NOTAS FORENSES.

•

REQUISITOS Y PRUEBA DEL MANDATO

•

Por el doctor
LAZARO TOBON

Requisitos y prueba del mandato

Con respecto al mandato para la celebración de actos solemnes y de una cuantía determinada, se pueden presentar dos tesis: que debe conferirse por escritura pública y en todo caso con una solemnidad igual a la del acto que se va a ejecutar, y por eso estudiamos el caso, tan interesante en la vida práctica. Nos sorprende que tratándose de un contrato consensual, no se acepte o se discuta la consecuencia de que puede probarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la ley.

En los números 1185 y 1186 de Gaceta Judicial fue publicado un fallo, fechado el 4 de noviembre de 1913, y de él es la parte que copiamos en seguida:

"El concepto de que el poder para comprar bienes raices ha de otorgarse por escritura pública, puede ser erróneo, como contrario al artículo 2149 del Código Civil; pero el Tribunal no fundó su decisión sobre el punto de que trata solamente en ese concepto, pues hizo mérito también de que el mandato invocado como fundamento de la petición f) de la demanda, lo negaba el demandado y no aparecía otorgado por ninguno de los medios mencionados en el citado artículo, esto es por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, o de un modo tácito; y sería necesario que de autos resultase evidencial lo contrario, para que la Corte pudiese variar la apreciación del Tribunal a este respecto".

Ese fallo tiene un salvamento de voto del doctor Santiago

Ospina, en el cual entra a estudiar a fondo el asunto, y se expresa de la siguiente manera:

"Incurrió en error de derecho al afirmar (el Tribunal) que el poder especial para la compra de tales fincas (bienes inmuebles) ha debido otorgarse por escritura pública debidamente registrada, porque es lógico que las solemnidades y formalidades de un poder deben ser las mismas que la ley establece para el acto o contrato que es objeto del mandato, así como también el poder general para negocios ha debido conferirse por escritura de la misma naturaleza". Ya la misma Corte de Casación en varias sentencias ha sentado la doctrina de que en estos casos prefiere la disposición especial que para la constitución del mandato estatuye el artículo 2149 del Código Civil, y es, por tanto, inútil hacer consideraciones sobre el particular, por cuanto la mayoría de la sala implícitamente reconoce dicho error, aun cuando deja de casar la sentencia en atención a que el Tribunal no fundó su decisión solamente en ese concepto, pues hizo mérito también de que el mandato invocado como fundamento de la petición hecha y de la demanda lo negaba el demandado, y no aparecía otorgado por ninguno de los medios mencionados en el citado artículo 2149".

En los números 1700 1701 de la misma publicación, en la página 43, hay otra sentencia fechada el 14 de agosto de 1926, sobre el mandato conferido sin solemnidad para comprar unas fincas, y allí se lee:

"Pero en concepto de la Corte no está en lo cierto el recurrente, porque al admitir el artículo 2149 del Código Civil para el caso especial del contrato de mandato, que el encargo a que este contrato se refiere pueda hacerse verbalmente o de otro modo inteligible y aun por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, necesariamente da entrada a toda clase de probanzas para justificar esa aquiescencia o el acuerdo verbal de las partes".

En los números 2050 y 2051 del mismo órgano de la Corte Suprema, en la página 617, aparece otra sentencia en que se ratifica la tesis sostenida en las dos anteriores en un caso en que se comprobó con testigos que una persona compró una finca como mandatario de otra, y dice así:

"El principio de la ley chilena según el cual la forma del mandato es generalmente libre, pero su prueba, en cambio no puede admitirse sino en conformidad con las reglas del derecho común, una de las cuales es la restrictiva del uso de la prueba testimonial por razón de la cuantía, fué modificada al pasar a nuestro Código Civil por virtud de la supresión ya vista, reveladora, a no dudarlo, de la inequívoca intención del legislador de autorizar para el mandato el régimen de excepcional libertad probatoria, que lógicamente corresponde a los términos del citado artículo 2149 que le dan a este contrato la calidad de eminentemente tácito en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita la gestión de un negocio a otra que acepta también tácitamente ejecutando el encargo, de modo que si la ley expresamente autoriza la perfección de este contrato tácitamente celebrado, se explica y justifica la excepcional libertad probatoria de que quiso rodearlo, sustrayéndolo expresamente del régimen restrictivo de la prueba testimonial referente a obligaciones que deben consignarse por escrito".

En los mismos números del órgano citado, en una sentencia de 28 de agosto de 1947, en un caso igual al anterior, se ratifica la doctrina en cuestión:

"El cargo es fundado porque como lo ha decidido la Corte en ocasiones anteriores, entre las excepciones que establece el artículo 91 de la ley 153 de 1887 a la regla general del artículo 91 sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía—hay que considerar incluído el mandato, contrato que según el artículo 2149 del C. Civil puede celebrarse verbalmente o de cualquiera otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos no tendría cumplimiento esta última disposición, especial para el mandato y como tal de preferente aplicación a la del artículo 91 citado".

Lo expuesto hasta aquí es la doctrina de las autoridades judiciales colombianas. Ahora copiamos un concepto del doctor Théo Guhl, profesor de la Universidad de Berna, y comentador del derecho federal suizo de las obligaciones:

"El derecho confiere a los individuos que son mayores y capaces de discernimiento la posibilidad de obligarse por sus actos jurídicos (ejercicio de los derechos civiles); pero esos sujetos de derecho pueden autorizar a otro para hacer en su lugar, y de tal manera que la delegación de voluntad del representante valga como su propia declaración. Esta autorización dada por el repre-

sentante se llama poder o procuración. Con excepción del caso de representación legal, ese poder no puede resultar sino de un acto jurídico que emana del representado. A falta de tal concesión de poderse, nadie puede contratar sino por sí mismo, y ningún efecto jurídico nace en favor de otro; pero este otorgamiento de poder se hace sin forma, aun cuando el acto que el representante deba ejecutar necesite el cumplimiento de una forma especial: venta de inmueble, promesa de donar o anotación en el registro territorial. La mayor parte de las veces, sin embargo, se exigirá la forma escrita con el designio de poder establecer respecto de terceros o de las autoridades, la existencia de este poder. En virtud de una disposición especial de la ley, el poder para firmar una caución debe revestir la misma forma que la que se exige para la caución misma.

El poder es frecuentemente uno de los elementos de una convención, contrato de trabajo, mandato o sociedad, por ejemplo; pero se presentan algunas veces aisladamente, bajo forma de una declaración unilateral de voluntad del representado dirigida al representante, o a título de comunicación hecha a uno o varios terceros. Esta libertad de la forma permite en particular interpretar, según las circunstancias, una actitud concluyente del representado como un otorgamiento tácito de poder".

Una de las sentencias de la Corte Suprema citada antes, da mérito, a la circunstancia de que el artículo 2123 del C. Civil de Chile, del cual se tomó el artículo 2149 del C. de Colombia, tiene una parte que no se incluyó en el último: "pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales. ni la escritura privada cuando las leyes requieren un instrumento auténtico". Este antecedente es de mucha significación, porque no es posible interpretar la ley colombiana como si tuviera la parte trascrita del Código Civil de Chile; y también es de mucho mérito la circunstancia de que la misma norma sobre mandato en el Código Civil de Francia tenga una restricción que no tiene la ley colombiana, la de que no se admite la prueba testimonial sino conforme al título "de los contratos u obligaciones convencionales en general".

Fué el doctor Fernando Vélez el que estampó el concepto sobre la necesidad de poder por escritura pública para representar al mandante en los contratos solemnes, y aun cita una doctrina de la Corte Suprema de este país, de 29 de mayo de 1893, para respaldar su opinión; pero leídas sus razones no las encontramos convincentes:

"Así es que aunque según el artículo 2149 un mandato puede darse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por aquiescencia tácita del mandante, no depende de la sola voluntad de éste la elección de una de esas formas, sino de la naturaleza del acto que deba ejecutar el apoderado".

Las legislaciones que ponen ciertos requisitos para el poder con que un mandatario actuará en actos solemnes, como la francesa, hablan apenas de autenticidad, es decir de títulos existentes por sí mismos o auténticos, que tienen valor con respecto a todos y con respecto a los cuales no puede alegarse sino falsedad o falsificación. Comentando la ley francesa dicen Planiol, Ripert, Rouast y Savatier:

"En todos los casos en que la autenticidad de un acto está prescrita por la ley, ya para asegurar la sinceridad de él por razón de orden público, ya para proteger a las partes con la interven-intervención de un funcionario público que las aconseje, un poder en forma privada es imposible. En virtud de este poder el mandante queda, en efecto, virtualmente ligado, de suerte que las mismas razones de orden público que se oponen al contrato bajo firma privada, se oponen también al poder bajo firma privada. Al contrario ,si la autenticidad del acto no está prescrita sino para informar mejor a terceros, esta solemnidad existe cualquiera que sea la forma de los poderes que las partes hayan podido dar antes; un poder bajo firma privada será válido consiguiente.

El poder auténtico puede redactarse en una minuta privada o en un documento legal. Además es admitido que el registro de un poder bajo firma privada por un Notario, equivale a un poder auténtico".

Si volvemos a la legislación colombiana encontramos que el instrumento público o auténtico es un género, y de ese género es la escritura pública, instrumento otorgado ante el Notario e incorporado en el respectivo protocolo, y que el instrumento privado reconocido en ciertos casos y con los requisitos legales, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han trasferido las obligaciones y derechos de éstos.

Hasta aquí hemos aducido razones ajenas o argumentos de

autoridad, y ahora exponemos la nuestra para sostener que el poder probado por cualquiera de los medios probatorios establecidos por la ley, es suficiente para que el mandatario comprometa válidamente al mandante en un contrato solemne.

Insistimos en que son dos actos diferentes el contrato de mandato y el contrato que ejecuta el mandatario, y no vemos un motivo distinto del de seguridad o prueba para exigir que la solemnidad del contrato se extienda al poder. Lo importante es que éste pueda probarse debidamente. Así lo dicen Foignet y Dupont: "es un contrato consensual porque el escrito que se redacta no tiene otro fin que servir de medio de prueba del contrato; no es un elemento esencial". Una persona puede estar imposibilitada para comparecer ante un Notario a celebrar un contrato, y no se le puede cerrar la puerta que le ha abierto el mandato, la de valerse de otra persona para que comparezca a llenar las formalidades que exige la ley para ese contrato.

Los términos de nuestro artículo 2149 son demasiado amplios, y encontramos disposiciones que los restrinjan sino que confirman la idea del legilslador. Según el artículo 2186 de C. Civil, el mandante queda obligado a cumplir cualquier obligación contraída a su nombre y que él ha ratificado expresa o tácitamente; y de acuerdo con el 1506 ibídem una persona puede quedar comprometida por lo que otro hubiere contratado a su nombre, y si en ambos casos no se exige solemnidad para la ratificación, no se ve el motivo para imponerla en el caso de que obre autorizado previamente.

Situado el problema a la luz de las disposiciones legales sobre pruebas tenemos que la limitación del artículo 91 de la ley 153 de 1887 se refiere a la obligación de dar y trata más bien de una exclusión porque valen las pruebas distintas de las de testigos; el apoderado o mandatario debe hacer constar por escrito la obligación que contrae su mandante, pero no necesita que el poder se le confiera en la misma forma. El contrato de mandato, si no es concreto o especial para un negocio, no puede tener cuantía. No dice la disposición citada en forma general que debe hacerse constar en instrumento público o privado de todo contrato o acto que se refiere a algo que represente más de quinientos pesos, y por eso no se puede hacer esa generalización por doctrina, como no se puede afirmar que no tiene valor o no se puede probar sino con escrito un contrato de más de aquella cantidad.

Antes de terminar hacemos valer otro argumento de autoridad, de Juliot de la Morandiére:

"Sin embargo, se admite que cuando la solemnidad del acto se requiere no para proteger la independencia y asegurar la libertad del consentimiento de las partes, sino simplemente en interés de terceros, el mandato puede darse en forma privada".

Lázaro Tobón
