la imposibilidad objetiva o absoluta, de la imposibilidad subjetiva o "INEPTITUD" del deudor (ENNEGREGES), ya que en este último caso la prestación del hecho puede hacerse por otra persona en lugar del deudor y no hay propiamente un hecho imposible (1829 y 2027). Tampoco debe de confundirse el hecho legalmente imposible con el hecho ilícito, pudiendo citarse como ejemplos de lo primero adquirir una cosa que ya es propia, obligarse a no revocar un testamento, tratar de obligar una persona a que contraiga matrimonio con otra determinada persona, pretende obligar a una persona que teste un determinado sentido, el obligare a no vender (2301 o no hipotecar 2801)

El hecho ilícito es el que contradice leyes de orden público o las buenas costumbres (1830) Por normas de orden público Interno han de entenderse las relativas a la organización política, a la organización judicial, al régimen de bienes inmuebles (14), a la capacidad y al Estado de las personas y en general las normas de derecho público o las normas de derecho privado que tengan el carácter de imperativas o de prohibitivas (8). El concepto general de orden público Interno es muy variable, en atención a que los intereses sociales que en forma directa y preferente sobre los intereses individuales se tratan de salvaguardar con las normas de orden público, no pocas veces pecan de convencionalismos del legislador y a veces obedecen a razones de tipo político, pues ni siquiera cabe identificarlas con las normas que protegen al débil contra el fuerte (mazeaud)²⁷

b).- Elementos formales o de validez de los contratos y los vicios que pueden afectar de nulidad al contrato.

Es importante señalar que los contratos no sólo se encuentran conformados con los elementos de existencia (descritos en el inciso que antecede), sino que para su validez y para sustituir efectos legales, deben de contar con elementos formales o de validez, como lo son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la formalidad cuando así lo exija la ley y el fin o motivo lícito; la falta ó el vicio en alguno de ellos trae como consecuencias la nulidad del contrato, la cual puede ser absoluta o relativa, como se observara en el estudio que se haga cuando se aborde por separando cada uno de los elementos formales de los contratos.

²⁷ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, DÉCIMA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1989, PÁG. 42 Y 43

El hecho ilícito es el que contradice leyes de orden público o las buenas costumbres (1830). Por normas de orden público interno han de entenderse las relativas a la organización política, a la organización judicial, al régimen de bienes inmuebles (14), a la capacidad y al Estado de las personas y en general las normas de derecho público o las normas de derecho privado que tengan el carácter de imperativas o de prohibitivas (8). El concepto general de orden público interno es muy variable, en atención a que los intereses sociales que en forma directa y preferente sobre los intereses individuales se tratan de salvaguardar con las normas de orden público, no pocas veces pecan de convencionalismos del legislador y a veces obedecen a razones de tipo político, pues ni siquiera cabe identificarlas con las normas que protegen al débil contra el fuerte (mazeaud)²⁷

b).- Elementos formales o de validez de los contratos y los vicios que pueden afectar de nulidad al contrato.

Es importante señalar que los contratos, no sólo se encuentran conformados con los elementos de existencia (descritos en el inciso que antecede), sino que para su validez y para sustituir efectos legales, deben de contar con elementos formales o de validez, como lo son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la formalidad cuando así lo exija la ley y el fin o motivo lícito; la falta o el vicio en alguno de ellos trae como consecuencias la nulidad del contrato, la cual puede ser absoluta o relativa, como se observara en el estudio que se haga cuando se aborde por separando cada uno de los elementos formales de los contratos.

²⁷ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, DÉCIMA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1989, PÁG. 42 Y 43

1.- CAPACIDAD.

En concordancia con el concepto que han vertido los principales estudiosos de la materia se puede definir a la capacidad en los términos siguientes: CAPACIDAD.- Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer.

En forma enunciativa, y por haberse tratado con más amplitud en los atributos de la persona, en este apartado únicamente se menciona la división que existe en la capacidad, al aludir a la capacidad de goce y de ejercicio que tienen las personas.

Pero en este momento nos referimos a la capacidad aplicada a los contratos, la cual se encuentra regulada en nuestro Código Civil en los artículos 1798 y 1799, que a la letra señalan:

"ARTÍCULO 1798 - Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

"ARTÍCULO 1799 - La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común".

De la simple lectura del primero de los dispositivos legales invocados se desprende de que habrá incapacidad de ejercicio a propósito de los contratos por parte de aquellas personas que en

forma expresa señala o exceptúa la ley, encontrándose en dicha hipótesis jurídica los sujetos que alude el artículo 450 del código civil.

*ARTÍCULO 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

1.- Los menores de edad.

2.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lucidos.

3.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

4.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas y enervantes*.

Aún mismo una incapacidad especial es la que existe entre los cónyuges para contratar, ya que también se establece la salvedad en que el contrato entre consortes es válida, según los artículos 174 y 176 del código sustantivo de la materia, que señala:

ARTÍCULO 174.- Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas, o para actos de administración.

ARTÍCULO 176.- El contrato de compra venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio este sujeto a régimen de separación de bienes.

En relación a este tema en el derecho común existen varios dispositivos legales que enumeran o califican casos en concreto en que se presente la voluntad para contratar, los cuales a continuación se enumeran, y describirán pero ya no se transcribirán a la letra por ser extensos y en cierto momento dificultan la comprensión del tema, pero con posterioridad se retomaran para seguir ilustrando el presente trabajo de tesis, la transcripción de los dispositivos legales en la figura en estudio que se trata.

En ese orden de ideas, como excepción en que puede contratar un menor, se encuentran los emancipados, que se encuentran facultados para contratar a través de autorización judicial, según el artículo 643 del código sustantivo civil; ordenamiento legal en cita que en sus numerales 638, 428-1, 429 y 537 en su parte final, que facultan al menor para que válidamente puedan contratar cuando sean peritos en una profesión o actividad con respecto a los contratos relacionados con ellas; otro caso sería cuando contrataban con respecto de los bienes que han adquirido por su propio trabajo, con las limitaciones que establece el propio ordenamiento legal en consulta.

Otros casos que prevé el Código Civil en que pueden intervenir válidamente un menor de edad, se encuentra contenidos en los Artículos 441, 496 y 1502 fracción II, que en lo relativo facultan al menor a solicitar al juez que tome las medidas necesarias para que quienes ejercen la patria potestad por mala administración derrochen o disminuyan el patrimonio del menor, la solicitud la puede hacer el menor siempre y cuando hubiera cumplido 14 años; otros casos, es la facultad del menor que ha cumplido 16 años para designar el tutor dativo; finalmente tenemos en aplicación estricto sensu al último precepto legal invocado con anterioridad, la facultad del menor de 16 años de ser testigo en un testamento para dar por agotado el presente apartado en que se esta analizando la incapacidad en el caso de los menores de la interpretación de los Artículos 1795

fracción 1, 228, 2230, 2233, 2236, 638, 2787 y 637 de la ley en comento, se puede establecer que la incapacidad de ejercicio para contratar de una o de ambas partes que han celebrado un contrato es causa de invalidez del mismo, dando origen a una nulidad relativa, la cual puede hacer valer únicamente el mismo incapaz, pudiendo convalidarse dicha nulidad por confirmación o por prescripción.

Ahora bien, no sólo en los menores se presenta la incapacidad para contratar, ya que la misma se extiende para los profesionistas en la licenciatura en derecho (los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores de oficio, los abogados), así como los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que no objeto de los juicios en que intervengan según el Artículo 2276 de la multicitada Ley Sustantiva CMI

En ese orden de ideas, el maestro Ramón Sánchez Medel señala que la esfera jurídica de nuestro derecho civil actual, se presentan tres casos que pueden dar lugar a confusión a la figura en estudio, como son la capacidad de contratar, la formalidad habilitante y la legitimación para contratar, las cuales describen en los términos siguientes:

" En materia de contratos hay que distinguir tres figuras limítrofes."

a) .- LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR, que es una subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato (MESSINEO). Por regla general tienen esta capacidad, todas las personas salvo las expresamente exceptuadas por la ley (1788), en cuya hipótesis excepcionales se encuentran los menores de edad de 18 años, los sordomudos, los analfabetas, los ebrios consuetudinarios y los dementes sujetos a Interdicción (450).

b) .- LA FORMALIDAD HABILITANTE, que consiste en una autorización o permiso que a una persona capaz se otorga por una autoridad judicial o administrativa, para la celebración de un determinado contrato (MAZEAUD).

En este caso se hallan los cónyuges, que necesitan autorización oficial para contratar entre sí (174); y menor emancipado que requiere también de autorización judicial, para enajenar o agravar los bienes y muebles para su propiedad (643-II), en situaciones similares se encuentra el extranjero, quien debe recabar permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para comprar un bien inmueble, de aquellos que pueden ser adquiridos por él, ya que los ubicados en las costas y en la frontera no pueden adquirirse por los extranjeros (2274)

En todos estos casos no se plantea una cuestión de incapacidad para contratar en general; pero, sin embargo, para celebrar determinados contratos en función de la persona con la que se contrata o en razón del objeto de contrato requieren de una autorización judicial o de un permiso administrativo.

La falta de una o de otra, en su caso, hace que el contrato este afectado de nulidad relativa, ya que el contrato produce sus efectos hasta que se pronuncie su nulidad y sobre todo el contrato en cuestión, puede ser convalidado posteriormente a través de la autorización judicial o del permiso administrativo que para el efecto se obtengan

c) .- LA LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR, que es la aptitud reconocida por la ley en una determinada persona para que pueda ser parte de un contrato determinado, la falta de legitimación

para contratar produce en el contrato la nulidad absoluta, por que las normas que privan la legitimación a determinadas en relación con ciertos contratos, son verdaderas normas prohibitivas (8).

Así como se menciona la "CAPACIDAD DE EJERCICIO PARA CONTRATAR", extendida como la aptitud reconocida por la ley a una persona estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia (MESSINEO); también se alude a la capacidad de goce para contratar cuando una persona no puede ni por sí ni por medio de representante ser parte de un determinado contrato (MAZEAUD). En este sentido la legitimación puede equipararse a la "capacidad de goce para contratar" y se distinguen de las, antes mencionada capacidad de ejercicio para contar en que esta última el contrato no puede celebrarse en incompleta o personalmente por el incapaz, pero puede en cambio celebrarse a través de su representante legal, en tanto que cuando hay falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión ni por sí ni por medio de representante. Tenemos como ejemplos de falta de legitimación para contratar: el ego en una profesión que no puede celebrar contrato de prestación de servicios profesionales sin el título respectivo (2608); los representantes, los mandatarios, los corredores y los empleados públicos no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración están encargados (2280, 2281 y 2282); los tutores no pueden comprar ni por el arrendamiento los bienes de sus pupilos (508); los incapaces que no puedan hacer donaciones ni aún por medio de su tutor (576); los extranjeros que no pueden comprar ni adquirir los bienes y muebles ubicados en las fronteras y costas (274); los magistrados, los jueces, y demás empleados públicos que no pueden tomar en arrendamiento los bienes que deban de arrendarse en los negocios en que intervengan (2404).²⁶

²⁶ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, DECIMA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1983, PÁG. 48 Y 49

2.- AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Los vicios del consentimiento expresamente se encuentran regulados en el artículo 1812 del Código Civil, que establece: " El consentimiento no es valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Por otra parte si recordamos que el CONSENTIMIENTO es el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, conservar o extinguir derechos y obligaciones que se manifiesten al exterior por parte de los contratantes; sin embargos, en ocasiones las partes manifiestan su voluntad para contratar ya sea por una falsa apreciación de la realidad (error); por coacción física o mental (violencia); así como cuando alguno de los contratantes obtienen ventajas que expresamente prohíbe la ley (lesión), los cuales estudiarán mas adelante. En forma enunciativa el artículo 1795 del Código Civil señala los casos en que puede ser invalidado el contrato y el numeral 2228 del ordenamiento en cita señala la nulidad como consecuencia de los vicios en el consentimiento, los cuales a la letra establecen:

"ARTÍCULO 1795 - El contrato puede ser invalidado:

- 1.- Por incapacidad legal de las partes o una de ellas.
- 2.- Por vicios del consentimiento.
- 3.- Por que su objeto o motivo o fin sea ilícito.
- 4.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en forma que la ley establece".

"ARTÍCULO 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce nulidad relativa del mismo".

- EL ERROR

Ahora bien, para entrar al estudio de los vicios de la voluntad, partiremos del error, del cual tomaremos el concepto que hace el mismo maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, quien lo define como una creencia sobre algo del mundo exterior físico de un ser humano, que esta en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad.

Pero siempre, aunque se este en error, se tiene un conocimiento, equivocado pero un conocimiento al fin y al cabo.²⁹

Los autores de la materia han profundizado el estudio de la figura del error en los contratos e incluso sus estudios, los han fundamentado en opiniones personales con doctrinas extranjeras (Francesa, Italiana y Alemana principalmente), así como con los Códigos Civiles que han existido en nuestro país (Códigos de 1870 y 1884) e incluso con derecho comparada: situación que provoca que la figura en estudio sea muy extensa, pero para efectos del presente trabajo de tesis se hará una breve semblanza de la misma, tratando que la misma abarque las principales características que integran al error.

²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, DECIMA PRIMERA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1996, PÁG. 249.

De tal forma tenemos que el artículo 1813 del Código CMI, señala la existencia del error de hecho o de derecho, el cual en caso de darse trae como consecuencia la invalidez o nulidad del contrato, rezando a la letra el precepto legal Invocado lo siguiente:

"ARTÍCULO 1813 - El error de hecho o de derecho invalida al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebre este en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa"

En ese orden de ideas se señala por algunos autores como el maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, que el error de hecho trae como consecuencia tres grados o tres hipótesis denominan de la forma siguiente:

- ERROR DE OBSTÁCULO.
- ERROR DE NULIDAD.
- ERROR DE INDEPENDENCIA
- ERROR DE OBSTÁCULO.

Dichas hipótesis es el sustante del presente trabajo de tesis, las interpreto de la siguiente manera, el puede presentarse en dos categorías a saber:

1.- CUANDO SE REFIERE A LA NATURALEZA, y que se le denomina *in negotio* y se presenta cuando se cree que se celebra un contrato diverso al que piensa celebrar la otra parte. En este caso se presenta cuando exista la traslación de dominio de una cosa, en la cual una de las partes piensa que se trata de una compra venta y la otra de una donación; otro ejemplo se presentaría cuando se da el uso de un inmueble y una de las partes piensa que se trata de un comodato y la otra cree que es un arrendamiento, etc.

2.- CUANDO SE REFIERE A LA IDENTIDAD DEL OBJETO, que denomina la doctrina *in rem*, que tiene lugar cuando una de las partes supone que la operación del contrato versa sobre una cosa distinta; ejemplo clásico se presenta cuando existen inmuebles con el mismo nombre o nomenclatura oficial (calle), con características diferentes o ubicación distinta, produciéndose la confusión al realizarse el contrato.

- ERROR DE NULIDAD

Tiene lugar este error, cuando el contrato se produce, existe una falsa apreciación o incompleta de la substancia de las cosas o identidad de las personas, se determina de acuerdo a la interpretación que se hace del ya transcrito artículo 1813 del Código Civil, así como el Código napoleónico, ahora bien este error se puede ilustrar con los ejemplos siguientes, cuando se compra un objeto de madera, pensando que el mismo es de caoba y se trata de formica, o un bien metálico que se piensa que es de plata y es de aluminio; en cuanto a la identidad de las personas, se ejemplificara cuando se celebra un contrato de mandato o prestación de servicios, ejemplo de ello se presenta cuando para cantar se contrata a una persona de nombre JUAN GABRIEL,

creyendo que se trata del afamado cantante y es todo lo contrario; o se otorga la representación legal creyendo se trata del afamado jurista JUAN LÓPEZ y se trata de un omonimo.

- ERROR DE HECHO INDIFERENTE.

Se presenta cuando al contratar se hace sobre circunstancias secundarias al objeto o cosa, pero que no trasciende en la validez del contrato; ejemplo de esta situación se presenta, cuando se vende una casa en optimas condiciones, y el comprador piensa que ello incluye la pintura de los interiores, la cual no se encuentra pintada; o cuando se vende una colección de discos de los Beatles, pensando que los mismos traen las fundas originales, pero ya trae otras diversas, etc.

- ERROR DE DERECHO

Tiene lugar cuando existe una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma de derecho o sobre su aplicación, ejemplo de ello tenemos cuando una persona cree que el derecho le da libertad de disponer en forma total de sus bienes y dona todos ellos, otro ejemplo cuando una persona en vida hereda sus bienes a sus familiares, etc

Por otra parte se señala como otra clasificación de error al llamado error de aritmética o cálculo, material o de concepto que se encuentran regulados en los artículos 1814, 3024 y 3025 del Código Civil que a la letra señalan:

"ARTÍCULO 1814.- El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

"ARTÍCULO 3024.- Se entenderá que se comete un error material cuando se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de algunas circunstancias se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarse del título sin cambiar por eso el sentido general de la inscripción ni el de alguno de los conceptor".

"ARTÍCULO 3025.- Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se alteren o varíe su sentido porque el registrador hubiere formado un juicio equivocado del mismo, por una persona errónea calificación del contrato o acto en el consignado por cualquier otra circunstancias"

En las clases de error antes eludidas, por existir en forma de la ley la posibilidad de rectificar dichos errores, la doctrina llama a dicho error como error rectificable; por tal motivo dicho error no afecta la validez del contrato

Así mismo, el maestro SÁNCHEZ MEDAL, señala las consecuencias del error y del término que establece la ley para que prescriba la acción de invocar al error por parte de la víctima y término que se tiene para convalidar o rectificar el error, manifestándolo el siguiente comentario:

" La nulidad del contrato por ERROR SOLO PUEDE INVOCARLA LA PARTE QUE SUFRIÓ EL ERROR (2230) Y la acción para que se declare tal nulidad prescribe en diez años si la víctima del error no llega antes ha de describir dicho vicio (638 y 2236), ya que el último ocurre, la prescripción

extintiva se consume en el plazo de 60 días a partir del día en que el error fue conocido (2236) y es también a partir de entonces cuando puede la víctima, si así lo desea, confirmar el contrato expresamente (2223), o ratificarlo tácitamente mediante el cumplimiento voluntario a través del pago o de cualquier otro modo (2234).³⁰

- EL DOLO.

La figura del dolo en los contratos se encuentra regulada en el artículo 1815 del Código Civil que a la letra dice:

"ARTÍCULO 1815.- Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe la disimulación del error de los contratantes una vez conocido."

De acuerdo al precepto legal antes invocado, algunos estudiosos del derecho, establecen la existencia del dolo bueno y el dolo malo, encontrándose regulado el primero de los citados en el Artículo 1821 del ordenamiento legal en cita, que establece:

³⁰ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1963, PÁG. 52.

"ARTÍCULO 1821.- Las consideraciones generales que los contratantes expusieron sobre los derechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración del contrato, y que no importen engaño, amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia".

De tal forma, que al hablar del dolo bueno nos estaremos refiriendo a los artificios mas o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración de un acto, sin que esto afecte o implique invalidez del contrato

Por otra parte el dolo malo va a tener dos acepciones diferentes en el lenguaje jurídico, una por lo se refiere al derecho penal y otro por lo que se toca al derecho civil; así por ejemplo, cuando se habla de:

- EL DOLO PENAL.
- EL DOLO CIVIL.

EL DOLO PENAL, es la voluntad consciente de cometer un acto delictivo; es decir, es la conciencia de que con el acto se está cometiendo un resultado antijurídico y típico que sanciona el derecho penal.

EL DOLO CIVIL, se considera como aquellas maquinaciones empleadas para inducir al error y para poder determinar que la persona externa su voluntad o simplemente para darle una situación desventajosa.

Siguiendo los formulismos hechos por los autores hasta ahora consultados, se puede establecer la existencia de dos subdivisiones del dolo civil, que en este caso se conceptualizarían en la forma siguiente:

- EL DOLO PRINCIPAL.
- EL DOLO INCIDENTAL.
- EL DOLO MALO INCIDENTAL.

EL DOLO PRINCIPAL, son aquellas maquinaciones para inducir a alguien a la celebración de un acto por que de otra manera no se hubiera celebrado; esta circunstancia, provoca que el contrato sea nulo de pleno derecho, como lo refiere el artículo 1816, que señala:

"ARTÍCULO 1816.- El dolo incidental, el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinada de este acto jurídico".

EL DOLO MALO INCIDENTAL, son las maquinaciones que sean para inducir al error a una persona que ya estaba con la idea o la intención de contratar, pero que a causa de tales

maquinaciones otorga su voluntad en situación desventajosa a la que hubiera aceptado sin mediar el error por dolo: a la presencia este tipo de dolo no da como consecuencia la nulidad del contrato, pero sí permite a la víctima el derecho de pedir el ajuste correspondiente en el precio, en su caso, o en términos generales que la víctima tenga el derecho de solicitar la igualdad de las partes en el contrato.

Finalmente para poder dar por terminado el presente apartado es oportuno señalar que en los artículos 1817, 1822, 1823 del ordenamiento legal en cita, señala que cuando el dolo proviene de ambas partes no puede ninguna de ellas solicitar la nulidad del contrato; así mismo existe la irrenunciabilidad de que la víctima exija en el futuro la nulidad por dolo; o si en su caso la víctima del dolo ratifica el contrato y convalida el acto, con posterioridad no puede invocar la nulidad.

- LA VIOLENCIA EN EL CONTRATO.

El concepto legal lo vamos a encontrar en el Artículo 1819 del código sustantivo de la materia que dice:

"ARTÍCULO 1819 .- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenaza que imponga peligro de perder la vida, la honra, la libertad o la salud de una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge ascendientes y de sus descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

Del precepto legal invocado se deduce que el derecho no castiga o si el temor o miedo del sujeto pasivo en relación al activo, si la conducta que se sancionan es la falta de libertad de la voluntad por una de las contratantes. Ahora bien, para la doctrina como la legislación mercantil en vigor, considera que no todo temor es considerado como violencia, aludiendo dos casos al respecto como podrían ser:

- EL TEMOR REVENCIAL.
- EL TEMOR POR LA ADVERTENCIA DE EJERCICIO DE UN DERECHO.

El primero de los casos lo encontramos plasmado en el Artículo 1820 del ordenamiento legal en cita, que a la letra reza:

"ARTÍCULO 1820 .- El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se deben sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento"

Por lo que respecta al temor de advertencia en ejercicio de un derecho, lo encontramos en la vida diaria, quien de nosotros no ha escuchado que cuando se exige un pago por parte del acreedor al deudor, el primero de los nombrados amenaza que en caso de no obtener el pago demandará a su deudor.

En cuanto a los elementos personales de quienes son los que generan la violencia, en forma genérica, se puede señalar que son dos elementos como serían:

- UN CONTRATANTE, Y
- DE UN TERCERO INTERESADO O NO EN EL CONTRATO .

La idea antes eludida se encuentra regulada por el Artículo 1818 del Código Civil que establece :

"ARTÍCULO 1818 - Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga esta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato"

Por tal motivo se puede establecer que para que se de la violencia en un contrato se debe de tratar de una violencia sea ilegítima o contrario a derecho

En cuanto a los efectos legales que trae como consecuencia la violencia en los contratos es susceptibles de nulidad relativa que puede dar lugar a una convalidación del acto a través de la figura de la confirmación, a través del cumplimiento voluntario o ratificación tácita del contrato, existiendo el término de seis meses para que prescriba la acción de solicitar la prescripción, empezando a correr dicho término hasta que cese la violencia , como lo previenen los artículos 1233, 1823, 2230, 2237, del Código Civil vigente respecto al marco jurídico en cita el maestro Ramón Sánchez Medal, hace la siguiente Interpretación:

"La violencia da origen a la nulidad relativa del contrato, nulidad que solo puede invocar a quien sufrió aquella (2230) Además, este vicio del consentimiento, una vez que ha cesado y

siempre que no exista otra causa de invalidación es susceptible de ser purgado tanto merced a la confirmación como a través del cumplimiento voluntario o ratificación tácita (1233, 1823, 2234) Así mismo, haría que cesa este vicio del consentimiento empieza a correr el término de seis meses para la prescripción negativa de la acción para invocar dicha nulidad, siendo además irrenunciable el derecho de pedir la nulidad del contrato por violencia (2237)".³¹

Además de la lectura del Artículo 1822 del ordenamiento legal en cita, se puede establecer que el derecho a solicitar la nulidad del contrato por violencia, es irrenunciable, transcribiendo, a continuación el numeral antes señalado:

"ARTÍCULO 1822 .- No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia".

LA LESIÓN .- El concepto legal de la figura legal de la lesión se encuentra regulada en el artículo 17 del Código Civil vigente, quien la define en los términos que a continuación se transcriben:

"ARTÍCULO 17 - Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene el derecho de elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."

³¹ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1989, PÁG. 55

De la simple lectura del artículo en estudio, se incluye a la lesión como causa de nulidad en los contratos, aunque de forma expresa no la reconozca como tal el código sustantivo en su artículo 1785 ; aunque como se menciona y se deduce del precepto legal antes transcrito la lesión si es reconocido como un vicio de la voluntad que a elección del afectado puede pedir su nulidad o la reducción equitativa de su obligación; debiéndose añadir que la figura de la lesión es creada por el legislador con el ánimo de que en los contratos conmutativos exista la igualdad entre los contratantes y no se de un lucro excesivo por parte de uno de los contratantes en detrimento del otro, es decir el fundamento fuente de inspiración de la lesión se encuentra en los principios generales de justicia y equidad.

Por otra parte la figura de la lesión se encuentra constituida por un elemento objetivo y otro subjetivo, siendo en el primer caso cuando en el contrato uno de los sujetos obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado; ahora bien cuando hablamos del elemento subjetivo, nos estamos refiriendo a que uno de los contratantes explota la suma ignorancia, notoria o extrema necesidad de otro.

En otro orden de ideas se puede afirmar que en un contrato que se encuentra afectado de nulidad relativa a causa de la lesión no se puede ratificar expresamente o tácitamente con el cumplimiento del mismo, afeveración que se obtiene de la interpretación por exclusión que se hace de los artículos 2233 y 2234 del Código Civil vigente, mismos que a la letra dicen :

"ARTÍCULO 2233 .- Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra cosa que invalide la confirmación"

"ARTÍCULO 2235 .- La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de terceros."

También es oportuno señalar que la acción a invocar la lesión como nulidad en el contrato únicamente compete al contratante perjudicado no así a los terceros, siendo este un derecho irrenunciable, por ser de interés público.

Para que el marco jurídico que regula la figura la lesión quede completo con los preceptos de derecho antes invocados y transcritos, a continuación se reproducirá la jurisprudencia que en lo relativo ha dictado el Primer Tribunal Colegiado del tercer circuito que señala :

"LESIÓN CONTRACTUAL REQUIERE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS PARA SU ACTUALIZACIÓN; como la legislación civil jalisciense no establece los elementos necesarios para que opere la lesión indiscutiblemente que ante tal omisión, debe a la doctrina y a los principios generales del derecho, en acatamiento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 constitucional. Así las cosas, se advierte que la doctrina enseña que la lesión como perjuicio que experimenta una de las partes en un contrato conmutativo por recibir una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona, no invalida el contrato por que frecuentemente en todos los contratos hay una parte que se aprovecha, en cierto sentido de la otra y además es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales (lesión de hecho) por el contrario la lesión que invalida total o parcialmente el contrato es aquella en que la citada desproporción es consecuencia directa e inmediata a la situación de debilidad, miseria e ignorancia con que se contrata una de las partes (lesión jurídica). Esto obedece al hecho de que ante la situación se

considera que se afecta, así a la irrestricta autonomía de las voluntades es decir que esta no se expreso libremente sino impulsada por cualquiera de las circunstancias subjetivas citadas.

Por tanto, no obstante que la lesión no esta reglamentada en la legislación de Jalisco expresamente como vicio objetivo subjetivo, debe considerarse así supuesto que la desproporción entre las prestaciones siempre tendrán repercusión en la voluntad, ya que dicha desproporción obedezca a un acuerdo voluntario y libremente aceptado, lo cual no puede considerarse lesivo, o bien que obedezca a un hecho que impida la expresión libre de la voluntad, lo cual lógica y jurídicamente, debe ser sancionado civilmente, con la anulación del contrato originado de las obligaciones desequivalentes.

Amparo directo 413/78, José Grajeda Armenta y Coags, 30 de noviembre de 1978, Unanimidad de Votos. Ponente: Felipe López Contreras.¹²

3.- FORMALIDAD EN LOS CASOS EXIGIDOS POR LA LEY.

Para estudiar este apartado es importante y de vital importancia partir del concepto de forma en los contratos, y para tal efecto nos auxiliaremos en la definición que da el maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien señala:

¹² INFORME 1979, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL TERCER CIRCUITO, NUM. 9, PÁG. 232

" Ya en cuanto a la forma en el derecho civil, y dentro de éste, en el contrato, se le puede entender como LA MANERA EN QUE DEBE DE EXTERNARSE Y/O PLASMARSE LA VOLUNTAD DE LOS QUE CONTRATAN, CONFORME LO DISPONGA O PERMITA LA LEY - 33

De acuerdo al concepto antes vertido y acorde a lo dispuesto por el artículo 2228 del Código Civil, la falta de forma en los contratos trae como consecuencia la nulidad relativa de la misma, es decir, para su eficacia se puede convalidar la falta de forma, ya que si se parte del principio general de que los contratos se perfeccionan y surten sus efectos legales, también lo es que exige, por excepción se cumplan con los requisitos de forma que la ley exige, tal y como lo plasma el legislador en los Artículos 1796 y 1832 del ordenamiento sustantivo de la materia, preceptos que a la letra dicen:

"ARTÍCULO 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben de revestir una forma establecida por la ley, desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe el uso de la ley"

"ARTÍCULO 1832.- Los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

³³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, DERECHO Y OBLIGACIONES, 12ª EDICIÓN, MÉXICO 1996, EDITORIAL PORRÚA, PÁG. 301.

Es importante señalar que la forma de los romanos hasta nuestros días ha sido de vital importancia para los contratos, ya que sin ella en ocasiones no surten los efectos legales a los que los contratantes quisieron obligarse, y es que sin lugar a dudas el pretor y en su caso el legislador han querido que en los contratos exista una seguridad jurídica, evitando hasta donde sea posible controversias en los mismos, al respecto el maestro Sánchez Meda! afirma:

"En la actualidad, el renacimiento o la supervivencia del formalismo obedece a otros motivos diferentes, actualmente la forma de los contratos tiene un sentido distinto del que tuvo en el primitivo Derecho Romano. La forma se exige en nuestros días no por que se atribuya a las palabras en sí o a las formas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia, sino por otros motivos de interés, público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones, asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes, ventajas todas éstas que aplican la formalidad exigida en la parte mayor de los contratos reglamentados." ³⁴

Por otra parte, la forma en que los contratantes exteriorizan su voluntad para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones debe de ser expresa o tácita, siendo en el primer caso cuando la voluntad se exterioriza mediante la palabra, la escritura o la redacción del contrato, que puede ser público o privado, según la naturaleza del contrato que se trate e incluso se menciona que la expresión de la voluntad se puede hacer a través de signos inequívocos, como pudieran ser señas o gestos que evidencien la voluntad; en cuanto al consentimiento tácito, tiene lugar cuando se ejecutan ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de la

³⁴ SANCHEZ MEDAL RAMON, DE LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1989, PÁG. 65

voluntad; la presente afirmación se encuentra fundada en lo que prevé el artículo 1803 del Código CMI, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 1803 - El consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se menciona verbalmente, por escrito por signos inequívocos, el tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente"

Finalmente, para que quede completo el marco jurídico de la forma en los contratos en general es importante señalar que la ley señala que los mismos deben de ser firmados por los contratantes, ya que la firma es la que obliga en los contratos que consten por escrito, e incluso el legislador previendo que alguna de las partes del contrato no sepa o este impedido para firmar, pero que su voluntad es obligarse, lo puede hacer un tercero a su ruego, haciéndose constar esa situación, que dando constancia de la huella dactilar del interesado que no firmo como lo refiere el precepto legal que a continuación se transcribe y que naturalmente es del ordenamiento legal en consulta:

"ARTÍCULO 1834 - Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmo".

4.- FIN O MOTIVO LICITO.

Este apartado se encuentra íntimamente relacionado con el objeto del contrato, tal y como lo refiere el artículo 1795 fracción tres del Código Civil que en lo relativo señala:

"ARTÍCULO 1795.- El contrato puede ser invalidado

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito".

En este momento es oportuno señalar que cuando se estudiaron los elementos de existencia del contrato, se estudio al objeto, haciendo la distinción que en el mismo existen el objeto-cosa y el objeto-hecho, por lo que ahora al retomar nuevamente el estudio del objeto, pero ahora como elemento de validez del contrato, se deberá entender que se habla del objeto-hecho, es decir a la conducta o prestación a que se obligan los contratantes, que como recordamos es de tres tipos a saber dar, hacer y no hacer.

Respecto a la licitud del objeto, se encuentra regulada en lo dispuesto por los artículos 1827 fracción II y 1830 del Código Civil Vigente preceptos que a la letra dicen:

"ARTÍCULO 1827.- El hecho positivo o negativo del objeto del contrato, debe ser:

1.- POSIBLE.

2.- Lícito".

"ARTÍCULO 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Sin duda alguna la interpretación del primero de los dispositivos legales no reviste dificultad alguna, ya que por el mismo se debe de comprender a la letra, en cuanto al segundo numeral, el mismo se debe de interpretar a contrario sensu, es decir, será ilícito aquello que se haga conforme a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Ahora bien si se esta hablando de conceptos de ley y de buenas costumbres, resultaría oportuno recordar dichos conceptos, de los cuales se han hecho diversas definiciones por diferentes jurisconsultos de la materia pero sin duda alguna los autores que reúnen a mi entender los requisitos didácticos para la comprensión de los mismos, son los que al respecto hacen los maestros Rojina Villegas y Gutiérrez González, quienes al respecto señalan

LA LEY.- "...Podemos considerar que nuestro derecho vigente, la ley y el reglamento desde el punto de vista material y formal conforme al primero, (MATERIAL) se entiende por ley toda disposición de orden general, abstracta obligatoria que dispone no para un caso determinado, sino para situaciones generales. En sentido formal, la ley no se define tomando en cuenta su naturaleza general, sino el órgano que la elabora, y de esta suerte se dice que es todo acto de poder legislativo, aun cuando no impliquen normas de observancia general".

BUENAS COSTUMBRES. - "Son el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito".³⁶

De tal forma que los contratos que contravengan la ley y las buenas costumbres serán declarados nulos, ya sea por nulidad relativa o nulidad absoluta, como lo previene ius preceptor. legales a que a constitución se citan y transcriben del ordenamiento jurídico en consulta:

"ARTÍCULO 8.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

"ARTÍCULO 2225 - La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce nulidad, ya absoluta o relativa, según disponga la ley".

"ARTÍCULO 2226 - La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecer todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

³⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 11ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1996, PÁG. 321.

"ARTÍCULO 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

Por otra parte, debe de entenderse que el fin o motivo lícito de los contratos debe de entenderse como la finalidad que persiguen los contratantes al exteriorizar su conducta en el contrato, siendo importante recalcar que para el motivo o fin del contrato, tenga trascendencia jurídica que se haya declarado y aceptado expresamente el motivo al celebrarse el contrato, en caso contrario no procedería la nulidad o invalidez del contrato.

El fin o motivo de los contratos se encuentra regulada en lo dispuesto en el artículo 1831, que señala:

"ARTÍCULO 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Siendo en este caso aplicable cuanto se dijo en el presente respecto de la licitud del objeto, por que son circunstancias que de acuerdo a la legislación y a la doctrina son aplicables para ambas figuras jurídicas, las cuales se tienen por transcritas en el presente en obvio de innecesarias repeticiones.

Para dar por terminado y por agotado el presente apartado, es importante señalar que los principales autores de la materia hacen alusión y estudios a la figura de la causa en los contratos, misma que a levantado grandes polémicas en el derecho Francés, pero que a decir de los maestros Gutiérrez y González y Rojina Villegas, en nuestro derecho civil el legislador no toma en consideración esa situación, por lo tanto no se abundara en esa situación, más aun si se toma en cuenta que no es materia del presente trabajo de tesis, ya que para no pecar de comentarios ligeros se tendría que entrar a un estudio concienzudo de las diferentes teorías que existen al respecto, lo que desvirtuara y desviaría el objeto que se persigue en el presente trabajo de tesis.

III.- DE LAS FORMAS O TEORÍAS EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

Para que un contrato surta sus efectos legales, en ocasiones no basta con que se cumplan con los requisitos de existencia y de validez, ya que en ocasiones aún cumpliendo con esos requisitos, si al momento de exteriorizar su voluntad los contratantes lo hacen de manera ambigua, incompleta u oscura, es cuando se tiene que interpretar el contrato, para saber los términos y alcances en que las partes quisieron obligarse, para tal efecto el legislador en el Código Civil en los artículos 1851 y 1857, estableció las reglas a seguir en caso de que exista controversia en la interpretación de los contratos, esto sin perjuicio de las bases que al efecto nos proporciona la doctrina, con diversas teorías para dicha interpretación que en ocasiones el legislador ha tomado en consideración y las ha plasmado en el ordenamiento sustantivo de la materia, como se apreciara en el análisis que al efecto el suscrito hace y que transcribe a continuación.

Por una parte, el maestro Gutiérrez y González, entra al estudio de las teorías para interpretar la voluntad en los contratos, alude a dos de ellas que en este caso, son LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD REAL, INTERNA O TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, así como LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD DECLARADA, caracterizándose en que ambas son diametralmente opuestas, ya que por una parte la primera de las nombradas establece que para la interpretación de los contratos se debe desentrañar la verdadera intención que llevo a las partes a contratar; por una parte LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD DECLARADA, la cual señala que en su interpretación debe de atenderse exclusivamente lo que las partes exteriorizaron independientemente de que si dicha declaración entraña verdaderamente el sentido y alcance que las partes quisieron darle al contrato, dichas teorías son tomadas del Derecho Francés e Italiano que toma en cuenta la doctrina, en este caso, como ya se dijo por conducto del maestro Gutiérrez y González, sin embargo, el legislador también las tomo en consideración y adopta un sistema mixto que plasma en el numeral 1851 del Código Civil, que a letra dice:

"ARTÍCULO 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas

Si las palabras parecieren contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas".

Por otra parte, el maestro Sánchez Medel, cuando entra al estudio de las teorías para interpretar a los contratos, señala que independientemente de la existencia de la teoría de la voluntad interna y de la teoría de la voluntad declarada, existen otras teorías a saber, que en este caso son:

- LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA.
- LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA.
- LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DEL CONTRATO.

- **TEORÍA SUBJETIVA.**- Encuentra su sustento en el artículo 1851 del Código Civil, antes transcrito, en el cual subsiste la intención común o la voluntad interna de los contratantes en la interpretación del contrato, la cual se ve reforzada a considerarse que se trata de la intención común entre las partes del contrato, también llamada REGLA DE HEMENEUTICA, que el legislador plasma en el artículo 1852 del Ordenamiento legal en consulta, que señala:

"ARTÍCULO 1852.- Cualquiera que sea la generalización de los términos de un contrato, no deberán de entenderse compendios en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los interesados se propusieron contratar".

De tal forma se puede establecer en forma categórica que el principio sobre el que descansa la teoría subjetiva es la intención común de las partes al contratar.

- **TEORÍA OBJETIVA.**- Al respecto en forma textual el maestro Sánchez Medal, señala al respecto, "Las normas subsecuentes (1853 a 1856) son para eliminar dudas o ambigüedades en las palabras, términos o cláusulas del contrato, y por esta razón se les llama normas de interpretación objetiva o abstracta (Trabucáis)".³⁷

³⁷ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 78.

Del señalamiento que hace el autor en consulta, se destaca que su razonamiento se encuentra en concordancia con el ordenamiento sustantivo de la materia, de las cuales se rescatan los principios importantes que rigen a la generalidad de los contratos para que surtan sus efectos, tal es el caso del:

A).- PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO. que regula el artículo 1853 del Código Civil, que señala:

"ARTICULO 1853.- Si alguna de las cláusulas admitiere diversos sentidos, deberá de entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

B).- INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONTRATO, se encuentra regulado por lo dispuesto en los artículos 1854 y 1855 de nuestro Código Civil, los cuales señalan la necesidad para que se interprete el contrato se debe atender en conjunto a las cláusulas y no por separado, a fin de evitar interpretaciones contradictorias, por otra parte también se puede establecer que la comprensión de las cláusulas ambiguas del contrato se deben entender en función de las que están plenamente plasmadas en forma clara, para que se de la sistematización a que se alude, y aquellas palabras que se encuentren en el contrato y que tengan acepciones diversas, hay que aplicar el significado que se apege a la naturaleza y objeto del contrato, pero para una mejor comprensión a continuación se transcriben los preceptos legales antes invocados:

"ARTICULO 1854.- Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"

"ARTICULO 1855.- Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán atendidas en aquellas que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

Ya en un estudio individual de los artículos 1856 y 1857 del ordenamiento legal en consulta, se puede señalar que en el primero de los mencionados preceptos se encuentran plasmados dos elementos que constituyen fuentes formales de derecho, como en su caso son el uso y la costumbre el cual para su comprensión y aplicabilidad se debe de atender a la letra y aplicarlo al caso en concreto.

Por último el artículo mencionado en segundo lugar, alude en su parte primera que en caso de controversia en un contrato de tipo oneroso o gratuito, se atenderá atendiendo al principio de equidad, evitando el perjuicio o menoscabo del patrimonio de una de las partes, tratando en lo posible que subsista el principio de igualdad entre los contratantes, ya en su párrafo segundo, en forma clara y sin dar lugar a duda alguna establece la nulidad del contrato, cuando existiera duda sobre el objeto principal del contrato. A continuación se transcriben a la letra los dispositivos legales antes estudiados:

"ARTÍCULO 1856.- El uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos".

"ARTÍCULO 1857.- Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del

contrato, y este fuera gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses”.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”.

- LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DEL CONTRATO.- Sin duda alguna, esta es quizás una de las teorías más socorridas y de mayor utilidad que se emplean en la práctica para interpretar a los contratos, si se toma en cuenta que la mayoría de ellos son contratos privados que celebran las partes, quienes en la mayoría de los casos no son gente docta en derecho, por eso al momento de obligare y plasmar las cláusulas correspondientes en el contrato omiten cláusulas de carácter esenciales, naturales y accidentales, que permitan al contrato tener las consecuencias, alcances y efectos que revista la naturaleza del contrato que se trate, por tal motivo el legislador crea la norma que subsane la omisión de las partes y se tengan por puestas aquellas cláusulas que son esenciales para el contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, salvo que las últimas nombradas sean renunciadas conforme a la ley; hipótesis jurídica que a la letra se encuentra plasmada en nuestro Código sustantivo de la materia en su numeral 1839, que señala:

“ARTÍCULO 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”.

Pero la interpretación integradora del contrato, no sólo se hará atendiendo a las cláusulas esenciales, naturales y accidentales que componen a un contrato, ya que cuando estas son insuficientes para desentrañar el sentido y el alcance del contrato es preciso auxiliarse de las consecuencias que deriven de la buena fe, del uso o de otras disposiciones legales, o en última instancia agotar los principios generales de derecho, en especial el de equidad.

Para una mejor ilustración de lo expresado, me auxiliare de lo que al respecto señala el maestro Sánchez Medal, quien dice: "Sobre este particular, cabe mencionar que las cláusulas de un contrato pueden ser ESENCIALES, cuando no pueden suprimirse ni por convenio so pena de hacer desaparecer el contrato de que se trate, como por ejemplo, pretender eliminar en lo absoluto la obligación de conceder el uso o goce temporal de la cosa arrendada en el arrendamiento; NATURALES, cuando son consecuencia ordinarias del contrato, por lo que se tienen por puestas, salvo pacto en contrario, como es, por ejemplo, la obligación del arrendador de hacer reparaciones en la cosa arrendada, y ACCIDENTALES, que requieren de pacto expreso, y las obligaciones que impone sólo existen la medida de pacto y no en función de normas supletorias, como por ejemplo la autorización al arrendatario para ceder sus derechos a tercera persona

Si las cláusulas convenidas entre las partes y las normas supletorias establecidas por la ley a propósito de cada contrato en especial resultaran todavía insuficientes, la integración deberá de continuarse con las consecuencias que deriven de la buena fé, del uso o de otras disposiciones legales (1796) y finalmente con los principios generales de derecho (19), y en especial los fundados en la equidad (20 y 1857-1*)".³⁸

³⁸ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁGS 81 Y 82.

IV.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Sin duda alguna la importancia que tiene la legislación en nuestra materia obliga que en el presente estudio al analizar la clasificación de los contratos se haga desde el punto legal que se encuentra regulado en el Código Civil en su libro segundo, comprendiendo del título primero al título décimo sexto, a los diferentes tipos de contrato en lo individual, pero de acuerdo a las características en común que tienen algunos contratos entre sí, y que en forma expresa lo señala el propio ordenamiento de la materia, los contratos se pueden clasificar de la forma siguiente, (artículo 1835 al 1838):

A).- BAJO UN CRITERIO ESTRICTAMENTE JURÍDICO, en:

UNILATERALES "Cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada" (artículo 1835) y, BILATERALES: "Cuando las partes se obligan recíprocamente".

B).- BAJO UN CRITERIO ECONÓMICO en:

ONEROSO: "Es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos", (ARTÍCULO 1837 parte primera), que a su vez se subdivide en:

1.- CONMUTATIVO: "cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas de que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste, es.

2.- ALEATORIO, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que sea acontecimiento se realice". (Artículo 1838).

GRATUITO "aquél en que el provecho es solamente de una de las partes" (Artículo 1837 in fine parte).

Por otra parte en el mismo Código, en disposiciones diversas se puede distinguir otras formas en que se pueden dividir los contratos, como en su caso sería:

ARTÍCULO 1858.- Su interpretación directa y a contrario sensu regula a los contratos NOMINADOS o TÍPICOS e INOMINADOS ATÍPICOS, entendiéndose como típicos aquellos que están expresamente reglamentados en la ley en consulta; mientras que los ATÍPICOS, son aquellos en que no se encuentran expresamente reglamentados y por tal razón se rigen por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el tengan mas analogía, de los reglamentos en este ordenamiento en consulta

LOS ARTÍCULOS 1832 Y 1833 - establecen la clasificación del contrato atendiendo a su forma, siendo en este caso CONSENSUALES Y FORMALES, siendo en el primer caso aquellos que para su perfeccionamiento requieren únicamente de que se exteriorice el consentimiento; y son FORMALES, cuando la ley exige determinada forma para expresar la voluntad para su plena validez.

LOS ARTÍCULOS 1832 Y 2858.- Regulan a los contratos CONSENSUALES Y REALES, que como ya se mencionó en el apartado que antecede, únicamente los contratos consensuales exigen el consentimiento, sin que sea necesario la entrega de la cosa, como ocurre en los contratos reales que para su perfeccionamiento requiere de la entrega de la cosa.

- RESPECTO A LA CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ACUERDO AL OBJETO DE DAR, HACER O NO HACER, se encuentran reguladas en forma respectiva por lo dispuesto en los artículos 2011, 2027 y 2028.

C).- CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

Como el objeto principal del presente estudio no son los contratos, sino que es un tema que por la íntima relación que guarda con el tema central de la presente tesis al referirse al contrato de mandato, en esta ocasión para determinar la clasificación doctrinal de los contratos, adoptaremos la clasificación didáctica que al respecto nos proporciona el maestro Sánchez Meda, atendiendo a la doctrina española, que es precisamente la que han seguido los principales juristas de la materia cuando estudian en lo particular a los contratos, en ese orden de ideas se hace la transcripción aludida:

- "UNA CLASIFICACIÓN DIDÁCTICA.- Para fines didácticos en la exposición que se hará de cada uno de los contratos en particular, resultará muy conveniente observar, con algunos retoques o modificaciones, la clasificación que suelen hacer algunos autores españoles de los contratos en estas ocho categorías:

- a).- CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO, compraventa, permuta, donación y mutuo.
- b).- CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO Y DISFRUTE, arrendamiento y comodato, incluyendo en éste el precario.
- c).- CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS O DE GESTIÓN, prestación de servicios profesionales, contrato de obra a precio alzado, transporte y mandato
- d).- CONTRATOS ASOCIATIVOS O DE GESTIÓN DE COLECTIVA, asociación civil, sociedad civil, aparcería y sociedad conyugal
- e).- CONTRATOS DE CUSTODIA, depósito, incluyendo el secuestro, y en cierto sentido el hospedaje.
- f).- ALEATORIOS O DE SUERTE, juego y apuesta, renta vitalicia compra de esperanza y decisión por suerte.
- g).- GARANTÍA, fianza, prenda, hipoteca y promesa.
- h).- AFIRMACIÓN Y ESCALAMIENTO DE DERECHOS, transacción y compromiso arbitral".¹⁹

¹⁹ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª. EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁGS. 119 Y 120.

V.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO (FORMAS).

Si tomamos en cuenta que el contrato dentro de la doctrina es considerado como la fuente principal de las obligaciones, es justo entonces admitir que la extinción del mismo se va a regir por el marco jurídico que prevé el libro cuarto, título quinto, artículo 2185 al 2223, del Código Civil, y de la novación, el cual define a cada una de las figuras mencionadas en los términos siguientes:

- LA COMPENSACIÓN - "Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho. (artículo 2185)".

- LA CONFUSIÓN DE DERECHOS.- "La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona, la obligación renace si la confusión cesa. (ARTÍCULO 2206)".

- LA REMISIÓN DE LA DEUDA - "Cual quiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe, (ARTÍCULO 2209)".

- LA NOVACIÓN.- "Hay novación de contrato cuando las partes en el interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua, ARTÍCULO 2213".

A pesar de que como ya se dijo el contrato se extingue conforme a las normas establecidas para las obligaciones en general, en lo particular los tratadistas de la materia señalan algunas cuestiones propias de los contratos por las que se puede terminar el mismo, dentro de esa diversidad de opiniones doctrinales la que mas satisface al suscrito es la que refiere el maestro Sánchez Meda, que señala en su obra titulada de los contratos, de la cual dedica un apartado precisamente para estudiar la terminación de los contratos, de la cual una vez que doy lectura de la misma, en una interpretación personalísima, me atrevo a vertir las siguientes consideraciones:

Las causas por las que el contrato puede dejar de producir sus efectos se debe a tres razones, como son: la frustración del contrato, propiamente la terminación del mismo, así como la resolución o reposición.

En el caso de la FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO, esta tiene lugar por hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del mismo, en el entendido de que la frustración se debe de entender como quedar sin efecto un propósito contra la intención de quien debió de llevarlo a cabo, y tratándose de contratos, se regulan cinco casos en que se da la frustración siendo estas las siguientes:

- Por falta de alguno de los elementos de existencia del contrato.

- Cuando el contrato se encuentra afectado de nulidad absoluta, en lo relativo de que el objeto sea imposible o ilícito, o si el fin o motivo es ilícito.

- El tercer caso se presentaría cuando el contrato es celebrado por un incapaz, o se encuentra afectado la voluntad por dolo, violencia o error.

- Otra causa, se presenta cuando el contrato se encuentra afectado de lesión.
- Por ultimo, tenemos cuando los contratantes pretenden que los efectos del acto jurídico, derechos y obligaciones, se hagan extensivas a un tercero.

LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, se presenta cuando se ha efectuado el contrato con apego a derecho, es decir, que en su celebración se encuentran reunidos los elementos de existencia y de validez por lo tanto surte sus efectos correspondientes; razón por la cual para la extinción de sus efectos se requerirá de hechos o acontecimientos posteriores a la celebración del contrato; entre dichas causas tenemos las que a continuación se describen:

- El agotamiento natural del contrato, que no es otra cosa que la ejecución total de las obligaciones pactadas en el contrato e inherentes al mismo, circunstancias que se hacen extensivas a los contratos que para su terminación requieren, de,
- El vencimiento de un término, que por lógica siempre estarán sujetas a dicha condición.
- La muerte de uno de los contratantes, circunstancia que toma gran relevancia si se trata de los contratos llamados *instutu personae*, es decir que para la celebración del contrato una de las partes o ambas tomaron en cuenta la calidad o cualidad de las mismas, como ocurre en el contrato, de mandato, como lo establece la fracción III del artículo 2525 del Código Civil que a la letra señala:

"ARTÍCULO 2595 - El mandato termina: III - Por la muerte del mandante o del mandatario".

- La incapacidad sobreviniente de una de las partes, esta circunstancia también afecta al contrato de mandato y de forma expresa lo señala el legislador en la fracción IV del artículo 2595 del ordenamiento legal en consulta.

- Por voluntad unilateral de una de las partes, este caso se presenta cuando el legislador faculta a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente del contrato, como ocurre, entre otros, en el contrato de mandato, en el cual se encuentra establecida la figura de la revocación y la renuncia del mandatario, en las fracciones I y II del multicitado artículo 2595.

- Por último tenemos a la terminación por mutuo consentimiento de las partes, de tal forma que los contratantes pueden acordar revocar o rescindir voluntariamente el contrato celebrado.

- En el caso de la quiebra, en el cual la parte que no está quebrada puede solicitar al síndico que declare si va ha cumplir o no con la obligación pudiendo el primero de los nombrados suspender la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su obligación

Finalmente el artículo 1949 del Código Civil, regula la figura de la resolución o rescisión del contrato, que a decir del maestro Sánchez Meda, se clasificara en resolución por incumplimiento y por imposibilidad superviniente, en su párrafo primero y segundo, respectivamente, a continuación se transcribe el precepto legal antes invocado.

"ARTÍCULO 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible".

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO DE MANDATO.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE MANDATO.

II.- BREVE SEMBLANZA HISTÓRICA DEL CONTRATO DE MANDATO.

III.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MANDATO.

A).- ELEMENTOS PERSONALES.

B).- ELEMENTOS REALES.

C).- ELEMENTOS FORMALES.

IV.- CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DEL CONTRATO DE MANDATO.

V.- MODO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE MANDATO.

I.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE CONTRATO DE MANDATO.

Para los fines del presente trabajo de tesis, el concepto o definición de contrato de mandato, va a ser el que establece el artículo 2546 del Código Civil, que señala: "El mandato es un contrato por el que el mandatarlo obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

En ese orden de ideas el marco jurídico del contrato de mandato se encuentra regulado por los artículos 2546 al 2604 del Código Civil, que en lo particular señala disposiciones generales para dicho contrato, de las obligaciones del mandatario con respecto al mandante, de las obligaciones del mandante con relación al mandatario, de las obligaciones y derechos del mandante y del mandatario con relación a tercero, del mandato judicial y de los diversos modos de terminar el mandato; mas adelante en su inciso respectivo se detallara cada una de las características del mandato que se mencionaron con anterioridad.

II.- BREVE SEMBLANZA HISTÓRICA DEL CONTRATO DE MANDATO.

El mandato es un contrato que lego el derecho romano al derecho actual, ya que desde esos tiempos los romanos comprendieron la importancia de crear una figura jurídica, en que una persona pudiera actuar a nombre de otra, creando de esta forma al contrato de mandato, que en algunos aspectos es muy parecido a la figura actual, en otros casos se asemeja mucho a la gestión de negocios.

Por lo pronto es importante señalar que el mandato etimológicamente viene del latín Mandatum, la cual a su vez viene de manum daré, dar la mano en señal de confianza, y por extensión, dar poder, (plauto, capitu,act.ii. sc. 3).

AHORA BIEN EL CONCEPTO DE MANDATO QUE TENÍAN LOS ROMANOS ERA EL SIGUIENTE:

- MANDATO.- "El mandato era un contrato por el cual una persona, el mandante, encargaba a otra, el mandatario, que realizara determinado acto, por cuenta y en interés de aquella".⁴⁰

Autores de derecho romano, entre ellos el maestro Floris Margadant's y Eugene Petfi, quienes coinciden en señalar que el contrato de mandato que manejaban los romanos, no sólo se limitaba a los actos jurídicos, sino que se hacía extensivo a cosas. así mismo y en contraposición al derecho moderno el contrato de mandato era considerado un contrato consensual y la forma en que el mandante aceptaba el contrato de mandato podía ser en forma expresa o tácita, en el último de los casos se consideraba tácita, a los actos ejecutados por el mandatario tendientes a dar cumplimiento al mandato, recordando que el mandatario no podía pedir remuneración por sus servicios, ya que el contrato de mandato tenía que ser gratuito, además el mandatario era responsable por dolo, culpa leve y culpa levisima; también tenía la obligación de rendir cuentas al mandante y respecto a los terceros el mandatario se consideraba como una persona que hacía actos en nombre propio, por tal motivo las consecuencias pecuniarias en primer término afectaban el patrimonio del mandatario

⁴⁰ FLORIS MARGADANT'S, DERECHO ROMANO, 15ª EDICIÓN, EDITORIAL ESFINGE, NAUCALPAN ESTADO DE MÉXICO 1988, PÁG. 417.

Respecto a las formas o maneras en que se extingua el mandato el maestro Eugene Petit, señala:

- "LA EXTINCIÓN DEL MANDATO.- El mandato acaba naturalmente por la realización del acto de que está encargado el mandatario. Puede también tener finantes de ser ejecutado, o cuando sólo ha recibido un comienzo de ejecución, cuando es así, las obligaciones ya nacidas y no ejecutadas no son anuladas (1). Pero estando disuelto el contrato, ya no se producen nuevas.

LAS CAUSAS QUE PUEDEN TRAER LA EXTINCIÓN DEL MANDATO SON. 1.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO, que tiene el derecho de revocar el mandato a su gusto; 2.- LA VOLUNTAD DEL MANDANTE, el mandatario obra validamente mientras ignore la revocación (PAULO, L. 15, D: MANDA: XVII, 1); 3 - LA VOLUNTAD DEL MANDATARIO, que puede renunciar a cumplir el mandato a su gusto con tal de que no resulte ningún daño para el mandante, si no les debe una indemnización, a menos que haya tenido un motivo legítimo para renunciar (I.S 11, HT); 4- LA MUERTE, del mandante o del mandatario, pues el mandato implica una confianza personalísima, que no puede sobrevivir a una de las partes, el mandatario continua, por los demás, obrando válidamente mientras no este informado de la muerte de mandante (I,S 10, HT)".⁴¹

De tal forma podemos afirmar que el derecho romano fue el encargado de poner los lineamientos que en su evolución iba a alcanzar el contrato de mandato, dependiendo de las circunstancias de modo y tiempo, como aconteció en nuestro país, que en los Códigos de 1870 y 1884, ya regulaban la figura en comento, que en forma sustancia y de forma vana al concepto

⁴¹ EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, 9ª EDICIÓN, EDITORIAL DE EDICIONES ESPECIALES, MÉXICO 1982, PÁG. 415

actual que da nuestro Código de 1928, que con anterioridad se cito el concepto, y para efectos de ilustrar la evolución que ha tenido en nuestro sistema jurídico el concepto de contrato de mandato, a continuación reproduciremos el concepto que da el Código de 84, en su artículo 2342, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 2342.- El mandato o procuración es un acto por el que una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa".

Si hacemos un pequeño análisis comparativo del precepto legal antes invocado así como el que cito en el aparato I del presente capítulo, en contrariamos algunas diferencias dignas de comentar, en primer lugar en el concepto de 84 emplea como sinónimos al mandato y procuración, siendo dos figuras diferentes, por que mientras que el mandato es propiamente el contrato, la procuración es el instrumento en donde consta el mandato; otra crítica para el concepto que nos da el Código de 84, es que el mandato lo define como un acto genérico, cuando en esencia se trata de acto jurídico del contrato.

Respecto a las diferencias que existen entre las definiciones que da el Código de 84, con el ordenamiento civil vigente, el maestro Sánchez Medal, comenta:

"ESTA DEFINICIÓN DIFIERE DEL CÓDIGO DE 1884 EN VARIOS PUNTOS

A).- No exige que el mandato sea ostensible o representativo, y por tanto no es necesario que el mandatario obre siempre en nombre del mandante, sino que permite que posea representativo o "MANDATO DEL TESTAFERRO" (2560), razón por la cual solo se indica que el mandatario obre

por cuenta del mandante (2546); B) - Es un contrato ONEROSO por naturaleza (2549), por cuanto que es necesario pacto expreso en contrario para que sea gratuito; pero por no ser la retribución un elemento esencial no se incluye en la definición (2546); C) - El mandato es un contrato(2546) y no un simple acto, como lo expresa el código anterior (2342), pues aunque ordinariamente solo interviene el mandante al conferir el mandato, de todas maneras se requiere la aceptación del mandatario para que sea perfecto (2547); D).- Tiene por objeto forzosamente jurídicos el mandato (2546 y 2548) y no pueden ser objeto de actos materiales.⁴²

III.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MANDATO.

a).- ELEMENTOS PERSONALES.

Los elementos personales del contrato en estudio, son las personas o sujetos que intervienen en el mismo, en este caso estamos hablando que los elementos personales son: el MANDANTE Y EL MANDATARIO, siendo el primero de ellos quien encarga la ejecución de actos jurídicos, y por lógica el mandatario es la persona que se obliga a realizar los actos jurídicos por cuenta del mandante.

En la celebración del contrato de mandato, se requiere que el mandatario tenga la capacidad general para contratar, aunque no tenga la capacidad especial para celebrar por sí mismo o en nombre propio el acto jurídico que se le encarga; en cuanto al MANDANTE, este

⁴² SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 303

requiere tanto la capacidad general de contratar y también la capacidad para celebrar por sí el acto jurídico que el ha encomendado.

Entendiéndose por capacidad general, aquella que prevé el artículo 1798, que señala: "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

La capacidad especial para contratar va a depender de la naturaleza de los actos jurídicos objeto del contrato de mandato.

En relación al presente inciso, es importante establecer las obligaciones del mandatario y del mandante entre sí y en relación con los terceros, así tenemos que el artículo 2562 al 2576, señalan en forma casuística dichas obligaciones, las que a continuación se enumeran y entre paréntesis se indicará el precepto legal que regula a las mismas:

OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

- 1.- EJECUTAR EL MANDATO, la cual debe de hacerse en forma personalísima, ya que el contrato es de los llamados INTRUITE PERSONAE, por tal motivo el mandatario no puede delegar a un tercero la ejecución del mandato, a menos de que tenga autorización expresa por parte del mandante, debiendo en este caso, atenderse si la sustrucción esta prevista por una persona,

designada por el mandante, en caso de no ser así podrá nombrar a la persona que quiera, y en este caso solamente será responsable cuando la persona elegida fuere de mala fé o se hallare en notoria insolvencia (ARTÍCULOS 2546, 2574, 2575 y 2576).

Por otra parte en la ejecución del mandato, el mandatario se sujetara a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder en contra de las disposiciones expresadas en el contrato, en caso contrario de que exista violación o exceso en el cumplimiento del cargo confiado, será responsable de los daños y perjuicios, a menos que el mandante ratifique los actos de su mandatario; la obligación de pagar daños y perjuicios se hace extensiva para los terceros que contrataran con él, si aquellos ignoraban que el mandatario traspasaba los límites del mandato.

(ARTÍCULO 2562, 2565 Y 2568); y así en lo sucesivo los preceptos legales se concatenan para responder a la hipótesis jurídica de que se trata, sin embargo, por la imposibilidad de prever todos los supuestos jurídicos, a continuación, se reproducen las reglas generales que da el derecho común.

LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO CON RELACIÓN AL MANDANTE.

*ARTÍCULO 2562.- El mandatario en el desempeño de su encargo, se sujetara a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo.

"ARTÍCULO 2563.- En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, sino fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio".

"ARTÍCULO 2564.- Si un accidente imprevisto hiciere, a juicio del mandatario, perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento del mandato, comunicándolo así al mandante por el medio mas rápido posible".

"ARTÍCULO 2565.- En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante de daños y perjuicios quedara, a opción de éste, ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario".

"ARTÍCULO 2566.- El mandatario esta obligado a dar oportunamente noticia al mandante de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo, así mismo debe dársela sin demorada la ejecución de dicho encargo".

"ARTÍCULO 2567.- El mandatario no puede compensar los perjuicios que cause con los provechos que por motivo haya procurado al mandante".

"ARTÍCULO 2568.- El mandatario que se exceda de sus facultades es responsable de los daños y perjuicios que cause el mandante y al tercero con quien contrato, si este ignoraba que aquel traspasaba los límites del mandato".

"ARTÍCULO 2569.- El mandatario esta 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".

"ARTÍCULO 2670.- El mandatario tiene la obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder".

"ARTÍCULO 2571.- Lo dispuesto en el artículo anterior se observara aun cuando lo que el mandatario recibió no fuere debido al mandante".

"ARTÍCULO 2572.- El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio desde la fecha de inversión así como los de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyo en mora"

"ARTÍCULO 2573.- Si le designo la persona del sustituto, no podrá nombrar a otro; si no se le designo persona para nombrar a la que quiera, y en este último caso solamente será responsable cuando la persona elegida fuere de mala fe o se hallare en notoria insolvencia".

"ARTÍCULO 2574.- El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello".

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

"ARTÍCULO 2576.- El sustituto tiene para con el mandante los mismos derechos y obligaciones que el mandatario".

Para concluir puede afirmarse que las principales obligaciones del mandatario para con el mandante son dos.

- 1.- EJECUTAR EL MANDATO.
- 2.- RENDIR CUENTAS.

Pero dado la complejidad que reviste en lo particular estas dos obligaciones, se tiene que recurrir a la normalidad antes transcrita.

- OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

Pero si bien es cierto que el mandatario tiene obligaciones con respecto al mandante, también lo es que por tratarse de un contrato sinalagmatico, también se generan obligaciones del mandante en relación al mandatario, que también se puede reducir a dos, que en este caso serían:

1.- PAGAR LA RETRIBUCIÓN CONVENIDA AL MANDATARIO.

2.- REEMBOLSAR LOS GASTOS HECHOS POR EL MANDATARIO EN EL CUMPLIMIENTO DEL MISMO, ASÍ COMO DE INDEMNIZARLO POR DAÑOS Y PERJUICIOS QUE LE HUBIERA CAUSADO EL MANDATO.

Respecto de la obligación del mandante de *retribuírle* en su trabajo, encuentra sustento legal en la interpretación a contrario sensu que se haga del artículo 2549, que señala "solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente"; en ese caso de que no se haya hecho el acuerdo respectivo de los honorarios, el pago se hará conforme a las consecuencias del contrato, que en lo general son conforme a la buena fe, al uso o la ley según la interpretación que por analogía se hace del artículo 1795 parte *in fine*, esto anudado a los principios de justicia y equidad que reviste todo acto jurídico en caso de controversia

En cuanto a la segunda de las obligaciones del mandante, consistente en el reembolso de las cantidades que hubiera hecho el mandatario, es oportuno señalar que esta obligado *originalmente en anticipar el dinero*, en caso de que ya hubiera hecho dicho gasto el mandatario, se le debe de reembolsar el pago, sin importar si salió bien o no el negocio, debiendo de observarse el pago de intereses respectivos al *cápital erogado*.

ADEMÁS LA CODIFICACIÓN CIVIL da el derecho al mandatario de *retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y el reembolso respectivo*.

A continuación se transcriben los preceptos legales que norman las obligaciones del mandatario.

"ARTÍCULO 2577.- El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiere anticipado, debe rembolsar las el mandante, aunque el negoció no haya salido bien, con tal de que exento de culpa el mandatario.

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

"ARTÍCULO 2578.- Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario".

"ARTÍCULO 2579 - El mandatario podrá retener en prenda las cosa que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores".

"ARTÍCULO 2580.- Si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio común, le quedaban obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato"

- LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL MANDANTE Y DEL MANDATARIO CON RELACIÓN DEL TERCERO.

En este caso, dado la complejidad del contrato en comento, en relación a un tercero se plantea el problema de quien es el responsable de las obligaciones que se deriven del contrato de mandato, previendo esa situación el legislador crea cuatro normas, para que llegado el caso se pueda determinar la responsabilidad y la exigencia de la obligación de un tercero, ya sea al mandatario o al mandante; en ese orden de ideas, tenemos que cuando el mandatario haya contraído obligaciones dentro de los límites del contrato, el mandante queda obligado en esos términos; por otra parte el mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante, salvo pacto en contrario, en cuanto a los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero que traspase los límites expresados en el contrato, serán nulos con relación al mandante, sino los rectifica tácita o expresamente

A continuación se transcribirá el fundamento legal de lo antes expresado, para una mejor ilustración y comprensión del tema

"ARTÍCULO 2581.- El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato".

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

"ARTÍCULO 2583.- Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos con relación al mismo mandante, si no los rectifica tácita o expresamente".

"ARTÍCULO 2584.- El tercero que hubiere contratado con el mandatario que se excedió en su facultades, no tendrá acción contra este, si le hubiera dado a conocer cuales fueron aquellas y no se hubiere obligado personalmente por el mandante".

b).-ELEMENTOS REALES.

Son considerados como elementos reales del contrato de mandato, tanto al acto jurídico y la retribución que en forma respectiva es el fin o motivo del contrato para el mandante y del mandatario, por otra parte, en forma expresa señala el artículo 2548 "pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos que para la ley no exige intervención personal del interesado"; al efecto el maestro SÁNCHEZ MEDAL, señala como ejemplos de estos casos, los que a continuación se describen: "Por esta razón no puede conferirse mandato para otorgar testamento (1295), ni se admite tampoco el mandato para absolver posiciones cuando el articulante exige que sea personal la absolución de posiciones (artículo 310 del Cod. Pto. Civ.), tampoco puede otorgarse el mandato para el ejercicio de los derechos políticos, ni para votar en los procesos electorales "ius suffragit" ni para desempeñar los cargos públicos, sean de elección popular o de designación.

Los actos jurídicos objeto del mandato pueden consistir, bien en un acto unilateral (como la oferta al público o la emisión de título de crédito), bien en otro contrato (como el mandato para vender), o bien en un acto de otra naturaleza (como celebrar el matrimonio a nombre del mandante o concurrir con voz y voto a una asamblea).⁴¹

Respecto a la RETRIBUCIÓN que debe de recibir el mandatario, se debe de estar a lo pactado por las partes, en caso de no existir cláusula al respecto, se debe estar a los usos y costumbres del lugar, como lo refiere el artículo 2517 del Código Civil, el cual puede ser aplicado en forma análoga, en caso de controversia la retribución del mandatario será fijado por peritos

c).-ELEMENTOS FORMALES.

En el presente inciso se ha de hablar de la forma en que la voluntad ha de plasmarse en el contrato de mandato, que por regla general siempre será por escrito, aunque también se admite la posibilidad de que sea en forma verbal, siendo en primer instancia una ficción jurídica, ya que el propio ordenamiento civil exige que cuando el mandato sea verbal debe de ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se dio, acorde por lo dispuesto en los artículos 2550 y 2552 del Código Civil, que en sus numerales 2551 y 2556, establece que cuando el negocio para el que se confiere el mandato tiene un valor superior a doscientos pesos, sin llegar a los cinco mil, el poder es formal y se puede otorgar en carta poder o en escrito firmado ante dos testigos.

⁴¹ SANCHEZ MEDAL RAMON, De los contratos civiles, 10a edición, Editorial Porrúa, México 1989. pag. 311

Por otra parte, la formalidad legal del mandato exige que el contrato debe de constar en escritura pública o en escrito firmado ante dos testigos y el otorgante, pero con la ratificación de los tres ante Notario Público, autoridad Judicial o administrativa correspondiente, si el negocio para el que se confiere el mandato es de cuantía de cinco mil pesos en adelante, o si se trata de un mandato general, o si el negocio para el que se otorga requiere por la Ley que conste en instrumento público

Por otra parte, si el mandato se refiere a un caso específico, estaremos ante la presencia del mandato especial o especialísimo, en la que la formalidad exige que queden detallado y especificado el acto jurídico a realizar, como sería el mandato par ejecutar actos de derecho de familia.

Indudablemente que el contrato de mandato es un contrato formal por excelencia, ya que la falta de uno de los elementos de forma trae como consecuencia la nulidad, sin que esta pueda subsanarse a través de las figuras de la convalidación, prescripción o caducidad, como lo establecen los artículos 2557, 2558 y 2559, que a la letra dicen:

"ARTICULO 2557.— La omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden anulan el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si este hubiere obrado en negocio propio."

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

Otra particularidad que tiene el contrato de mandato con el resto de los contratos, es que en esencia entraña un acto jurídico revocable o renunciable para el mandatario o mandante, respectivamente, como lo prevén las fracciones I y II del artículo 2595 del código civil.

Por otra parte, si regresamos un poco a la afirmación que se hizo en párrafos precedentes al presente, en el sentido de que el mandato es inconvencional, se puede advertir que en algunos preceptos legales, aunque no en forma expresa, se establecen algunas hipótesis en que a pesar de que el mandatario haya cumplimentado el mandato con deficiencias o excesos a lo pactado, el mandatario puede convalidar esos actos. Estándose en ese caso ante un mandato tácito, como lo prevé la parte final del artículo 2547, que en lo relativo señala que existe mandato tácito cuando se realizan actos en ejecución de un mandato; otra posibilidad se presenta cuando el mandatario traspasa los límites del mandato, en donde queda a elección del mandante ratificarlos o dejarlos a cargo del mandatario (artículos 2565 y 2568)

IV.—CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DEL CONTRATO DE ESTUDIO.

En este caso nos encontramos con un contrato por lo general ONEROSO Y CON EXCEPCIÓN GRATUITO, según se desprende de la interpretación a contrario sensu que se hace del artículo 2549 del Código Civil; también se dice que se está en presencia de un contrato BILATERAL, por que desde su nacimiento da lugar a derechos y obligaciones, en forma respectiva se habla de cumplir el acto jurídico encargado y a pagar la retribución, por parte del mandatario y mandante, sin que ello implique que en sentido estricto se trata de un contrato sinalmagnífico, en donde las obligaciones sean interdependientes, ya que cada una de las partes deben cumplir con su obligación, teniendo con posterioridad la acción del reembolso, por lo que no hay lugar a la

excepción del contrato no cumplido, como causa de rescisión, también es considerado como un contrato **PREPARATORIO**, por que su otorgamiento supone la realización de otros actos jurídicos. en este caso por conducto del mandatario; finalmente se puede decir que también es un contrato **PRINCIPAL**, ya que tiene subsistencia por si mismo y no depende de otro contrato para que pueda surtir sus efectos legales, **EXCEPCIONALMENTE** puede considerarse como un **CONTRATO ACCESORIO**, en virtud de que si se trata de un contrato de mandato para pleitos y cobranzas, éste tendrá vida y efectos en tanto se cumple el fin para el que fue otorgado, en iguales circunstancias se encuentra un poder especial, otra clasificación que le han dado es considerarlo como un contrato **INTUITU PERSONAE**, ya que se dice, que para que sea otorgado y aceptado por el mandante y mandatario, lo hacen tomando en consideración la calidad o cualidad de la persona, por tal razón la muerte de alguna de las partes da como consecuencia la terminación del contrato; y por excepción se puede prorrogar el contrato de mandato, existiendo como consideración que se haya pactado; se puede considerar también como un contrato **FORMAL**, ya que para plasmar la voluntad de las partes el legislador ha señalado una serie de requisitos, que en caso de no cumplirse traen como consecuencia la invalidez y nulidad del mismo, aunque el legislador ha formado la posibilidad de que en un principio baste que el consentimiento se plasma en un contrato privado, pero con posteridad para su legalidad se eleve a escritura pública.

Un rubro importante a tocar en la figura del mandante son las especies del mismo, por tal motivo en el presente se hablara de algunas generalidades al respecto; haciendo mención que existe mandato civil y mandato mercantil, el primero de los nombrados esta dedicado para actos de carácter civil, mientras que el segundo va orientando a asuntos estrictamente comerciales; el mandato especial y el mandato general, dedicando al primero de uno o varios actores jurídicos; y el segundo de los nombrados comprende como subespecies al mandato para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio dentro de los mandatos generales antes

mencionados, es importante señalar que existe entre los mismos cierta jerarquía, ya que por una parte el contrato de mandato para actos de dominio es el más amplísimo, encontrándose implícito en el mismo las facultades o los actos para pleitos y cobranzas y actos de administración; en ese orden de ideas también se puede afirmar que el mandato para actos de administración tiene en forma inherente e intrínseca la facultad que concede el mandato para pleitos y cobranzas, aseveraciones que se obtienen de la interpretación del artículo 2554 del código civil, de donde también se deduce el principio general de que "CONCEDIDO LO MÁS, DEBE ENTENDERSE POR CONCEDIDO LO MENOS" otra especie del contrato de mandato es "EL MANDATO CON REPRESENTACIÓN Y SIN REPRESENTACIÓN" que regulan los artículos 2560 y 2661 del ordenamiento legal multicitado, que en el primero de los casos aludidos se refieren que el mandatario en el desempeño del mandato, realiza los actos jurídicos encomendados por el mandante, a nombre del mismo ostentándose como un representante, actuando en nombre no propio, sino del mandante; en cuanto al mandato sin representación, prevé la situación de que el mandatario no se ostenta obrando en nombre o por cuenta del mandante, sino que realiza el acto jurídico a nombre propio, donde los efectos jurídicos de los actos que realizan son precisamente para el mandatario frente a los terceros, es decir, el mandante no tiene relación con los terceros, ni estos con el mandante, la relación de los terceros será únicamente con el mandatario, como si hubiera obrado a nombre propio, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que deriven del contrato de mandato entre mandante y mandatario.

MANDATO GRATUITO Y ONEROSO, en este caso como se dijo el empezar el presente capítulo, así como en forma expresa lo señala el ordenamiento sustantivo de la materia, el contrato de mandato por naturaleza es oneroso, por lo que interpretando a contrario sensu lo expresado se debe de entender que para que sea gratuito debe de existir un pacto expreso en ese sentido

V.- MODOS DETERMINADOS DEL CONTRATO EN COMENTO.

En este caso, coincide con el maestro Sánchez Medal, quien advierte que en este sentido se distinguen en dos formas de extinción o terminación del contrato de mandato a saber:

- a).- Causas comunes de todos los contratos.
- b).- Causas especiales o propios de contrato de mandato.

A continuación se hará una breve semblanza de las dos hipótesis hechas con anterioridad, aclarando y precisando que en este caso las aseveraciones que se vertían serán interpretaciones que se haga de la legislación, así como de la obra del maestro Sánchez Medal, titulada " DE LOS CONTRATOS CIVILES", dicho lo anterior se reproducen los comentarios antes mencionados.

a).- CAUSAS COMUNES.

- 1.- EL AGOTAMIENTO NATURAL DEL MANDATO, que en este caso es el cumplimiento de las obligaciones que hicieron las partes al celebrar el contrato de mandato
- 2 - EL VENCIMIENTO DEL PLÁZO, regulada por la fracción V del artículo 2595 del código civil que refiere a que haya transcurrido el plazo que las partes o la ley concedan para la subsistencia del mandato

- 3.- LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIÓ, regulada por el precepto legal antes invocado, con que se alude, trátese para un acto de dominio, de administración para pleitos y cobranzas, en caso de un mandato general, pero también se presenta esta circunstancia en los poderes especiales, en las que el mandatario a cumplimentado el negocio que le fue encargado por el mandante.
4. - LA RESCISIÓN DEL CONTRATO, que se presenta por regla general por el incumplimiento de alguna de las partes, a las obligaciones contraídas en el celebración del contrato, existiendo como condición para este caso que el mandato sea oneroso, y que además se haya pactado que el mandato es irrevocable e irrenunciable, por que en caso de no existir ese pacto podría terminarse por la renuncia o por revocación y raclamar además daños y perjuicios en su caso.
- 5.- POR NULIDAD DEL CONTRATO, que se presenta cuando se renuen los extremos del artículo 2557 del Código Cvil, ya estudiado en los incisos que preceden al presente, que no es otra cosa que la falta de forma o formalidad que establece la ley para ese afecto, en donde las partes se encuentran impedidas para exigir la nulidad por esa circunstancia, siendo una acción reservada únicamente para los terceros de buena fe, para que el mandataro cumpla las obligaciones derivadas de la ejecución del mandato, e incluso de la interpretación de los artículos 2557, 2597 y 2598, se establece que esa obligación también es exigible contra el propio mandante, cuando por su culpa o mala fe se haya originando un mandato aparente
- b).- LAS CAUSAS ESPECIALES O PROPIAS DEL MANDATO.**
- 1.- POR RENOVACIÓN DEL MANDANTE, circunstancia que se encuentra regulada en forma expresa en los artículos 2595 fracción I, 2596 parte primera y 2597 del ordenamiento legal en cita,

entendiéndose que la revocación es una facultad o derecho discrecional del mandante, la cual puede hacer efectiva cuando y como le parezca; revistiendo en toda revocación dos supuestos: saber, como sería la revocación expresa o tácita, teniendo lugar la segunda de las nombradas cuando el mandante realiza por sí mismo el acto jurídico que encomendado al mandatario, o cuando designa para el mismo negocio a un nuevo mandatario y así lo comunica al primer mandatario.

Sin embargo, para que la revocación opere válidamente la ley señala una serie de requisitos que debe de cumplir el mandante para con el mandatario, como sería en primer lugar que el mandatario notifique en forma fehaciente al mandatario su revocación, ya que en caso contrario el mandatario, ignorando su revocación podría seguir ejecutando el mandato, por otra parte si ya se está ejecutando el mandato, además de notificar al mandatario, debe el mandante hacerlo con el tercero, ya que en caso de no hacer el aviso correspondiente, traería como consecuencia que el tercero de buena fe ignorando la revocación del mandatario, contra el mismo en forma válida, por lo que quedaría obligado el mandante con dicho tercero.

Tratándose de un contrato general y no para contratar con determinada persona, no hay necesidad de notificar a los terceros, bastara que el mandante haga la revocación, la notifique al mandatario y recoja los documentos relativos al negocio que hubiera podido realizar el mandatario y los documentos justificativos del mandato, para que el mandante no quede obligado frente a terceros de los actos posteriores realizados por el mandatario, ya que en caso de que él mandante no haga la repercusión de los documentos mencionados, traería como consecuencia la presunción que existe un mandato aparente.

Como un último elemento de forma para que válidamente se de la revocación del mandato es importante recordar que si el mismo se otorga por escritura pública, debe darse el aviso correspondiente al notario público, para que este realice las anotaciones que deben constar en un apunte marginal de la escritura del contrato.

Finalmente se afirma que el mandato excepcionalmente puede ser IRREVOCABLE, estableciendo dos supuestos a saber: cuando se haya celebrado el contrato de mandato como una condición en un contrato bilateral, o que se haya celebrado el mandato como medio para cumplir una obligación contraída; desprendiéndose de los casos citados, que se trata de un mandato indivisiblemente ligado a un determinado acto o relación jurídica, por lo que para ser irrevocable debe ser siempre un mandato especial y no puede tener el carácter de un mandato general, pero no se descarta la posible combinación de un mandato general y un mandato especial, al respecto en forma textual el maestro Sánchez Meda, señala: "En estos dos únicos supuestos el mandato no sólo es irrevocable sino también irrenunciable (2596), por que la renuncia o la revocación en esos casos en concreto implicaría la modificación o la extinción por voluntad unilateral de una de las partes, bien sea de la obligación a cuyo cumplimiento sirve de medio el mandante en cuestión, o bien del contrato bilateral en el que dicho mandato figuró como condición

Cuando en contravención a lo pactado, dicho mandato irrevocable es revocado de hecho por el mandante, tal revocación no produce efecto alguno, toda vez que el mandatario continúa investido de las facultades que se le confirió (Minervini, Planiol).

Sin embargo, aun en el mandato irrevocable puede ser revocado por resolución judicial cuando el mandatario ha incurrido en culpa (Paniol), p.ej.: si el mandatario permanece inactivo y

deja de ejecutar el mandato con esa omisión, como sería dejar de cobrar o de pagar un determinado crédito del mandante".⁴⁴

2.- POR RENUNCIA DEL MANDATO, por voluntad unilateral del mandatario pone fin al contrato de mandato, encontrando su fundamento en lo dispuesto por en los artículos 2595 fracción II, 2596 y algunas disposiciones que se citaron para la figura de la revocación. las cuales para el caso contrario se aplicarían en forma análoga, en este orden de ideas se puede partir de que la revocación debe de ser notificada al mandante para que este se encuentre en la posibilidad de proveer a su negocio o negocios, ya que en caso de que no se haga en lo último, debe continuarse con el negocio por el mandatario, de lo contrario se seguiría en perjuicio del mandante, sin perjuicio de que el mandatario solicite al juez que fije al mandante un término corto después de la renuncia para que el mandante provea al negocio materia del mandato y transcurrido este plazo, ya no tenga el mandatario la obligación de continuar actuando, ya que partiendo de los principios de justicia y equidad sería injusto obligar al mandatario a continuar con la carga del mandato y hacer negatoria la facultad de renunciar al contrato de mandato, también las dos excepciones que se enunciaron, para la revocación son aplicadas en forma análoga a la renuncia

Análisis especial merece el artículo 2596, en donde se distinguen dos tipos de renunciación o revocación a saber como sería en su modalidad de inoportunas, que genera la obligación de pagar daños y perjuicios a cargo del auto de ellas, en cuanto a la renuncia o revocación imposibles, que se intente con el mandato irrevocable e irrenunciable, que por esa razón no sufriría efectos de terminar el contrato, sino que este continúa en todo su vigor.

⁴⁴ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1989, PÁG. 325.

3.- POR MUERTE DEL MANDANTE O DEL MANDATARIO, hipótesis que se encuentra regulada por los artículos 2595 fracción III, 2600, 2601 y 2602 que por otra parte encuentra su sustento personal al ser considerado como un contrato *intuitu personae*, es decir que la celebración del contrato de mandato se tomó en consideración algunas cualidades o calidades de la persona, mandante o mandatario; por otra parte si bien es cierto que el mandato termina con la muerte del mandante, en caso de presentarse esa situación, el mandatario debe ejecutar aquellos actos de administración o de conservación que sean necesarios para evitar perjuicios a los herederos del mandante, si bien con el derecho del mandatario a pedir del juez que señale un término corto a dichos herederos para que se presenten a hacerse cargo de los negocios encomendados al propio mandatario.

Transcurrido el término referido sin que los herederos hayan atendido el llamado del juez, la responsabilidad del mandatario; a contrario sensu, en caso de muerte del mandatario deben los herederos del mismo continuar realizando aquellos actos necesarios para evitar perjuicios al mandante, con derecho de pedir al juez que señale un término corto al mandante para que este se haga cargo del negocio o negocios de que se trate.

4.- LA INTERDICCIÓN DEL MANDANTE O LA DEL MANDATARIO, ponen fin al mandato, acorde a lo dispuesto en la fracción IV del artículo 2595 del Código Civil, que al no contar con disposiciones expresas al respecto, se aplican en forma análoga las disposiciones legales invocadas en los apartados que anteceden, como sería el caso si el mandatario se encontrara en estado de interdicción, su representante legal estaría obligado a ejecutar los actos tendientes a evitar perjuicios al mandante, hasta que este se haga cargo de sus negocios o haya transcurrido el plazo corto que el juez le fije para el efecto a petición del propio representante legal del mandatario.

interdicto, del mismo caso procederá cuando el mandante se encuentre en el estado de interdicción, es decir, el mandatario debe de agotar todos los medios o actos tendientes a cuidar el negocio del mandante.

Independientemente, de las formas de terminación del contrato de mandato antes mencionadas, que se encuentran contenidas en el Código Civil, a la par en la legislación Mercantil también se establecen otras causas en las que puede terminar el contrato de mandato, pero que sin embargo no entraremos a su estudio, por considerar que las mismas no se adecuan a la consecución del objetivo planteado en el presente trabajo de tesis

CAPITULO QUINTO

ESTUDIO ANALÍTICO DEL CONTRATO DE MANDATO. GESTIÓN DE NEGOCIOS, PODER Y REPRESENTACIÓN.

I.- DEFINICIÓN O CONCEPTO DE.

- A).- CONTRATO DE MANDATO.
- B).- GESTIÓN DE NEGOCIOS.
- C).- PODER.
- D).- REPRESENTACIÓN.

II.- NATURALEZA JURÍDICA QUE REVISTE A EL:

- A).- CONTRATO DE MANDATO.
- B).- GESTIÓN DE NEGOCIOS.
- C).- PODER.
- D).- REPRESENTACIÓN.

III.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS EN ESTUDIO

PARTIENDO DE:

- A).- CAUSA GENERADORA.
- B).- ELEMENTOS PERSONALES.
- C).- DERECHOS Y OBLIGACIONES.
- D).- MOTIVO O FIN.
- E).- OTRAS CAUSAS.

IV.- HIPÓTESIS JURÍDICAS EN QUE PUEDEN COMBINARSE ENTRE SI LAS FIGURAS EN COMENTO, Y QUE PUEDEN PROVOCAR CONFUSIÓN EN EMPLEO DE DICHS TÉRMINOS.

V.- JUSTIFICACIONES PARA LA EXACTA APLICACIÓN DE LOS TÉRMINOS EN ESTUDIO, CASO EN CONCRETO.

I.- DEFINICIÓN O CONCEPTO DE.

El desarrollo del presente apartado no implica dificultad ya que el mismo fue creado con el objeto de que se precisen conceptos que se estudiarán en su amplitud en los capítulos anteriores que para efectos didácticos facilitan la comprensión del presente estudio, que va de lo general o lo particular, (metodo deductivo). por lo que en ese orden de ideas, tenemos que:

- a) - EL CONTRATO DE MANDATO. "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga".

- b) - GESTIÓN DE NEGOCIOS. "Es la conducta por virtud del cuál una persona llamada gestor realiza a nombre de otra llamada dueño de la cosa, determinados actos de manera gratuita, de manera voluntaria, sin que exista representación determinada por la ley o mandato expreso o tácito, y con el deseo de obligar a la otra parte"

- c) - PODER - A diferencia de las figuras jurídicas antes mencionadas, respecto a la figura del poder, no se ha citado concepto alguno, motivo por el cual en este momento recurriremos a lo que al respecto dice el maestro Pina de Vara, quien señala; "Autorización en virtud de la cuál una persona ejerce en nombre de otra los actos jurídicos que a esta le encargue // Instrumento notarial o de carta en que se otorga la facultad de representación // Conjunto de las atribuciones

conferidas por la ley a un órgano de Autoridad.// Imperio, dominio o jurisdicción que se tiene para ordenar, mandar o hacer una cosa y que en la esfera política se manifiesta como poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial⁴⁵.

De los múltiples conceptos antes vertidos, se puede afirmar que para los efectos que se persigue en el presente trabajo es aplicable el primero de los citados, decir, el poder se va a entender como la facultad concedida a una persona para actuar a nombre y cuenta de otra llamada representada; este comentario se puede completar con las aseveraciones que al respecto hace el maestro Sanchez Meda, quien señala que como fuentes de poder

"a).- Puede ser concedido el poder por la ley, como ocurre con el tutor y con el titular de la patria potestad, quienes por virtud directamente de la ley pueden obrar a nombre del incapaz que representan (573-V y 425), así la ley para absolver posiciones en nombre del cedente (art. 310 -3º cód. poc. civ.).

b).- Puede ser concedido el poder por medio de una resolución judicial, como acontece con el representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo sobre la designación de aquel, es nombrado dicho representante por el juez de conformidad con el artículo 53 del código de procedimientos civiles.

⁴⁵ PINA RAFAEL, PINA VARA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO, 15ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1988, PÁG. 368

c).- Puede ser concedido el poder unilateral por una de las partes en un contrato de mandato (2546, 2560 y 2581), que es el caso mas frecuente y por ello, es muy común hallar el empleo impropio de "mandato" como sinonimo del "poder" (2554), o bien por el órgano competente (directiva asamblea) de una persona moral al designar a uno de los funcionarios⁴⁶.

d).- REPRESENTACIÓN: En este caso como el anterior, a continuación se va a proporcionar el concepto respectivo, en los términos siguientes: "Institución en virtud de la cual una persona puede realizar un acto jurídico por otra, ocupando su lugar"⁴⁷

Del concepto antes transcrito, se observa que cuando se habla de representación se esta hablando de la acción o del ejercicio de la facultad, e incluso al respecto el maestro Sanchez Meda, señala que la figura de la representación tiene tres fuentes a saber la ley, una resolución judicial o la voluntad unilateral de una de las partes, de donde se desprende lo que conocemos como representación legal, representación judicial y representación voluntaria, en forma respectiva a los casos citados.

⁴⁶ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 307 Y 308.

⁴⁷ PINA RAFAEL, PINA VARA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO, 15ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1988, PÁG. 427.

II.- NATURALEZA JURÍDICA QUE REVISTE AL :**a).- CONTRATO DE MANDATO.**

Para este inciso, así como los que preceden, es importante regresar los comentarios que se hicieron en el capítulo segundo del precedente trabajo de tesis, en donde se habló de la teoría Francesa e Italiana que estudian lo que es un acto jurídico y el hecho jurídico, la cual si se desea aplicar al caso en contrato, tenemos que el contrato de mandato se encuentra dentro de lo que es el acto jurídico, que en este caso es la manifestación externa de la voluntad para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; requisitos que se reúnen en el contrato de mandato, ya que por una parte las partes contratantes del mandato, (mandante y mandatario), manifiestan su voluntad externa para obligarse y en su caso crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, que en su caso se encuentran reguladas en el marco jurídico que el derecho común que norma en sus artículos 2546 al 2604, que serán aplicables al caso en concreto, y en todo caso en forma amplia las disposiciones generales de los contratos, siendo por regla general oneroso, salvo pacto en contrario

b).- GESTIÓN DE NEGOCIOS.

Como se enuncio en el inciso que se precede, para poder determinar la naturaleza jurídica de la gestión de negocios es importante regresar al estudio del acto jurídico, de las que se encargan las citadas doctrinas Francesa e Italiana, quienes varían en forma, como en su momento se detalló, pero coinciden el fondo, al señalar que por hecho jurídico es la intervención de un acto hombre o la naturaleza, a la que el derecho atribuye consecuencias jurídicas, como en este caso

sería la gestión de negocios, en el cual una persona llamada gestor, sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga del asunto de otro, llamado dueño del negocio, relativos actos en forma gratuita y de manera voluntaria.

La exposición que se hizo con anterioridad permite ver a los lectores del presente trabajo en una forma clara y categórica, que la gestión de negocios por esencia su naturaleza jurídica ser: el hecho jurídico y la gratuita con que se conduce el gestor, toda vez que a la conducta del mismo se le atribuyen consecuencias de derecho, ya que el hecho de asumir un negocio ajeno sin que legal o convencionalmente exista una obligación, se producen derechos y obligaciones recíprocos entre el gestor y el dueño del negocio, con o sin voluntad de las partes, para que surjan los efectos jurídicos, motivo por el cual se puede concluir que lo que toma en cuenta la ley es el acto de voluntad del gestor, al intervenir en forma oficiosa y espontánea en los negocios ajenos no es su propósito de que se produzcan consecuencias de derecho, sino simplemente su acto de voluntar ilicito que produce efectos jurídicos que en su caso determinará en la ley, acorde al marco jurídico contenidas en los artículos 1896 al 1909 del Código Civil; aunada a la reflexión que hago, también hago mención que para algunos autores la naturaleza jurídica de la gestión de negocios es: la solidaridad social, ya que la motivación principal de gestor no es el lucro

c).- PODER.

La naturaleza jurídica de esta figura radica en una ficción creada por el derecho, para proporcionar la facultad de que los incapaces, como son los menores de edad; los mayores de edad privados de inteligencia por locura o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos de lucidez los sordomudos que no saben leer y escribir; así como los ebros consuetudinarios y los qu-

habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes; o en su caso los capaces en forma voluntaria, a través de un contrato de mandato, o por resolución judicial, cuando hay pluralidad de actores o demandados, puedan ejercer válidamente sus derechos a través de una persona a la que llamen apoderado.

Concluyendo cuando se hable de la figura de poder se estará hablando de una facultad, de derecho o potestad que tiene un incapaz o un capaz para realizar actos jurídicos por conducto de un capaz en forma válida

d).- REPRESENTACIÓN.

La naturaleza jurídica de esta figura jurídica se encuentra íntimamente relacionada con la figura de poder, ya que si bien el poder entraña una facultad, derecho o potestad, la representación es precisamente el ejercicio de dicha facultad, que generalmente se plasma en el contrato de mandato si se habla de una persona capaz; por otra parte con el ejercicio de la patria potestad por parte de la madre sobre sus menores hijos, dando lugar a una representación legal; o el ejercicio que hace el tutor o el curador para proteger los derechos del incapacitado, que también en su caso genera una representación legal. circunstancias o hipótesis prácticas que nos permiten distinguir y ejemplificar como fuentes de la representación la declaración unilateral de una de las partes, la resolución judicial y la ley.

La representación es sin lugar a dudas una figura de gran utilidad para el derecho moderno, ya que principalmente suple la falta de discernimiento de un incapaz, y en segundo lugar facilita las

La representación es sin lugar a dudas una figura de gran utilidad para el derecho moderno, ya que principalmente suple la falta de discernimiento de un incapaz, y en segundo lugar facilita las relaciones jurídicas, suprimiendo obstáculos materiales, sin olvidar que permite a las personas morales poder actuar en defensa de sus derechos por conducto de su representante legal.

Diversos estudios de derecho han dedicado en sus obras espacios, para poder determinar la naturaleza jurídica de la figura en estudio, creando diversas teorías o doctrinas, las cuales cita el maestro Snachez Medal, en los términos siguientes:

"Para explicar la representación, la legal o convencional, se han propuesto diversas teorías: la de la FICCIÓN, que refuta o considera como si el mandante o representado hubiera celebrado o ejecutado por sí mismo el acto (POTHIER, LAURENT); la DENUNCIO, que ve en el representante un mensajero, portador o transmisor de la voluntad del representado (SAVIGNY); la de cooperación, que sostiene que en la formación del acto jurídico intervienen conjuntamente, la voluntad del representado al dar instrucciones al representante, y la del representante aún que en distinta medida, según se trata de mandato especial o mandato general, respectivamente (MITTEIS Y VIVANTE), y la teoría de la SUSTITUCIÓN REAL, que sostiene que la voluntad del representante sustituye a la del representado en la formación del contrato para producir sus efectos en el patrimonio o en la persona de éste.

Esta explicación es la más fundada y satisfactoria (PLANIOL, COLIN, CAPITANT, MESSINEO, ETC.), nuestros Códigos Civiles se han adherido a la teoría de la ficción tanto en el de 1928 (ARTÍCULO 1800 "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado"), como el de 1884 (ART.1283), según Borja soiano"⁴⁵

⁴⁵ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG. 306

III.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS EN ESTUDIO**PARTIENDO DE:****a).- LA CAUSA GENERADORA.**

1.- LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE MANDATO Y LA GESTIÓN DE NEGOCIOS, ATENDIENDO A SU CAUSA GENERADORA, es clara, ya que como se concluyó en el punto que antecede, el contrato de mandato siempre va a ser consecuencia de un acto jurídico, así como la gestión de negocios siempre su fuente será un hecho jurídico.

2.- LA SEMEJANZA ENTRE EL CONTRATO DE MANDATO Y LA GESTIÓN DE NEGOCIOS ATENDIENDO A SU CAUSA GENERADORA, es totalmente inexistente, por las razones antes vertidas, aunque por allí, en el artículo 1906 del Código Civil, en una ficción jurídica, permite entrever la posibilidad de que una gestión de negocios tenga efectos de un contrato de mandato, al señalar "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 principio"

3.- LA DIFERENCIA ENTRE LAS FIGURAS DE PODER Y REPRESENTACIÓN, se puede encontrar, si se parte diciendo que el poder es el ejercicio de la facultad o potestad de actuar a nombre de una persona; mientras que la representación es simplemente la facultad del representante de actuar a nombre y cuenta del representado.

4.- LA SEMEJANZA QUE EXISTE ENTRE LAS FIGURAS DE PODER Y DE REPRESENTACIÓN, es que ambas tienen como fuente la manifestación unilateral de una de las partes, una resolución judicial , así como a la propia ley, de tal forma que se puede hablar de una representación o poder convencional, así como de un poder o representación judicial , y finalmente de un poder o representación legal.

b).- ELEMENTOS PERSONALES.

1.- En este caso la diferencia entre los elementos personales de la gestión de negocios y el contrato de mandato, serian los siguientes:

a).- EN CUANTO A LOS SUJETOS ACTIVOS, refiriéndonos como tales al mandatario y al gestor, en una forma genérica tenemos que:

== La actuación del gestor se encuentra motivada por una solidaridad social, sin que tenga que ver al respecto la situación monetaria u onerosa; mientras que,

== Por regla general y por excepción la actuación del mandatario se encuentra motivado por el lucro o el aspecto monetario

b).- EN CUANTO A LOS SUJETOS PASIVOS, entendiendose como tales al mandatario y al dueño de la cosa en forma genérica y en concordancia a lo antes expresado la diferencia radica en que: -

==. EL DUEÑO DE LA COSA, no esta obligado a pagar una retribución por sus servicios; mientras que,

==. EL MANDANTE, se encuentra obligado a retribuir al mandatario la remuneración pactada, en caso contrario se hará el pago que determinen los peritos, o por los usos y costumbres del lugar, salvo que expresamente se hubiera convenido que el contrato es gratuito

2.- EN CUANTO A LAS SEMEJANZAS, entre los elementos personales, de la gestión de negocios y el contrato de mandato, serian los siguientes:

a).- EN CUANTO A LOS SUJETOS ACTIVOS, refiriendonos como tales al mandatario y al gestor, en forma genérica seria que son responsables de pagar daños y perjuicios, si por su culpa, negligencia o dolo se causa daño al mandante o al dueño de la cosa, respectivamente.

b) - EN CUANTO A LOS SUJETOS PASIVOS,refiriendonos como tales al mandante y al dueño del negocio, tienen en general como semejanza de que responden de los actos que realizan el mandatario y el gestor, respectivamente, con la unica condición de que no se excedan en sus funciones, quedando en su caso obligados con los terceros de buena fe

3.- EN CUANTO A LAS DIFERENCIAS, que existen entre las figuras de poder y representación, atendiendo a sus elementos activos, que en estos casos serían apoderado y representante, el primero de los nombrados tiene únicamente la facultad, mientras que el segundo de los mencionados tiene el derecho de acción para ejercitar dicha facultad.

==. Por lo que respecta a la semejanza que existen entre las figuras de poder y representación, atendiendo a sus elementos pasivos, radica de que tanto poderdante y representado, necesitan de un capaz para poder válidamente funcionar en el ámbito jurídico.

Las diferencias y semejanzas, mencionadas con anterioridad son generalidades, que se citan por ser las más significativas para cada figura en estudio, pero sería ilógico pensar que fueran las únicas, pero de quedar el análisis en el estado en que se encuentra se estaría hablando que se está ante un trabajo incompleto, pero para efecto de aclarar posibles lagunas que pudieran quedar, a continuación en el apartado que precede se describirán otras semejanzas y diferencias, atendido no sólo a los elementos personales o sujetos, sino que se hará más extensiva, atendiendo a otros aspectos, como sería en su caso al objeto, que en esencia es el que engendra los derechos y obligaciones de cada una de las figuras jurídicas multicitadas, debiendo desde este momento quedar claro, que lo que es un derecho para el gestor es una obligación para el dueño de la cosa, y reciprocamente, lo que es un derecho para el dueño de la cosa es una obligación para el gestor es ésta situación se hace extensiva al contrato de mandato, ya que un derecho del mandatario es una obligación para el mandante y a la inversa, y para efecto de no confundir al lector del presente trabajo de tesis, la comparación que se haga entre las figuras jurídicas en estudio se hará en forma genérica, en el inciso que precede.

c).- DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Para el desarrollo del presente inciso, se hará en primer lugar la confrontación entre el contrato de mandato y la gestión de negocios, con posterioridad se hará la comparación entre poder y gestión, debiéndose de notar en todo momento que primero se hará alusión a las diferencias y con posterioridad a las semejanzas.

**CONTRATO DE MANDATO. VS GESTIÓN DE NEGOCIOS.
(DIFERENCIAS)**

- El gestor actúa sin mandato y sin estar obligado, mientras que el mandatario se obliga a través de un (Contrato de Mandato).

- El gestor presta sus servicios en forma gratuita, mientras que el mandatario lo hará en forma onerosa, salvo pacto expreso en contrario

- La gestión de negocios es un hecho ilícito en que el gestor interviene en cualquier negocio del dueño de la cosa; mientras que en el mandato, el mandatario interviene en aquellos actos que la ley no refuta como personalísimos.

- La gestión para que sea válida requiere de la ratificación que haga el dueño de la cosa, mientras que el mandato entraña una formalidad para su validez.

- La gestión de negocios implica facultades amplias para que el gestor pueda desempeñar su función, con la única condición que esos actos vayan dirigidos a evitar daños y perjuicios al dueño de la cosa; mientras que el contrato de mandato puede ser especial o general, pero en todos los casos el mandatario no puede excederse o traspasar las facultades que expresamente le ha otorgado el mandante, o en su caso actuar en concordancia con cláusula expresa.

- El gestor debe de hacer todas las erogaciones necesarias para evitar daños y perjuicios al dueño de la cosa, sin perjuicio de que se le reembolsen los gastos que hubiera hecho; mientras que el madatario puede exigir anticipadamente las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

- El gestor siempre actúa con ánimo de obligar al dueño de la cosa, mientras que en el mandato, el mandatario puede actuar a nombre del mandante o a nombre propio

- El gestor tiene derecho a que el dueño de la cosa le reembolse las erogaciones que haya hecho en el ejercicio de sus funciones, pero nunca podrá retener en prenda el objeto del negocio, contrariamente con lo que ocurre en el contrato del mandato, donde el mandatario puede retener las cosas del objeto del contrato del mandato, para que se le reembolsen los gastos que haya hecho o se le indemnice.

Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe de reparar los daños y perjuicios que resulten de aquel, aunque no haya incurrido en falta; mientras que, los actos que practique el mandatario a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente.

- Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.- La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más será solidaria; en tanto que en el contrato de mandato si se confiere un mandato a diversas personas respecto de un mismo negocio, aunque sea en un sólo acto, no quedaran solidariamente obligados si no se convino así expresamente.

-SEMEJANZAS-

- La semejanza primordial es que son dos figuras jurídicas reconocidas y reguladas por el derecho positivo, para que una persona pueda actuar a nombre de otra.
- La gestión de negocios es gratuita, de igual forma es gratuito el contrato de mandato si así se pacta expresamente por las partes.

-El gestor tan pronto como sea posible, debe de dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora; como en su caso, en lo previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio.

-Tanto el mandatario como el gestor están obligados a pagar los daños y perjuicios, cuando su actuación rebasa los límites de las facultades conferidas ó en su caso realicen el acto en contra de la voluntad del mandante o gestor.

-El gestor como el mandatario tiene derecho a que se les reembolse de las erogaciones o gastos que hubieren hecho en el ejercicio de su función.

PODER Y REPRESENTACION (DIFERENCIAS).

-Quizas la diferencia más relevante es la ya citada, es decir, que mientras la figura de poder implica una facultad concedida a una persona para actuar a nombre y cuenta de otra llamada representada; mientras que la representación implica la acción o el ejercicio de la facultad en cita.

-Sirviendo de fundamento la afirmación que antecede, es justo señalar que la figura de poder se encuentra reservada a todas las personas, esto es tanto a las personas morales, como físicas, quedando comprendidos los capaces, como los incapaces (menores de edad, los discapacitados por locura, idiotas, alcoholismo ..); mientras que la figura de la representación compete a aquellos que no están impedidos por la ley para contratar

-Son figuras que no pueden guardar una jerarquía entre sí, ya que una es complemento de la otra.

-SEMEJANZAS-

-Indudablemente que cuando se habla de poder y de representación, se alude a dos figuras jurídicas que reconoce y norma el derecho positivo mexicano para que las personas, utilizando el término en toda su amplitud, puedan ejercer un derecho o cumplir con sus obligaciones por conducto de otra.

-Indudablemente que tanto la figura del poder y de representación entrañan la facultad de representación.

-Se puede establecer que tanto el poder como la representación tiene como fuente generadora a la ley, a una resolución judicial y en su caso a la manifestación unilateral de una de las partes

-Por la importancia y trascendencia de los actos a ejecutar, se puede considerar que tanto el poder como la representación son dos figuras de orden público.

**PODER VS. REPRESENTACION VS. CONTRATO DE MANDATO VS. GESTION
DE NEGOCIOS.
(DIFERENCIAS Y SEMEJANZA).**

A diferencia del estudio individualizado que hasta ahora se había hecho en el presente apartado, para efectos didácticos y para una mejor comprensión del tema, en este caso se hará un análisis global de las figuras jurídicas materia del presente trabajo de tesis, ya que las mismas se encuentran íntimamente relacionadas, sin que por ello dejen de tener en lo particular diferencias por su propia y especial naturaleza, a continuación el razonamiento anunciado:

Se puede afirmar que intrínsecamente las figuras de representación, contrato de mandato y gestión de negocios, se encuentran investidas de poder, que en ocasiones trae como consecuencia en su ejercicio a la figura, de la representación, siendo esta no siempre una regla, ya que en su ejercicio el contrato de mandato y de gestión de negocios, tanto el mandatario como el gestor pueden actuar en nombre propio, lo que implica que no existe representación, pero de acuerdo a la intención de las personas nombradas siempre deben actuar con el ánimo de obligar al mandatario o en su caso al gestor, ya que en caso contrario no estaría ante las figuras aludidas, sino a un negocio propio en donde actúa el obligado principal, trayendo como consecuencia que los derechos y obligaciones afecten directamente al patrimonio y a la esfera jurídica del titular del negocio.

d).—Motivo o Fin .

Partiendo del entendido que el objeto, motivo o fin son las causas que se presumen que llevaron a las partes a manifestar la conducta en las figuras jurídicas que se estudian se pueden establecer los siguientes razonamientos:

- En el poder la causa determinante que trae como consecuencia la facultad que otorga el representado al representante para que en su nombre realice determinados actos jurídicos va a ser la incapacidad o la capacidad expresada por la Ley, el Juez o una manifestación unilateral de voluntad.
- Por otra parte en el caso del contrato de mandato el motivo o fin determinante, va a recaer en actos jurídicos en que la Ley no exige la intervención personal del mandante
- Finalmente por lo que se refiere a las figuras de la representación y de gestión de negocios, no sólo serán materia u objeto de actos jurídicos, sino que se puede hacer extensivos a actos materiales, circunstancia en que estriba la diferencia de fondo y de forma entre dichas figuras con el contrato de mandato que solo se reserva para actos jurídicos, sin olvidar que la motivación del gestor siempre será la solidaridad social y que la representación es una figura de orden público, que el legislador ha creado, y como acertadamente lo señala el maestro Sanchez Meda, "La representación, sea legal o necesaria o bien la convencional, es de gran utilidad en el derecho, pues en el primer caso suple la falta de discernimiento de un incapaz, y en el segundo caso facilita las relaciones jurídicas, suprimiendo obstáculos materiales o de otro orden, como alejamiento, inexperiencia, multiplicidad de ocupaciones, etc."⁴⁹

⁴⁹ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, LOS CONTRATOS CIVILES, 10ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1989, PÁG 307

e).- OTRAS CAUSAS

Hasta ahora, lo que se ha plasmado en el desarrollo del presente trabajo de tesis trata de abarcar la mayoría de los supuestos jurídicos que en forma teórica se puedan presentar entre las figuras de poder, representación gestión de negocios y contrato de mandato, que sin embargo en la práctica pueden vanar como en tantos casos se haga uso de dichas figuras, casos que mencionan para ilustrar al presente inciso; sin embargo esa circunstancia se tratará de suplir con algunas hipótesis de tipo imaginario, ejemplos:

EJEMPLO PRIMERO.

- Imaginemos un contrato de mandato especial que se otorga para la celebración de un contrato de compraventa, el cual se celebra, sin embargo, con posterioridad el vendedor que actúo por propio derecho solicita la nulidad del acto, a diferencia del comprador que actúo con un mandato con representación.

ANÁLISIS.

En este caso en el contrato de mandato se dan las figuras de poder y de representación en los términos que se han señalado en los incisos que anteceden, sin embargo, el mandato se extinguió por causa natural una vez que se dio cumplimiento al acto por el cual se emitió, por lo que

ahora, el mandatario no puede intervenir en juicio sino existe cláusula al respecto; circunstancias que variaría si es estuviera ante un mandato general para pleitos y cobranzas, para actos de administración o en su caso para actos de dominio.

Desprendiéndose del ejemplo anterior, que aún en la figura del mandato existen diferencias de forma que afectan al acto, sin dejar de reconocer que existen semejanzas en el mismo, ya que incluso en su normalidad la ley señala disposiciones comunes para el mandato en general y en especial.

EJEMPLO SEGUNDO.

- Un menor que recibe una herencia, ejercitando dicho derecho por conducto de su mamá por ser una representación legal que prevé el Código Civil.

ANALISIS.

En el ejemplo mencionado, se puede hablar que la acción de la mamá en forma general implica el actuar a nombre de otro, en este caso su menor hijo, como en su caso sería también el caso del gestor o el mandatario, de tal forma que se encontraría en ese momento con una semejanza sin embargo la diferencia salta a la vista, al haberse mencionado en su momento la figura de que se trata y la naturaleza jurídica que como tal reviste.

Y como los ejemplos citados, se podrían mencionar otros y nunca se agotaría el presente inciso, ya que como anteriormente se dijo, existen tantos ejemplos, como casos particulares en que se ejerzan las multicitadas figuras de poder, representación, gestión de negocios y contrato de mandato, circunstancias por la cuál queda abierta la posibilidad y la inquietud de los lectores de adecuar casos prácticos en el presente inciso.

IV.- HIPOTESIS JURIDICAS EN QUE PUEDEN CONVINARSE ENTRE SI LAS FIGURAS EN COMENTO Y QUE PUEDEN PROVOCAR CONFUSIÓN EN EL EMPLEO DE DICHS TÉRMINOS.

Sin duda alguna las anotaciones que se hicieron con anterioridad servirán de preámbulo para el punto que se desarrolla, ya que precisamente es en este momento cuando vamos a entrar a aspectos prácticos, que desde luego tienen su fundamento y sustento en la teoría que se plasmó en los cuatro primeros capítulos que integran al presente estudio: desde luego se hace la advertencia que los ejemplos que se citen no constituyen un todo, sino que precisamente son parte del mismo.

PRIMERO.

El caso típico, se puede decir que hasta obligado, se presenta con las figuras del contrato de mandato y de representación, con las que surge EL CONTRATO DE MANDATO CON REPRESENTACIÓN Y EL CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN, en que

respectivamente, el mandatario ejecuta el acto que le encarga el mandante a nombre del mismo y a nombre propio, teniendo en común ambos contratos un poder, ejemplos:

a).- MANDATO CON REPRESENTACIÓN.

En este caso el mandante solicita el mandatario que en su nombre haga la compraventa de una casa a su nombre. En este caso al ejecutarse el mandato, a pesar de que materialmente lo ejecuta el mandatario aparecera o se hará la operación a nombre del mandante.

b).- MANDATO DE REPRESENTACIÓN.

En este caso también el mandante otorga un mandato sin representación al mandatario para que realice una compraventa de una casa, al ejecutarse la operación el mandatario actuara en nombre propio.

Motivo por el cual el tercero que contrate con el mandatario, deberá de atender a la modalidad en que se otorgo el mandato, para saber a quien se hará exigible la obligación

SEGUNDO.

Otro caso con el que nos podemos encontrar, es en sí a la figura de la gestión de negocios, que en esencia entraña, a su vez las figuras de poder y representación, que como ya se dijo es el hecho jurídico a través del cual una persona llamada gestor se encarga en forma gratuita de un asunto de otra persona llamada dueño de la cosa. Que de acuerdo a la manifestación que se hace la actuación del gestor no sólo implica la realización de actos jurídicos, sino también de actos materiales, que en la práctica es donde más utilidad tiene, como ejemplo de esa circunstancia, podemos citar el siguiente ejemplo:

Pablo sale de viaje, dejando su casa sola, durante su ausencia hay un temblor que amenaza con que se caiga una de las bardas de la casa, lo que provocaría la pérdida o el monescabo de la misma, pero JORGE, amigo y vecino de PABLO, movido por un sentimiento de "solidaridad social", inicia los actos correspondientes para conservar el inmueble mientras llega su amigo, contratando ingenieros y albañiles quienes realizan las obras correspondientes.

Un segundo ejemplo, nada más que en este caso se trataría de un acto jurídico, sería el siguiente: Salvador desea vender su automóvil, en una cantidad de diez mil pesos, comentando ese hecho con su amigo Lalo, días después encontrándose ausente Salvador, se presenta un comprador para el automóvil que desea vender, enterado de ello, Lalo realiza las gestiones necesarias para concretar la venta.

-Pero al igual que en el contrato de mandato, puede presentarse el caso en que exista gestión de negocios, sin poder ni representación, como lo prevé el artículo 1905 del Código Civil, que es

cuando el gestor realiza actos que en contra de la voluntad del dueño de la cosa, como se ejemplificaría en el caso siguiente: Martín generalmente deja su automóvil en la calle dejándolo abierto y con las llaves en el motor, preocupado por esta situación su amigo Juan Carlos le hace la observación de que debería de ser más prudente por que podría sufrir un robo, a lo que manifiesta Martín que a él no le importa esa situación, e incluso recomienda a Juan Carlos que presentada esa situación no se involucre en problemas; pasados unos días encontrándose ausente Martín es robado el vehículo, situación de la que se percata Juan Carlos, por lo que decide presentar la denuncia correspondiente ante el C. Agente Investigador del Ministerio Público, e incluso contrata a un abogado que coadyuve con el Representante Social, conducta que va en contra de la voluntad del dueño de la cosa, por lo que se afirma que en este caso existe gestión de negocios sin poder ni representación, al margen de las consecuencias de derecho que trae aparejada dicha situación.

TERCERO.

Como en su oportunidad se dijo la figura jurídica del Poder implica la facultad que tiene una persona llamada representante para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada, teniendo como fuente la Ley, una resolución judicial o la voluntad de las partes para contratar, a continuación se dará un ejemplo de cada uno de estos casos:

a).- Por la Ley: El caso típico con que se ilustraría esta hipótesis, no las propociona el Código Civil, cuando otorga la facultad de que los menores de edad o mayores incapaces puedan ser representados por conducto de sus padres o tutor, por lo que con fundamento en los artículos 449 y 486 del Ordenamiento Legal invocado, me permito dar el siguiente ejemplo: Pablo y Elena contraen matrimonio, con el paso de los años Pablo se vuelve ebrio consuetudinario, que impide que

administre varios negocios que tiene; por lo que en este caso Elena se convierte en tutor de su conyugé, teniendo la facultad de representar al mismo por disposición legal.

b.- Por resolución judicial:

Este caso prevee la situación que el representante será elegido por el Juez. Para ilustrar esta situación citaremos el ejemplo siguiente: Pablo muere, con posterioridad sus familiares hacen la denuncia intestamentaria, proponiendo desde ese momento como albacea de la sucesión a Carlos, llevada en su momento la junta de herederos los mismos reiteran su voto para que Carlos sea el albacea, por lo que el Juez en una resolución hace la declaración correspondiente declarando como albacea de la sucesión a Carlos.

c).- Por voluntad unilateral de la voluntad.

Este caso no tiene vuelta de hoja, ya que en todo caso se habla del contrato de mandato que regula el artículo 2546 al 2604 del Código Civil, y en sus dos modalidades de representación y sin representación se encuentran ejemplificados en los casos que se citaron al inicio del presente apartado.

Por lo que al hablar en forma genérica de la figura de poder es correcto atender a la fuente generadora de la misma, para comprender su sentido y avance de la misma.

CUARTO.

Como ya se dijo, existe una íntima relación entre las figuras de poder y representación, ya que en la práctica es precisamente la representación la que se encarga de poner en práctica o en acción a dicha figura, para apreciar la relación mencionada, retomaremos los ejemplos que se hicieron con el poder aplicados a la representación, tomando en cuenta de que al igual que el poder, la representación tiene como fuentes la Ley, a una resolución judicial y a la manifestación unilateral de voluntad.

-POR LEY, ejemplo:

Elena es tutor de su conyugé Pablo, quien por ser ebrio cosuetudinario no puede hacerse cargo de sus negocios, en uno de ellos se encuentra una demanda instaurada de tipo civil, por lo que Elena en ejercicio de la facultad que le concede el ser tutor de su conyugé, da contestación a la demanda, ostentandose con la personalidad de representante de su incapaz marido, oponiendo las excepciones y defensas que tuviera su conyugé para dar contestación a la demanda

-POR RESOLUCION JUDICIAL, ejemplo:

Carlos como ya se dijo por resolución judicial fue declarado albacea de la sucesión de Pablo, por lo que al representar a dicha sucesión se da cuenta que un bien del decujus se encuentra en posesión de un tercero, por lo que para recuperar la posesión del mismo, decide demandar un juicio reivindicatorio para ese efecto, presentando la demanda correspondiente.

acreditando su personalidad e interés jurídico con copia certificada de dicho nombramiento que en su momento decreto el Juez de lo familiar respectivo, por lo que al ejercer la facultad de representación se convierte en tal.

- POR VOLUNTAD UNILATERAL DE LA VOLUNTAD, ejemplo:

Como ya se dijo el ejemplo único es por un contrato de mandato, que se ilustraría en los términos siguientes, la empresa denominada PAPELES DE MEXICO S.A. DE C.V., para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, por conducto del Consejo Administrativo de la empresa otorgan un poder para pleitos y cobranzas a través de un mandato con representación que otorgan al Licenciado Martín, quien por algunos meses sólo tiene el poder: sin embargo, al año se presenta una demanda laboral en contra de la empresa, la cual de inmediato es canalizada al Licenciado Martín, quien en ejercicio del poder en su favor y como representante de la empresa PAPELES DE MEXICO S.A. DE C.V., da contestación a la demanda instaurada en contra de su representada compareciendo a juicio en tal carácter.

Como colorano de este punto, es oportuno señalar que los ejemplos que se mencionaron con anterioridad sólo constituyen una pequeña muestra de la infinidad de situaciones que se pueden presentar en un caso práctico las figuras en comento, ya que como sabemos de la ciencia del derecho es tan amplia como la vida misma, pero la Ley con su aspecto general prevé las situaciones que se pueden presentar en la vida diaria por lo que la labor de todo jurista, flámesse litigante o juzgador es aplicar e interpretar la norma al caso en concreto.

IV. JUSTIFICACIONES PARA LA EXACTA APLICACION DE LOS TERMINOS EN ESTUDIO. AL CASO CONCRETO.

Este punto será utilizado para plasmar algunos comentarios que en lo personal considero que se deben tomar en cuenta para que se aplique el término adecuado al caso práctico en que nos encontremos, por que quien de nosotros como estudiantes de la Licenciatura de Derecho o como profesionales de dicha ciencia, no hemos escuchado o en su caso utilizado en forma errónea los términos de contrato de mandato, gestión de negocios, poder y representación, confundiendo su empleo o en el peor de los casos manejando como sinonimos los mismos, lo que en su caso habla de una escasa preparación académica para entender o dominar principios fundamentales de la ciencia del derecho, ó en su caso de una mala técnica jurídica; transgrediendo principios éticos, que de alguna manera el maestro DR EDUSRDO J. COUTURE, propone en los mandatos del abogado, los cuales no esta por demás recordar, por lo que a continuación se describen:

"LOS MANDATOS DEL ABOGADO"

- 1.- ESTUDIA.- El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.
- 2.- PIENSA.- El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
- 3.- TRABAJA.- La abogacia es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4.- LUCHA.- Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5.- SE LEAL.- Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aún cuando él sea desleal contigo. Leal para el Juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú dices, y que en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.

6.-TOLERA.- Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.

7.- TEN PACIENCIA - El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración

8.- TEN FE - Ten fé en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana en la justicia como destino normal del derecho, en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia, y sobre todo ten fé en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

9.- OLVIDA.-La abogacia es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la via será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10.- AMA TU PROFESION - Trata de considerar la abogacia de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para tú proponerle que se haga abogado.⁵⁰

⁵⁰ CONTURE EDUARDO J. LOS MANDAMIENTOS DEL ABOGADO.

Sin duda alguna los postulados que propone el maestro COUTURE, para el abogado son hermosos, y constituyen el ideal que debe de perseguir y alcanzar todo abogado; sin embargo, el más significativo y relevante para este punto es el primero de los mencionados, el cual de alguna u otra forma trata de concientizar al abogado de lo importante que es el estudio para nuestra profesión, ya que como lo manifiesta el postulado en cita, mientras menos se estudie se es menos abogado; además como varios profesores en la Universidad en sus cátedras hacían la observancia de que el abogado se le conoce por las habilidades que debe de desarrollar, como en su caso serían:

- = Interpretación y aplicación jurídica.
- = Manejo de los diferentes Ordenamientos Legales que existen en nuestro sistema jurídico.
- = Análisis y síntesis de texto y de las problemáticas de las que conozca.
- = Toma de decisiones que serán las más acertadas si se está debidamente preparado y se entiende la naturaleza jurídica de la terminología que maneje y aplique
- = Locución pública, que debe desarrollar y manifestar en las audiencias en donde desde luego es vergonzante que se cometan aberraciones jurídicas como la que se planteó con anterioridad, en el sentido de que se utilice como sinónimos las figuras jurídicas en estudio
- = Redacción, que también es una forma en que el profesionista del derecho manifiesta sus conocimientos.

Este apartado, mas que una justificación para el presente trabajo de tesis, es un llamado a los profesionistas del derecho para que concientizarnos de la importancia que tiene en nuestra profesión utilizar en forma correcta el lenguaje jurídico, ya que ello refleja no sólo una buena preparación y capacidad del abogado, sino que con esto honramos a la Ciencia del Derecho, la cual es quizás la mas noble de las profesiones, por lo que estamos obligados a honrarla y poner en alto la misma, mas ahora que otros profesionistas y el público en general la tienen satanizada, sin tomar en cuenta que han fallado los abogados, no la ciencia del derecho.

CONCLUSIONES

Después de haber desarrollado en su amplitud el temario que integra al presente trabajo de tesis, a juicio personal considero que se ha cumplido y alcanzando el objetivo trazado, permitiéndome en este momento concretizarlo con las siguientes conclusiones:

PRIMERA - El ser humano es un ser vivo dotado de razonamientos que cuenta con libre albedrío, que se integra en sociedad, originado esa socialización relaciones interpersonales con sus iguales, que dan nacimiento de derechos y obligaciones, que toma en cuenta en el derecho, creando Instituciones para regular y normar dicha conducta, una de éstas instituciones es lo que conocemos como atributo de la personalidad, entre otros, que no es otra cosa que la posibilidad que tiene una persona de ser sujeto de derechos y obligaciones, y para ejercitar los mismos.

SEGUNDA - Creada la institución de la capacidad, la ciencia del derecho profundiza sus estudios al respecto, estableciendo una dualidad en la misma a la que llamara capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo la primera de ellas el reconocimiento de derechos y obligaciones y la segunda de las citadas la posibilidad de ejercer dichos derechos y cumplir con sus obligaciones; siendo la primera de ellas un derecho que tiene el hombre aún antes de haber nacido y que se pierde con la muerte, mientras que la capacidad de ejercicio se encuentra sujeta a la mayoría de edad que establece el legislador en nuestro país a los 18 años, limitando la capacidad de ejercicio a algunos mayores de edad, (por idiotismo, locura, etc).

TERCERA - El legislador conciente de que la capacidad de ejercicio es un atributo de la persona imprescriptible, inalienable, crea instituciones para que las personas que no puedan ejercer directamente dicha capacidad, a las que llama incapaces, puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, creando de este modo las figuras de poder, representación y contrato de mandato, atribuyendole consecuencias de derecho a los hechos (gestión de negocios) que realiza una persona en nombre de otra para no sufrir menoscabo en su patrimonio o esfera jurídica.

CUARTA - La existencia del poder, representación, mandato y gestión de negocios, como posibilidad legal que puede ser utilizada por un incapaz y en ocasiones también por un capaz para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones ha llevado a los legos en el derecho y a los doctos de la materia a confundir y a utilizar como sinónimos a dichas figuras jurídicas.

QUINTA - La diferencia existente entre las figuras de poder, representación, mandato y gestión de negocios radica en la naturaleza jurídica que en lo particular tiene cada una de ellas, tarea a la que se avocó el presente trabajo de tesis.

SEXTA - Estudiando algunas particularidades de la figura de gestión de negocios, nos lleva a la conclusión de decir que es un hecho jurídico del hombre que el derecho toma en consideración y que le atribuye consecuencias jurídicas, regulando dicha figura jurídica; ya que el hecho de que el gestor realice actos a nombre del dueño de la cosa, en forma gratuita, voluntaria

sin estar obligado por un mandato o por la ley, se encuentra motivada por un servicio de generosidad de ayudar a un semejante, amigo o familiar, de tal forma que su sustento es la solidaridad social.

SEPTIMA - El ánimo de solidaridad social que lleva al gestor a realizar actos tendientes al cuidado de la cosa en favor de su dueño, no le debe de acarrear perjuicio alguno en su patrimonio y esfera jurídica, de tal forma que el legislador establece la obligación del dueño de la cosa de rembolsar los gastos que hubiera erogado el gestor en el desempeño de sus funciones, teniendo como límite la utilidad de la gestión.

OCTAVA - La posibilidad de que una persona que no sea el titular del derecho o la obligación, no siempre va ha estar sujeta a una gestión de negocios, que en esencia implica un acto jurídico o preferentemente un acto material, sino que dicha posibilidad puede surgir de un acto originalmente unilateral (policitación), que con posterioridad es aceptada, naciendo de esta forma el contrato, el cual ya sabemos que es el acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones, en lo general, que en lo particular alude al contrato de mandato.

NOVENA - El contrato de mandato por naturaleza jurídica implica la existencia de dos elementos personales llamados mandante y mandatario, siendo este último quien se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encargue, siendo por regla general y salvo pacto en contrario y expreso, oneroso, siendo su principal particularidades de que sólo esta reservado para actos jurídicos.

DECIMA - El contrato de mandato por su naturaleza implica a la figura de poder, que en su esencia entraña la facultad concedida a una persona para actuar a nombre y cuenta de otra, llamada representada, de tal forma se establece que el poder únicamente es la facultad para actuar, haciendo incipió de que únicamente es la facultad, ya que el ejercicio de la misma implica otra figura jurídica que se detallará en la siguiente conclusión.

DECIMA PRIMERA - La figura jurídica de representación, en su naturaleza implica el EJERCICIO DE LA FACULTAD concedida a una persona para actuar a nombre y cuenta de otra, llamada representada, de tal forma que la representación siempre va a implicar acción, es decir, un hacer por parte del representante

DECIMA SEGUNDA - La íntima relación que existe entre las figuras de poder y representación, se ve reforzada al señalar que su fuente generadora siempre la vamos a encontrar en la ley, en una resolución judicial y en una manifestación unilateral de voluntad, dando como resultado en forma respectiva a otras instituciones de derecho como son la patria potestad de los padres sobre los menores, la tutela y la curatela; en segundo término como resolución judicial el nombramiento de albacea en una sucesión; en el caso de la manifestación unilateral de voluntad el ejemplo típico y obligado es el contrato de mandato.

DECIMA TERCERA - Las figuras de poder y representación en relación al contrato de mandato son mas amplias, ya que como se dijo el mandato sólo esta reservada para actos jurídicos, en cambio el poder y la representación, ademas de permitir realizar actos jurídicos, en algunos casos tambien se hace extensiva para actos materiales.

DECIMA CUARTA - El poder, la representación, la gestión de negocios y el contrato de mandato, dentro de la teoria y en la doctrina no guardan jerarquias entre si, quizas una relación directa o indirecta, pero no una jerarquia, la importancia se la va ha dar el caso en concreto del que se trate.

BIBLIORAFIA

- CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Berbera Editores S.A. de C.V., México, 1996, 192 pp.

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL ,Editorial Porrúa, 57a. Edición , México , 1989, 659 pp..

- DICCIONARIO LAROUSSE, Diccionario Usual , Editora de Periodicos. S C L., La Prensa , División Comercial , 1989, 739 pp.

- DICCIONARIO PRACTICO LAROUSSE, Sinonimos / antonimos ,Cta Editorial Ultra S.A. de C.V., México, 1993, 506 pp.

- GALINDO GRAFIAS IGNACIO, Derecho Civil. Primer Curso parte general. Pemas. Familia; 6a. Edición ; Editorial Porrúa, México, 1988, 530 pp.

- MARGADANT S GUILLERMO F. Derecho Romano, 15a Edición Editorial Esfinge S.A. de C.V; Estado de México, 1988, 530 pp

- GARCIA MAYNEZ EDUARDO, introducción al Estudio del Derecho, 42a. Edición Porrúa, México, 1991, 444 pp.

- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, 11a. Edición, Editorial Porrúa, 1996, 1223 ppa.

- LOZANO NORIEGA FRANCISCO, Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos, 3a. Edición, Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A C. México, 1982, 742.
- PINA, RAFAEL de, Diccionario del Derecho, 15a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1988, 508 pp.
- PETI EUGENE, Tratado de Derecho Romano, Ediciones Selectas, México; D F; 717 pp.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familias, Tomo I, 22a. Edición, Editorial Porrúa, México, 537 pp
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Tomo II, 21a Edición, Editorial Porrúa, México 1989, 505 pp.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, 16a Edición, Editorial Porrúa, México 1989, 543 pp
- SANCHEZ MEDAL RAMON, De los Contratos Civiles, 10a. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, 618 pp.