

C. DERECHO CIVIL

EL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL PANAMEÑO

LIDIA KARINA MERCADO *
Universidad de Salamanca (España)
E-mail: lkmercadob@gmail.com

SUMARIO. I. Introducción II. Origen y distinción del mandato y la representación III. Concepto y características del mandato. 3.1 Precisiones en torno a mandato civil y mandato mercantil IV. La representación V. Poder, Acto de apoderamiento y Poder de representación. VI. La cuestión del mandato y la representación en el Código Civil Panameño VII. Jurisprudencia VIII. Conclusiones

RESUMEN

El presente estudio se centra en ofrecer un análisis acerca del valor práctico jurídico que para el Derecho privado contractual moderno, reviste la distinción entre la figura del mandato y la representación.

Si bien se trata de un tema clásico, en la actualidad, en muchas ocasiones persiste la confusión entre la noción de mandato y el concepto de representación brindándoles un tratamiento indistinto, dificultad esta que probablemente tenga su causa, en la carencia de una regulación normativa vigente que destaque las particularidades de ambas instituciones jurídicas.

Palabras claves

Contrato de mandato, Representación, Poder, Acto de otorgamiento, Alcance y eficacia jurídica de los actos representativos, El negocio de apoderamiento.

ABSTRACT

The present study focuses on offering an analysis about the legal practical value that for modern contractual private law has the distinction between the mandate and representation.

Although it is a classic theme, at present, in many cases the confusion between the notion of mandate and the concept of representation persists, giving them an indistinct treatment, a difficulty that probably has its cause, in the absence of a current regulation that highlights the particularities of both legal institutions.

Keywords

Contract of mandate, Representation, Power of Attorney, Act of granting, Scope and legal effectiveness of representative act.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de mandato se incardina en el ámbito de la gestión de negocios ajenos, lo mismo que la representación sin embargo, cabe llamar la atención acerca de la delimitación entre mandato y representación como figuras independientes.

Con la presente comunicación hemos procurado alejarnos, de aquellas cuestiones de índole estrictamente doctrinal aunque con carácter preliminar, se realice una necesaria aproximación al origen histórico de la confusión entre mandato y representación a partir del Derecho Romano, hasta llegar al aporte realizado por el Derecho Canónico y más tarde, por los pandectistas alemanes quienes en el ámbito de la administración patrimonial y la gestión de negocios ajenos, contribuyeron a dilucidar que el mandato puede ir vinculado al concepto de representación, pero no es un elemento esencial de aquel y no toda representación es un mandato.

Realizar esta reflexión desde un punto de vista legal, práctico y jurisprudencial, contribuye a resaltar el alcance y esfera de las atribuciones jurídicas de cada figura como cuestión capital en el ámbito forense, fiduciario, civil y comercial.

Se concluye, con una revisión de algunos fallos sobre mandato y representación a la luz de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, cuyo contenido resulta útil a nuestro análisis.

II. ORIGEN Y DISTINCIÓN DEL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN.

Para dilucidar el porqué de la confusión entre mandato y representación, hemos de remontarnos al Derecho Romano clásico, donde el principal mecanismo jurídico utilizado para la realización de un encargo, gestión de un negocio ajeno o administración patrimonial, era el contrato de mandato.

El mandato figura jurídica por excelencia en el ámbito de la colaboración jurídica, fue concebido en el ordenamiento jurídico romano como un acto de «confianza», razón por la que en aquella época, se asimiló incluso a un “acto de amistad” en virtud del cual una persona confiaba a otra la ejecución de un encargo, teniendo como característica propia de la transacción que realizarlo no implicaba remuneración alguna.

Es decir, el mandato era esencialmente gratuito, no como sucede en la actualidad donde casi todos los códigos civiles modernos presumen el contrato de mandato, como un contrato de gestión con carácter oneroso, salvo pacto en contrario, lo que viene a significar que para llevarlo a cabo se ha debido fijar un precio. En otras palabras, no hay impedimento alguno para que sea retribuido.

De esta forma, para los romanos el fundamento práctico del contrato de mandato, consistía en que una persona llamada mandante, confiaba a otra persona denominada mandatario, el efectuar un negocio con un tercero y una vez que el mandatario aceptaba ejecutar el encargo, quedaba revestido de la obligación de concluirlo sin tener un interés particular sobre los efectos económicos derivados de esa negociación.

En otras palabras, el mandatario tan sólo adquiriría los derechos emanados del negocio privado que efectuaba con el tercero, obrando sin declarar el nombre de su mandante y posteriormente, a través de un acto jurídico distinto, transmitía a este último todo aquel beneficio producido a raíz de las negociaciones efectuadas.

A consecuencia de lo anterior, la utilización del término «mandato» en el Derecho Romano, se mezclaba perfectamente con los rasgos propios de una colaboración jurídico - privada en negocios ajenos donde se ocultaba la identidad del mandante, y a esta idea de colaboración, es lo que algún sector de la doctrina llama «representación indirecta o mediata».

Ahora bien, desde el punto de vista de la clásica distinción entre mandato y representación, hemos de empezar señalando que la mayoría de los autores están de acuerdo en que si bien el mandato y la representación son figuras similares en el sentido de que responden a un idéntico fin siendo este, celebrar un acto o negocio jurídico en interés ajeno, hemos de precisar que el mandato, puede ser la “relación originante” de la representación, pero también puede originar esa facultad de representación, un contrato de servicios de trabajo, un contrato de obra, un contrato de gestión de negocios, un contrato de sociedad, entre otras modalidades contractuales.

Un ejemplo claro, es el abogado actuando en favor de su cliente, donde se han originado múltiples debates acerca de la naturaleza jurídica de esta relación por los diversos matices que envuelve.

Al respecto, el profesor Fernando REGLERO CAMPOS contribuye a aclarar que:

“dependiendo de la tarea que se encomiende al abogado, la relación que le une con su cliente podrá calificarse como contrato de arrendamiento de servicios, como contrato de obra o, incluso, como contrato de mandato. (...) el ejercicio libre de la profesión de abogado, normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que en ocasiones se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre abogado y cliente. Pero debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc. En consecuencia, para determinar el régimen de las obligaciones del abogado y, en concreto, el canon de diligencia que le es exigible, ha de acudir al Código Civil; concretamente a las normas sobre contrato de arrendamiento de servicios, sobre contrato de mandato o, en su caso, sobre contrato de obra. En cuanto al régimen de responsabilidad, debe buscarse en el propio de la específica modalidad contractual de que se trate, en el general de las obligaciones contractuales (...) (Reglero-Campos, 2007)

Por otra parte, al considerar el ámbito de la representación, esta traspasa realizar un simple “encargo” y por lo tanto, la representación se debe identificar como la «facultad» que emana no precisamente de un contrato (v. gr. contrato de mandato), sino de un *acto de apoderamiento* cuyo fin consiste en que una persona sustituya a otra en un acto o negocio jurídico frente a terceros.

En otras palabras, el mandato siempre debe ser entendido como un [«acuerdo entre dos personas»] (mandante - mandatario) entrañando así una relación jurídico bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes. No sucede lo mismo con la representación, donde estamos frente a un acto jurídico unilateral, que por su carácter voluntario (carácter voluntario del poderdante)

consiste en “designar” a una persona para que nos represente, de ahí que ese “acto de apoderamiento” o de “designación” con el que revestimos de poder a un individuo signifique un acto de legitimación para que este pueda celebrar actos con terceros en interés nuestro.

Ahora bien, si estas primeras diferencias entre mandato y representación a simple vista parecen tan claras, ¿A partir de qué momento se empiezan a desdibujar las características distintivas de ambas figuras, motivo por el cual, los juristas alemanes precisarían la esfera de las atribuciones de cada institución en el ámbito contractual?

De hecho actualmente, el Código Civil Alemán sigue innovando al dedicar una sección aunque muy breve, a la figura de la representación distinguiéndola del mandato y por lo tanto evitando equívocos en el lenguaje técnico jurídico acerca de estas dos figuras.

Por otro lado, frente a quienes defienden la idea de que el mandato y la representación responden a un mismo fin y por lo tanto son figuras semejantes ¿Merece la pena enfocarnos en hacer una diferenciación en la actualidad? cuando en la práctica a decir de muchos, parecen ser dos caras de una misma moneda constituyendo una herramienta material útil al servicio de la gestión de negocios ajenos.

Buscando una respuesta a estas interrogantes, resulta conveniente retroceder históricamente hasta el Derecho Romano, donde sólo se utilizaba el contrato de mandato para gestionar intereses ajenos, pero aun así, no se desconocía del todo la idea de la representación. Lo que ocurre es que dicha figura, no recibió un tratamiento jurídico por razón del concepto de dignidad personal que se propugnaba en aquella época en que se prohibía la idea de “sustituir a alguien” en un negocio jurídico, por tal motivo, se negó reconocimiento jurídico a la representación.

Como apunta Max KASER, en Roma “el principio de la no representación se asentaba sobre la hipótesis de que los actos jurídicos producen efectos solo en quien los realiza y no en un tercero, por lo que tampoco se admitió el contrato en favor de terceros” (Vid. *Kaser, 1974*).

Así el obstáculo al reconocimiento de la representación, se basaba en que esta sólo acontecía por vía indirecta, es decir, “la eficacia directa de lo actuado por el gestor sobre el *dominus negotii* fue extraña al *ius civile*, dada la reticencia propia del personalismo romano de imputar a una persona los efectos realizados por otra. Esta eficacia indirecta responde al sentir, en cierto modo natural, de que sólo las personas que intervienen en un acto pueden quedar afectadas por él” (Gómez-Blanes, 2016).

Frente a ese panorama, fue gracias al Derecho Canónico, que se introducirían aportes significativos al ámbito de la colaboración jurídica privada que luego le dotarían de un mayor dinamismo y consecuentemente, se aceptaría la figura de la representación de forma individualizada, es decir, separada completamente del contrato de mandato.

Tal es el caso de las disposiciones de los papas que admitían de forma general la idea de la representación como una solución práctica a muchas situaciones.

Por ejemplo, en el Código canónico, se resolvía a través de la figura de la representación el problema del clérigo ausente a quien se le tuviera que realizar la investidura del cargo. La

investidura se efectuaba por intermedio de otra persona que le “*sustituyera*” en el acto, aunque si bien de todas formas, era necesaria la ratificación del titular ausente, y antes de que se realizara tal ratificación, el obispo que confería el beneficio no podía transmitir esa investidura a otra persona (Saggese, 1933).

Otro ejemplo de los avances introducidos por el Código Canónico en materia de representación, se refleja en “los cánones 1081, 1088 y 1089 que admitían la celebración del matrimonio *-por medio de representante-*, pudiendo celebrarlo válidamente a través de un procurador mediante poder especial firmado por el poderdante y el párroco u ordinario del lugar donde se otorgará el poder” (Sánchez- Urite, 1986).

De forma tal, que con esta forma de proceder de la iglesia católica y sobre todo, ante la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico jurídico de aquella época, se fue rompiendo gradualmente la regla del Derecho Romano, de no admitir la representación en las transacciones jurídicas.

Posteriormente, tras los aportes del Derecho Canónico, comenzaron a perfilarse nuevas orientaciones jurídicas que con el pasar del tiempo darían lugar a la consolidación de la gestión representativa y originarían ciertas precisiones de carácter teórico que darían por admitida la idea de representación.

Serían las costumbres germánicas en el ámbito procesal las que originarían valiosas aportaciones por parte de los alemanes PUCHKA, IHERING, WINDSCHEID, PUFFENDORF, y sobretodo LABAND quienes esclarecieron que no debe confundirse ni identificarse mandato y representación como figuras semejantes.

A guisa de ejemplo, en el Código Civil Alemán, la representación es una institución general que comprende tanto los casos de representación legal como los que derivan de la voluntad de las partes. Su campo de aplicación, no coincide pues, con el del mandato en sentido estricto, porque la representación puede descansar tanto en la ley como en el contrato de mandato, un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de sociedad como lo hemos dicho anteriormente.

El Código Civil alemán, consagra la representación en el título 5° (párrafos 164 al 181) donde sólo la reglamenta, entiéndase bien, la representación directa ya que la indirecta, pese a la opinión de ciertos autores, es todo lo contrario de la representación” (Barrera-Graf, 1967).

Por todo ello, es partir de la contribución de la doctrina moderna alemana, que nos iremos refiriendo a las diferencias puntuales entre mandato y representación, ofreciendo valoraciones críticas de carácter práctico que nos permitan resolver ciertas confusiones que predominan en los estudiantes y abogados litigantes quienes en su lenguaje técnico jurídico, utilizan los términos mandato y representación como si se tratase de una misma figura.

Ciertamente “la representación, esquema funcional del mandato, puede escindirse o separarse del esquema estructural de esta figura y combinarse con otros diversos esquemas estructurales” (Ferrari, 1962).

Lo anterior significa, que si bien el contrato de mandato puede servir de relación causal para que surja una representación, no siempre ocurre de esta manera.

El acto de representar a alguien se puede ejercer de forma autónoma sin que exista necesariamente un contrato de mandato que le anteceda.

Tal como lo explica, Luís DÍEZ-PICAZO “el mandato puede ser la base que sustente el poder dado al mandatario precisamente para la realización de un encargo, en modo alguno se excluye que la fuente de la representación la constituya otra relación jurídica (v.gr., contrato de sociedad, contrato de trabajo. etc.)” (Díez-Picazo, 2015)

De lo anterior se desprende, que el tratamiento indistinto que suele darse al mandato y la representación, responde al criterio erróneo de que la representación es un elemento intrínseco del mandato, es decir de la esencia de este, cuestión ya superada en la doctrina moderna.

Por tal motivo, se comprende la necesidad de estudiar las generalidades del contrato de mandato por separado como lo haremos a continuación.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO

El contrato mandato, es un contrato consensual consistente en que una de las partes denominada *mandante*, confía a la otra llamada *mandatario*, la «gestión» de uno o varios de sus negocios para que se haga cargo de ellos por cuenta y riesgo del primero. Es decir, se trata de encomendar al mandatario la ejecución de actos jurídicos específicos cuyos efectos recaerán en el ámbito patrimonial del mandante.

El análisis típico de su diferencia frente a la figura de la representación, consiste en que si bien el mandatario realiza negociaciones o actos con terceros en beneficio del mandante, la relación jurídica contractual en este ámbito atañe exclusivamente a las personas que constituyeron el acuerdo, estos son: mandante y mandatario.

De lo anterior se desprende, que el mandato es una relación *intuitu personae* que se vinculará con la figura de la representación dependiendo de la modalidad que adopte el mandato, es decir si se fija un «mandato con representación» o se celebra un contrato de «mandato sin representación».

La falta de distinción entre los tipos de mandato como instrumento de gestión de negocios ajenos, origina inconvenientes para delimitar su alcance sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil. Veámoslo a continuación:

1. Representación sin mandato
 2. Mandato con representación
 3. Mandato simple o sin representación.
1. **Representación sin mandato.**

Hay representación sin mandato, cuando es la Ley la que confiere a una persona la facultad de representar y realizar actos por otra. El representante queda facultado para actuar en nombre de otro, por circunstancias relacionadas a la falta de capacidad de obrar.

Por ejemplo, la representación que ejercen los padres en virtud de la patria potestad, la tutela o cuando se trate de la designación de un abogado de oficio para que realice una defensa judicial.

Como vemos, no se trata de una representación voluntaria que nace en virtud de un *acto de apoderamiento* que realiza una persona y tampoco tiene su nacimiento en un contrato de mandato, sino que es la ley propiamente la que ante la incapacidad de obrar de un individuo o ante la existencia de bienes sin un titular, legitima a una persona para que actúe en favor de aquella legalmente incapaz.

2. Mandato con representación

Por su parte, en el mandato representativo no sólo se realiza un encargo por parte del mandatario, sino que además, este último debe ejercer funciones de representante frente a terceros, actuando siempre en nombre y por cuenta de su mandante.

Considerando lo anterior, en el *mandato con representación*, no se oculta la identidad del mandante al tercero con quien el mandatario negocia; esto implica que los efectos derivados de los contratos o los actos jurídicos celebrados por el mandatario; recaerán exclusivamente sobre la esfera jurídico patrimonial del mandante, no influyen de manera alguna en el patrimonio del mandatario.

El mandato con representación no se encuentra regulado expresamente en el Código Civil panameño, no obstante se adecua al tenor del **artículo 1416** del Código Civil que reza: “el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”. (El subrayado es nuestro).

La acotación que hace el Código civil panameño, se aproxima al hecho de que si el mandatario actúa en nombre y representación de su mandante y no oculta la identidad de este no responde frente al tercero por daño o incumplimiento contractual.

Al respecto, observamos también el artículo **1405** del Código Civil “el mandatario no puede traspasar los límites del mandato”.

3. Mandato simple o sin representación

En nuestro Derecho Positivo, el mandato simple o sin representación, se ejerce cuando el mandatario “actúa en su propio nombre, por cuenta, interés o encargo de su mandante. En este caso no se producirá vinculación entre el mandante y terceros, los cuales tendrán acciones exclusivamente contra el mandatario” (Valencia-Moreno, 2012).

Teniendo en cuenta, el Derecho comparado, un antiguo fallo de la **Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 17 de mayo de 1976**, contribuyó a observar claramente en que consiste el mandato sin representación. Al tenor de la sentencia:

“Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener al mandante como parte en el pacto, *puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte*. Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: el mandatario queda obligado a transferir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive (arts. 2182 y 2183 Código Civil); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga (artículo 2184 ibídem). En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte, "la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente ..." (LXXI, 358 y XC, 545) (Subraya la Sala).”

Algunos autores, han llamado al mandato sin representación o mandato oculto, *representación indirecta* como lo mencionamos al inicio, que consiste en que el mandatario no contrata, ni obra en nombre y por cuenta de su mandante, aunque, si lo hace en interés de este último.

Del examen de esta modalidad de mandato, observamos que el mandatario actúa procurando que los terceros piensen que está actuando en su propio nombre, de ahí que los actos jurídicos que lleve a cabo surtirán efectos únicamente sobre él, pero más tarde los beneficios deberá traspasarlos a su mandante. El objetivo de este tipo de mandato es precisamente: *ocultar la identidad del mandante*.

El **artículo 1408** del Código civil panameño, dispone “cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. (...) Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”.

Siguiendo esta línea, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, prestan atención a dos situaciones:

- Quien contrata con el mandatario sabe que está actuando a nombre de un tercero, como sucede con el contrato de comisión (Derecho comercial). Por ejemplo, yo me dirijo a un corredor de frutos del país a comprar una partida de trigo: sé que el trigo no es del

comisionista, sino de un tercero; pero en realidad el contrato se celebra entre el comisionista y yo.

- *En otros casos el mandato se oculta. El que contrata con una persona cree que contrata directamente con ella, cuando en el fondo no es sino un mandatario que obra por cuenta ajena. El mandante aquí, por diversas razones, puede tener interés en no dar a saber a terceros que la operación se celebra por su cuenta* (Alessandrini-Rodríguez & Somarriba-Undurraga, 1992).

En el Derecho francés, el mandato sin representación, es conocido como convención de «prête-nomo» que según Philippe le TOURNEAU, consiste en que “alguien le promete a otra persona que actuará en su nombre ocultando ese hecho, y sugiriendo que contrata para sí mismo. Esta convención se usa cuando la persona está realmente interesada en no aparecer en la operación prevista (o no tiene derecho a aparecer: (si no tiene derecho a aparecer: en este caso, el mecanismo es fraudulento)” (Le Tourneau, 2006)

Como se ve, el mandato sin representación como figura dinámica en el ámbito de los negocios jurídicos, suele ser utilizada para instrumentar aquello que Mario A. ZINNY denomina “*finis non sanctos*” de quien pretende defraudar a sus acreedores” (Zinny, 2011).

Sin embargo, correspondería distinguir si existe un objeto lícito o no, ya que esta modalidad de mandato, puede ser utilizada para eludir el cumplimiento de una obligación, u ocultar el mandato por acontecimientos familiares, evitar el pago de impuestos, u otras situaciones que puedan viciar el contrato y hacerlo anulable. Todo depende de la circunstancia específica en la que se plantee.

En cambio si el objeto carece de ilicitud, se preservan las acciones que el ordenamiento jurídico pone a disposición del mandante y el mandatario. Cabría analizar las acciones con las que cuenta el tercero ante la dificultad de identificar en favor de quien realmente se ha hecho la operación o negocio, e incluso si se actuó de mala fe.

Finalmente, hay quienes señalan que existe mandato sin representación, por ejemplo en el ámbito comercial, es el supuesto de los representantes de casas comerciales a quienes se les conoce como comisionista propio.

3.1 PRECISIONES EN TORNO A MANDATO CIVIL Y MANDATO MERCANTIL

En la esfera del mandato civil, es importante distinguirlo del mandato mercantil o comisión como realmente debe llamársele.

Ambos pretenden la gestión de un negocio ajeno, pero hay que detenerse a evaluar los siguientes aspectos:

1. El mandato civil, es celebrado para ejecutar actos de carácter civil o procesal; en cambio el contrato de comisión tiene como objeto actos de comercio.

2. El contrato de mandato de civil puede ser gratuito u oneroso, en cambio el contrato de comisión siempre se presume oneroso, pues quien realiza la gestión de un negocio ajeno siempre será una persona que se dedica habitualmente a ello.

IV. LA REPRESENTACIÓN

Centrando ahora nuestra atención en la representación, es la actuación de una persona denominada representante quien actúa en nombre y por cuenta de otra persona llamada representado, otorgándosele total eficacia para llevar a cabo actos o negocios jurídicos con terceros.

La representación es una figura amplia que permite más que realizar un encargo como acontece en el mandato, la posibilidad de emitir una declaración de voluntad frente a terceros.

Sobre su utilidad práctica, “permite no sólo actuar jurídicamente en varios lugares a la vez a través del “apoderado” o “representante”, sino que en el caso de las personas incapaces, “les permite actuar válidamente a través de sus representantes legítimos, pues a las personas físicas sin capacidad de ejercicio, en el supuesto de que no existieran sus representantes, equivaldría al desconocerles su calidad de sujetos de derechos y obligaciones” (Barrera- Zamorrategui, 1994).

La representación se clasifica de la siguiente forma:

- **Representación legal:** opera para los supuestos incapacidad de obrar, en que la ley permite actuar por intermedio de otra persona que le sustituya. Es el caso de la patria potestad y la tutela, o en el ámbito de judicial, aquel defensor de oficio o defensor de ausente nombrado por autoridad competente, con miras a que el proceso se realice con fundamento a los principios de contradictorio y debido proceso.
- **Representación voluntaria o representación directa:** esta modalidad, ocurre cuando el representado, voluntariamente designa a una persona para que actúe en su nombre frente a terceros. Este tipo de representación emana del acto de apoderamiento que se materializa en un documento denominado *poder* el cual no sólo delimita el alcance de las atribuciones con las que cuenta el representante, sino que constituye el contenido mismo de la representación.

V. PODER, ACTO DE APODERAMIENTO Y PODER DE REPRESENTACIÓN.

Si tan sólo nos limitásemos a hablar de representación, sin precisar de donde emana la misma, no sería fácil visualizar el alcance de las atribuciones que implica para el apoderado, ni determinar si habría o no solidaridad de este frente a las responsabilidades que emanen de las negociaciones o actos jurídicos que efectuó con terceros a nombre ajeno.

Como fundamento de lo anterior, debemos comprender que el “*acto de apoderamiento*”, como acto unilateral y discrecional del poderdante recae sobre la persona a quien este ha seleccionado y le faculta para que le represente en un negocio, salvo en aquellos casos en que la representación no

derive de un acto de voluntad de la persona, sino de la propia ley, tratándose pues, como lo señalamos anteriormente de una representación legal que se da en circunstancias muy específicas como la representación del hijo que por ser menor es incapaz.

Una vez efectuado el acto de apoderamiento y sobretodo materializado a través de un escrito denominado poder, nace entonces lo que se conoce como “poder de representación”.

No obstante, puede suceder que no se haya designado al representante mediante un poder, pero lo actuado por este con los terceros luego sea ratificado por el poderdante otorgando plena validez a su actuación.

Creemos necesario, aportar las consideraciones de Luís DÍEZ-PICAZO en torno al carácter recepticio del poder otorgado al representante al señalar que “en materia de apoderamiento, hay que llegar a la conclusión de que el carácter recepticio no es condición de la existencia, sino condición de la eficacia. El apoderamiento existe desde que el poderdante emite su declaración de voluntad y puede, por consiguiente, ser eficaz, con tal que llegue a ser conocido, y en principio, cualquiera que sea el modo o el medio por el que se este conocimiento se produzca” (Díez-Picazo, 1992)

Así pues, en defensa de las diferencias entre mandato y representación, a continuación indicaremos otras razones de carácter práctico por las que no conviene confundir dichas nociones a pesar de que muchas veces estas figuras suelen coincidir.

1. El mandato a diferencia de la representación, tiene su origen en el plano contractual, de ahí que si observamos el **artículo 1400** del Código Civil define al mandato como aquel “*contrato*” que obliga una persona.

No sucede lo mismo en la representación, que deviene de un acto “voluntario” de apoderamiento, un poder otorgado a una persona para que actúe frente a terceros. También la representación puede tener su origen en la misma ley (representación legal) y de igual forma se habla de la representación judicial, que emana de sentencia judicial. El mandato por ser un contrato, nunca tendrá como fuente directa la ley o una sentencia judicial como sucede en la representación.

2. La representación tiene mayor alcance que el mandato dado que interesa a la *Teoría general del acto jurídico*, mientras que el mandato queda siempre rezagado a la esfera clásica del Derecho contractual.
3. Otro aspecto de especial atención, es que el mandato es tan solo la obligación que tiene el mandatario de cumplir un encargo de acuerdo a los términos señalados en el contrato. En cambio, el acto apoderamiento del cual deviene la figura de la representación, confiere al apoderado la “potestad de representar” los intereses del poderdante frente a terceros, con la facultad de emitir incluso una declaración de voluntad. La representación conlleva, un acto de facultamiento unilateral que ejerce el poderdante y que legitima al apoderado para

traspasar las fronteras de una relación estrictamente interna como la que acontece entre el mandante y el mandatario.

4. Otra nota distintiva, consiste en que el mandato es un contrato de contenido obligacional, el “apoderamiento” en cambio es un negocio no vinculante. Esto significa, que el fin del mandato es crear obligaciones, en cambio en la representación es otorgar una “potestad” (poder de representación). De ahí que en el contrato de mandato, si el mandatario no desempeña en debida forma sus funciones se hable de incumplimiento contractual y en la representación en cambio, se trata de abuso de los poderes atribuidos al representante que pueden llegar a originar en determinadas circunstancias responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de sus funciones.
5. Otra diferencia es que la figura de la representación, no requiere como causa manifiesta el contrato de mandato; se trata de un negocio independiente del mandato, que puede estar desligado de esa relación básica.

VI. LA CUESTIÓN DEL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO.

Desde un punto de vista normativo, nuestro Código civil no despeja la confusión entre mandato y representación, sino que a partir del artículo 1400, regula el contrato de mandato, pero no dedica ninguna de sus secciones al tratamiento específico de la representación.

Lo anterior, es debido a que el legislador, siguió el modelo del Código Civil Español, que a su vez, tomó como guía las orientaciones trazadas por el Código Napoleónico, que consideraba a la representación no como un elemento de la naturaleza del mandato, sino como un elemento esencial de este, es decir el mandato no podía desligarse de la representación.

Para Wendell H. HOLMES, es precisamente este aspecto, lo que distingue al Código Civil Alemán frente a los códigos civiles como el nuestro, que no han contemplado esta diferenciación práctica.

El autor señala que como “resultado de la influencia del trabajo de Paul LABAND, un erudito alemán del siglo XIX, el Código Civil alemán y todos los códigos civiles influenciados por este adoptan una clara distinción entre la atribución del poder de representación (Vollmacht), por un lado, y la relación subyacente entre el representante y el representado, por otro lado. El primero es un acto jurídico unilateral, mientras que el segundo es un acto jurídico bilateral: un contrato. Ese contrato puede ser un mandato, que en estos códigos no implica por sí solo poderes representativos, una sociedad, un contrato de trabajo, un contrato de servicios o cualquier otro contrato similar. Esta separación de la representación del mandato es considerada por algunos autores alemanes como uno de los mayores logros del derecho civil moderno” (Wendell & Symeonides,, 1999).

Tratándose de la representación, destacamos los señalamientos de Angelo NATTINI, quien observando las doctrinas pandectistas desde LABAND hasta HUPKA, expresa que “la ciencia

jurídica alemana en aquel gran proceso de revisión que realizó en el siglo pasado, anatomizando las relaciones que nos interesan, llegó a individualizar los conceptos de representación y de mandato, y el código civil del imperio respondía a las exigencias doctrinales consagrando párrafos distintos a la representación en general, al poder y al mandato” concluyendo que “no se debe “confundir el acto de otorgamiento de poder de representación con la relación jurídica que constituye su lado interno” (Ranieri, 2015).

Nos será preciso, en cambio, observar el Código Civil panameño, que brinda un tratamiento indistinto al mandato y la representación, pues cuando nada se establezca en el contrato de mandato acerca de si conlleva o no representación en la práctica se entiende implícita.

Según el civilista panameño Dulio ARROYO CAMACHO se evidencia que “de varias de las disposiciones del Código civil panameño (v.gr. los arts. 1,404, 1416, 1418, 1424, 1425, 1429, etc.) resulta que por el solo ministerio de la ley, y salvo pacto el mandatario tiene poder de representación, de manera que puede actuar en representación del mandante, *sin que sea necesario que éste expresamente le otorgue dicho poder como dispone el C.C soviético (art.264)*. En nuestro ordenamiento jurídico, basta con que el mandatario pruebe la existencia del mandato, para que se entienda que por ley está facultado para representar al mandante, a no ser que haya pacto expreso en contrario”.

A pesar de que el Código Civil panameño, fija el contrato de mandato con una implícita representación, establece límites muy claros.

Por ejemplo en el marco del Derecho sucesoral panameño, el artículo 702 del CC dice: “el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

VII. JURISPRUDENCIA.

De la mano de la jurisprudencia, vamos a identificar algunos presupuestos prácticos del contrato de mandato frente a la figura de la representación que nos permitirá observar los errores más frecuentes que se comenten en su tratamiento jurídico.

Como hemos visto, Panamá posee una clara regulación del mandato a partir del artículo 1400 del Código Civil sin embargo, en el ámbito bancario en algunas ocasiones, en vez de utilizar las normas establecidas en el Código de Comercio suele invocarse el Código Civil. Observamos *l'affaire* Banco Cafetero Panamá, S.A recurriendo en casación contra el Banco Exterior De los Andes y de España, S.A, **Sentencia de 27 de febrero de 1996** de la Sala de lo Civil.

En este caso, a propósito de la validez del *-telex* -como forma de pago internacional asimilable al contrato de mandato; analizamos un litigio que inicia cuando EXTEBANDES afirma que una transacción de *telex*, es equivalente un mandato irrevocable que genera derechos y obligaciones para las partes en el contrato, ya que por instrucciones del Banco Cafetero de Panamá expidió el 26 de noviembre de 1986, una transferencia por conducto de BANKERS BANK-NEW YORK al BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S. A. por la suma de US \$140,000.00

para el crédito final de la cuenta N° 3030.429Z, a nombre de la empresa RIBIAK, S. A. Madrid-España."

En base a estos hechos, la parte actora califica esta operación como obedecer una "orden de pago" o "mandato" cuando el 28 de noviembre de 1986 EXTEBANDES procede a abonar la suma indicada a la cuenta de la empresa RIBIAK, S. A. Madrid-España."

Frente a ello la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá señaló claramente: "Se debe hacer notar que el banco receptor (del beneficiario) excedió las prácticas y costumbres bancarias haciendo un acreditamiento a la cuenta de su cliente, RIVIAK, S. A., antes que tuviera la obligación de hacerlo, incurriendo en un riesgo que no se encuentra respaldado por relaciones de orden contractual con el banco remitente o iniciador ni por las prácticas o costumbres bancarias. Como consecuencia debemos concluir que el banco EXTEBANDES-MADRID, al acreditar la suma de B/.140,000.00 a la cuenta de su cliente RIVIAK, S. A., lo hizo otorgándole un crédito a su propio riesgo por el que no tiene que responder el banco expedidor del iniciador, o sea el BANCOCAFETERO PANAMÁ, S. A. (...) A propósito del **artículo 1400** en que la parte actora buscaba aplicar las normas del Código Civil alegando que ese "telex" constituía un mandato irrevocable que generaba derechos y obligaciones; la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá sostiene que por la particularidad de esta operación se aplican la costumbre y los acuerdos interbancarios no el Código Civil al decir que en primera y segunda instancia:

"esta norma, reguladora del mandato fue aplicada analógica y equivocadamente a una relación distinta de la que regula". Se acusa al tribunal de primera y segunda instancia, de confundir dicho mandato con la relación mercantil que se produjo en este caso, verificada entre banco y banco, que guarda relación con la transferencia bancaria que es en nuestro ordenamiento jurídico un contrato innominado y que requiere para su realización un contrato de corresponsalía entre bancos, en el cual necesariamente se exige que las instituciones establezcan claves. Es decir, que estas transferencias son una forma de remesas de fondos al extranjero, que implican corresponsalía entre el banco ordenante y el banco receptor. Lo anterior parte del supuesto de que las relaciones para tal efecto, entre banco y banco, se rigen por los contratos de corresponsalía. Y, a nivel internacional, por la práctica bancaria incorporada al Documento 400 de la Cámara de Comercio Internacional.

En este caso también se quiso aplicar lo normado en el **artículo 1419** del Código Civil que señala:

"El mandante debe anticipar al mandatario si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación."

Sin embargo, la Corte fue enfática al decir: "que no se aplica lo señalado en este artículo relacionado al mandato, a una relación compleja que implica su ejecución por medios modernos, como es la que se ventila en este caso, (...) Son relaciones distintas; de allí que no se pueden aplicar las reglas simplistas del mandato, que involucra a sólo dos partes, a la transferencia bancaria que requiere más de dos: el cliente, el Banco ordenante, el Banco receptor y el cliente de éste último y, en el caso bajo estudio, adicionalmente a dos bancos corresponsales." Y añade que en Panamá "no

existe una ley específica o un conjunto de disposiciones dentro de un Código de Derecho Privado que tipifique y regule los contratos bancarios y las operaciones que ellos generan. En principio se piensa, como lo hizo el Ad-quem, en la aplicación de la legislación común como el Código Civil que regula los arquetipos fundamentales y el Código de Comercio que apenas se refieren a algunos.

Por ello, como en otros países, algunos de estos contratos y operaciones bancarias han sido regulados y reglamentados por ciertas entidades, especialmente cuando media la internacionalización en el respectivo negocio jurídico, debido a lo cual se hace necesario asimilar e invocar reglas y usos uniformes que constituyen una costumbre internacional, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional y que han sido prohijadas y difundidas por organismos internos como lo es, en nuestro medio, la Asociación Bancaria de Panamá que emite Acuerdos al respecto, pero que aún no han sido incorporados formalmente a la legislación interna nacional. El fenómeno, en términos generales, ha sido recogido en nuestro Código de Comercio cuando se refiere en su artículo 5° a las fuentes del derecho mercantil, estableciendo que si las cuestiones relativas a derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas por la ley comercial ni por casos análogos en ella previstos, "serán decididos con arreglo a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza"; y en defecto de ello se estará a lo que preceptúa el derecho civil. (Énfasis subrayado de la Corte).

Por otro lado, observamos los problemas en torno a la concurrencia de formalidades legales para la validez del contrato de mandato.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá ha tenido oportunidad de contribuir a dilucidar este problema práctico. En **sentencia de 25 de febrero de 2014**, se discute el presunto delito que cometió el mandatario contra el patrimonio del mandante, en la modalidad de estafa y apropiación indebida ya que supuestamente había incumplido, las obligaciones que emanaban del contrato de mandato.

La parte demandante aportó como prueba el contrato de mandato donde se señalaba cada una de las obligaciones del mandatario, ante lo cual, el mandatario decidió atacar la validez de ese contrato asumiendo que para integrarse como prueba en el proceso, debía cumplir con los procedimientos que establece la Ley y por lo tanto carecía de validez. Al respecto la corte señaló:

En este tipo de contratos no se requiere para su validez, ser expedidos en una notaría, pueden ser emitidos en forma tácita, o expresa. El querellante aportó el original del contrato para que se cotejara con la copia reproducida, y, el mandatario, reconoció el documento, y no negó la existencia del mismo. Encuentra la Sala, que en efecto la sentencia de segunda instancia hace mención de los testimonios de la querellante, no obstante a eso, la sentencia se apoya en el Contrato de Mandato celebrado entre la querellante y el mandatario en el informe de auditoría y en la propia declaración del mandatario quien sólo excepcionó en su favor el "haber usado parte del dinero que se le entregó con un propósito distinto...sin embargo no aportó constancia alguna que probara sus excepciones".

En relación a este fallo, hay que observar el artículo 1401 del Código Civil ya que el contrato de mandato puede ser expreso, es decir puede darse por instrumento público o privado, o incluso puede ser palabra. En este sentido, el contrato de mandato no requiere, para su perfeccionamiento que sea otorgado mediante una escritura pública, pues basta el consentimiento del mandatario y la

aceptación del mandante, para que surta efectos legales como lo señala el artículo 1131 del Código Judicial.

Otra de los aspectos, acerca del cual la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse, es lo concerniente al derecho del mandante, de recibir del mandatario, una rendición de cuentas clara, sustentada y específica; y también saber lo que ocurre ante al fallecimiento del mandante.

Así observamos la **Sentencia de 14 de diciembre de 2000**, de la Sala de lo civil, donde la Corte dijo: “la obligación producto del mandato no se extinguió en este caso al ocurrir la muerte del mandante, debido a que los mandatarios no se enteraron y desconocían ese suceso, entonces, la obligación se mantuvo también vigente con todas sus consecuencias y efectos, entre los cuales resulta primordial el de rendir cuentas a la heredera del mandante por toda la gestión que realizaron mientras el contrato de mandato estuvo vigente”.

7. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, se puede advertir que en el contrato de mandato las facultades de gestionar intereses ajenos nacen de la esfera contractual, en la representación la facultad de actuar en interés ajeno deriva de un acuerdo entre las partes (poderdante- apoderado), pero también de la Ley o incluso emanar de una decisión judicial. Así podemos afirmar, que es incorrecto identificar que la fuente de la representación es siempre un contrato de mandato pues son negocios de gestión distintos.

El mandato se limita a la esfera de quienes suscribieron el contrato, en cambio la actuación del representante se da con y frente a terceros por lo cual resulta una *relación no contractual* que deriva de un “*acto de apoderamiento*” materializado en un poder por lo cual su espectro de actuación es más amplio.

8. Bibliografía

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. & SOMARRIBA UNDURRAGA, M. 1992. *Derecho Civil, Contratos*, Tomo I, Imprenta Universal, Santiago de Chile. Pág.538.

BARRERA GRAF, J. 1967. *La representación voluntaria en derecho privado, representación de sociedades*, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México. Pág. 15.

DÍEZ-PICAZO, L. & Gullón, A. 2015. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*, Editorial Tecnos, Madrid. Pág. 421.

FERRARI, S. 1962. *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano.

GÓMEZ BLANES, P. 2016. “Efectos de la actuación en interés ajeno: una aportación a la doctrina de la representación jurídica, Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N°. 74. Pág. 356.

- LE TOURNEAU, P. 2006. *Mandat*, Rép. civ. Dalloz. Pág. 17.
- SAGGESE, F. *La rappresentanza*, núm. 3, Imprenta Napoli, N. Jovene, 1933. Pág.7.
- SÁNCHEZ URITE, E. A. 1986. *Mandato y Representación*, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina. Pág.16.
- RANIERI, F. 2015. “Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico” en *Revista de derecho privado*. N. ° 28, enero – junio. Págs. 13 a 43
- REGLERO CAMPOS, L. F. 2007, *La responsabilidad civil de los abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, N° 11, págs. 788-789.
- VALENCIA MORENO, A. 2012. Los Principales contratos civiles, Tercera edición, Editora Novo Art, S.A. Pág. 212.
- KASER, M. 1974. Stellvertretung und notwendige, Entgeltlichkeit” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Volume 91. Publicado Online en: <https://doi.org/10.7767/zrgra.1974.91.1.146>
- ZINNY, M. A. 2011 “Mandato, apoderamiento y poder de representación” en *Revista del Notariado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo, año 114, 903, Págs. 21 y 22.
- WENDELL, H. & Symeonides, S.C. 1999 "Representation, Mandate, and Agency: A Kommentar on Louisiana's New Law". *Journal Articles*. Louisiana State University Law Center LSU Law Digital Commons: http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/268 Pág. 1107

Lidia Karina Mercado:

(*) *Magíster en Derecho Privado Patrimonial*
Doctoranda en Derecho Privado, Universidad de Salamanca (España)
Abogada por la Universidad de Panamá
Correo electrónico: lkmercadob@gmail.com

Recibido: 12 de octubre de 2018

Aprobado: 22 de octubre de 2018

