

EL CONTRATO DE MANDATO: SU TRATAMIENTO EN LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO

CONTRATO DE MANDATO: TRATAMIENTO EN LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO

AUTORES: Gretel Allen Ramos¹
Maritza Cuenca Díaz²
Pedro Pablo Pihuave Mendoza³

DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: micheflo2015@gmail.com

Fecha de recepción: 18 - 04 - 2016

Fecha de aceptación: 07 - 06 - 2016

RESUMEN

El contrato de Mandato es un instrumento jurídico que establece una relación civil determinada y que en la legislación ecuatoriana alcanza las actividades que prestan los servicios profesionales, por tanto establece el vínculo que se establece entre el abogado y el cliente, regido desde la figura jurídica del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, bajo el principio "Intuitio Personae". No obstante, a pesar de su uso frecuente existen una serie de errores en su aplicación que no permiten que las partes implicadas en el mismo tomen plena conciencia de sus derechos y obligaciones y por lo tanto incumplan. En consecuencia, en el artículo se enfatiza en la necesidad de atender en el proceso de formación de abogado esta figura jurídica, enfatizando en la forma en que se utiliza, se destaca así la conveniencia de apelar a la forma escrita en actividades docentes que permiten su ejercitación y consecuente perfeccionamiento y se establece su relación y diferencia con el contrato de representación con el cual suele confundirse. De este modo, conocer sus reglas, esencia, estructura, y formas de uso se constituye en un requisito sine qua non para los estudiosos del derecho y los encargados de aplicarlo.

PALABRAS CLAVES: mandato; contrato; estado legal; seguridad jurídica.

THE MANDATE AGREEMENT ITS TREATMENT IN THE TRAINING OF PROFESSIONALS

ABSTRACT

The contract as a legal instrument in a given civil relation, specifically in activities that provide professional service, especially the services of legal

¹ Profesora Titular en Universidad Regional Autónoma de los Andes, Extensión Santo Domingo, Ecuador. Master en Derecho Laboral y Seguridad Social.

² Profesora Titular en Universidad Regional Autónoma de los Andes, Extensión Santo Domingo, Ecuador. Master en Educación y Doctora en Ciencias Pedagógicas. E-mail: cmaritzamilagros@yahoo.es

³ Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. Diplomado en Derecho Procesal Penal. Magister en Derecho Internacional Privado. Abogado de los Tribunales del Ecuador. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Ecuador. E-mail: pihuavep@fiscalia.gob.ec

representation, is regulated by Ecuadorian law by the current Civil Code, in the Contract of mandate the additional condition that must govern the civil relationship established between the attorney-client is expressed, under the principle "*Intuito Personae*". The Contract is the direct source of rights and obligations. According to the doctrine the legal nature of the Contract of mandate can be considered as dual or mixed, if, of course, the attorney-client relationship is governed by the legal form of a lease of intangible services and application of rules in the Contract of mandate. Knowing its rules, the essence, the structure and use today is one of the obligations of law scholars and executors, the purpose for which the following article is presented.

KEYWORDS: Mandate, Order, Contract, legal status, law security.

INTRODUCCIÓN

Para el Derecho Romano el término mandato (*mandatum*) deriva de *mandare*, de *manum dare*, que significa literalmente confiar una cosa a otro, y más ampliamente dar un encargo o una orden a otro. *Manum dare* alude a la fidelidad amistosa que entraña el "dar la mano", en sentido figurado implica transmitir el propio poder como prolongación de su personalidad jurídica; que no significa otra cosa que entregar nuestra confianza a otro.

Así etimológicamente el mandato se asocia a una leyenda, que cuenta que la diosa Fides habitaba en el cuenco de la mano, el nombre de esta diosa traducido directamente del latín significa «fe», «confianza», «lealtad») era, en la mitología romana, la diosa de la confianza. Su templo, conservaba los tratados estatales con países extranjeros, como señal de protección. (Ortega, 2007)

Esta concepción gestada en el Derecho Romano sobre Contrato de Mandato, tiene su expresión en el artículo 2020, del Código Civil Ecuatoriano, que lo define como el contrato "... por el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se haga cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". (Código Civil, 2015)

La referida figura jurídica se aviene a una más general que es el contrato, considerado como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito que se manifiesta entre dos o más personas con capacidad legal (llamadas partes del contrato) que se obligan o regulan las relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca. Por consiguiente, se considera como algo que es una obra libre y espontánea de las partes. Para que exista contrato, debe existir consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre, cuando alguna de estas cualidades o condiciones no se da, se dice que se encuentra viciado, pues existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación.

El contrato como figura o institución, dentro del derecho, posee una connotación básica en la conformación de cualquier sistema u ordenamiento jurídico de prácticamente cualquier Estado contemporáneo existente en la actualidad. En consecuencia, es necesario acudir al contrato para que la

realización de una operación, en una relación jurídica, alcance el efecto de acuerdo y comporte un compromiso de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por ello, el contrato es, junto a la ley, la fuente principal de las obligaciones y constituye, por tanto, un tipo específico de negocio jurídico. Esto conduce a considerarlo como un acto jurídico bilateral (negocio jurídico), que origina, modifica o extingue una obligación.

En la actividad jurídica que se desarrolla por los Abogados, es un instrumento legal que debe estar regido por la ley o código sustantivo civil, razón por lo cual debe ser utilizado para la formalización de las relaciones civiles que se realizan de manera formal y legal en la relación abogado-cliente.

En la práctica jurídica se comenten muchos errores en relación con el contrato de mandato, que en muchas ocasiones tiende a realizarse solo en su versión oral y a confundirse con la representación legal, algo que desde el proceso de formación de los profesionales del derecho debe atenderse consecuentemente, pues este tipo de contrato debe ser utilizado en las relaciones que establecen los abogados con sus clientes a fin de brindar mayor justeza, transparencia y garantía en los servicios profesionales que se brindan. De este modo, en el artículo se reflexiona sobre esta controvertida temática y se presentan algunas experiencias de su tratamiento en actividades docentes en las que se apela a simulaciones que promueven el análisis, las comparaciones y el desarrollo de ejercicios prácticos relacionados con los contratos de mandato.

DESARROLLO

I. El Contrato de Mandato. Generalidades

La figura jurídica del contrato de mandato en la antigüedad y actualidad supone que el mandatario actúe con total responsabilidad, diligencia y Buena Fe; por tanto tiene como características distintivas las siguientes:

- a) Es un contrato consensual: porque se perfecciona por acuerdo de voluntades.
- b) Sinalagmático imperfecto: porque a pesar que nacen como unilaterales, durante su ejecución se generan nuevas obligaciones para aquella de las partes que originariamente no contrajo obligación alguna. Sin embargo, este hecho no lo transforma en bilateral.
- c) De buena fe muy acusada, en que una de las partes (mandatario) promete realizar gratuitamente un encargo que le había sido encomendado por la otra parte (mandante).

Desde esta perspectiva el Contrato de Mandato aparece refrendado el en ya mencionado cuerpo legal ecuatoriano, sin embargo es importante acotar que en el mismo se distinguen las diferentes clases de contratos y se dispone que el de mandato aunque puede ser gratuito, también puede ser remunerado, con lo que se rompe con la tradición romana en la que la figura del mandato, aparece desprovista de toda naturaleza onerosa.

Cuestión no menos importante es el tema relacionado con la forma que debe ser adoptada por el contrato de mandato. En el artículo 2027, del precitado cuerpo legal, se dispone muy atinadamente la voluntad del legislador de que en tales contratos, el objeto del mismo: el encargo, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, quedando aparentemente a la voluntad de las partes la libertad para escoger la forma del mismo, sin embargo cuando se trata de probar, no el contrato sino el acto de apoderamiento o conferimiento de poderes por el mandante al mandatario, aquellos deben constituirse de forma solemne, algo que resulta entonces contradictorio, pues es obvio que la prueba no es libre y debe en consecuencia consistir en escritura pública en atención a lo dispuesto en el artículo 1726 que dispone que deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.

Lo anterior apunta entonces a la necesidad de considerar la escritura como una vía que se constituye en una prueba jurídica para las partes, lo cual indica que no debe entonces considerarse como una opción sino como un requerimiento que los profesionales del derecho deben cumplir y por tanto desde el proceso formativo habrán de prepararse en este sentido.

El hecho de que una de las características del mandato sea sinalagmático imperfecto, significa que aunque normalmente sólo surgen obligaciones para el mandatario, eventualmente podían también surgir para el mandante, esto constituye la causa principal por la que las partes opten por la forma escrita para su efectividad, así como también la buena fe acusada en este tipo de contrato, ya que se funda en la "confianza" existente entre mandante y mandatario, así quedarían detalladas y bien estipuladas las obligaciones de las partes para cada acto de administración así como estarían clara y expresamente estas, sin que cada parte pueda alegar posteriormente causales de futuros litigios. En síntesis, la forma escrita de este contrato previene la aparición de conflictos relacionados con el incumplimiento de las responsabilidades, algo que puede incluso darse por desconocimiento o porque la otra parte pensó que era obvio y que sin lugar a dudas debió cumplirse.

Mayormente el objeto del mandato está constituido por uno o más negocios del mandante, que este confía o encarga al mandatario para que los lleve a cabo. ¿A qué clases de negocios se hace referencia? La doctrina no da una respuesta unánime a estas interrogantes: Para algunos tratadistas, el objeto del mandato no puede consistir sino en negocios jurídicos, esto es, en actos que tengan por fin la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, no puede ser objeto suyo, pues la ejecución de actos de otra clase, según este criterio, puede constituir materia de contratos distintos, como el de trabajo, el arrendamiento de obra, etc. Para otros tratadistas el objeto del mandato puede ser tanto la celebración de actos jurídicos como la ejecución de actos materiales. (Cortese & Ferrary, 2006)

II. *Consideraciones sobre el Contrato Mandato en el Código Civil Ecuatoriano.*

El artículo 2022, del Código Civil Ecuatoriano, regula los servicios profesionales y expresamente para su regulación remite a la figura del Contrato de Mandato, que según el criterio de los autores debería tener, como forma para su celebración la escrita, especialmente cuando se trata de las relaciones entre abogado cliente, en consecuencia en el proceso de formación de estos profesionales los docentes deben atender no solo el contenido del contrato de mandato desde los tipos de encargo sino también prestar atención a la forma y de manera muy especial a la escrita.

La forma es el modo en que las partes expresan su voluntad de celebrar el contrato. Los romanos prestaron especial atención a esta categoría y distinguieron las formas expresas y tácitas; las primeras tienen una manifestación exterior, mientras que las segundas se infieren del comportamiento de las partes.

Entre las formas expresas pueden hallarse la oral, expresada por medio de palabras habladas (Quiero celebrar el contrato). En Roma los contratos verbales estaban rodeados de solemnidades, y algunos, como la Sposio, requerían la pronunciación de determinadas palabras solemnes (-Spodes? -Spondeo) que solo podían usar los ciudadanos romanos. La escrita, como forma expresa, es cuando las partes suscribían un documento privado firmado por ellas o público con intervención de un funcionario, actualmente, un notario. Los romanos también consideraban forma expresa a los signos inequívocos: por ejemplo, asentir con la cabeza, era considerado un sí.

Las formas tácitas, ocurren cuando sin que la o las partes, manifiesten su voluntad de contratar mediante el uso de las palabras y comienzan la ejecución del contrato mediante acciones que indican la voluntad de mantener o consumir determinada relación, que pudiera darse en el proceso de compra y venta, en la que se toma una mercancía de una tienda o mercado y se entrega el dinero correspondiente sin mediar palabra.

Actualmente no hay motivo para no seguir usando esa clasificación, con las salvedades correspondientes y sobre todo en actos jurídicos que revisten gran importancia por sus consecuencias y trascendencias.

La forma en los contratos hoy tiene particular importancia pues se relaciona directamente con las posibilidades de tener pruebas más o menos contundentes. Hay contratos no formales, o sea, que admiten cualquier forma para su constitución, pero las partes prefieren hacerlo por escrito, para que en caso de incumplimiento, ese sea el medio probatorio, ya que perfeccionado oralmente, la prueba deberá hacerse fundamentalmente por testigos, que pueden contradecirse, según sean de una u otra parte. La utilización de la forma escrita reviste más importancia aun cuando hablamos de seguridad jurídica en materia contractual, el principio de seguridad jurídica, en cualquier sistema jurídico juega un papel fundamental, sobre todo para que las partes tengan plena certeza de los actos a los que se obligan, desde antes, durante y

posterior a la vigencia y ejecución del contrato, por ello la referencia a la seguridad jurídica en el contexto contractual, ya que para asegurar el verdadero derecho de los contratantes, es necesario saber que la seguridad jurídica no solo debe llamarse así, sino que debe denominarse certeza ordenadora, lo que implica que los contratos se apeguen a la ley, sean claros e inteligibles.

En correspondencia con lo anteriormente expresado en el proceso de formación de los profesionales del derecho es importante dedicar actividades prácticas que permitan que los estudiantes adviertan las diferentes formas en la que se puede realizar el contrato por mandato en la relación abogado cliente, para ello resulta necesario que se tomen como ejemplo casos reales y se analicen los efectos de las mismas, de igual modo podrán realizarse simulaciones que le permitan ejercitarse en la confección de este tipo de contrato. Para el ello los docentes deben insistir en que deben tomar en cuenta la estructura y contenido requerido para este tipo de contrato considerando lo establecido en ley, sin que implique límites a la autonomía de la voluntad de las partes.

III. La representación legal y su relación con el contrato de mandato

La representación legal surge de una situación jurídica prevista en la ley que, en algunos casos, como en la patria potestad o ante la presencia de alguna incapacidad se impone; en otros, resulta de una declaración judicial, como en el caso de la desaparición. De este modo, es la propia ley la que establece las modalidades de esta representación según los supuestos previstos para cada situación, de la que se genera la necesidad de la cautela de los intereses de los sujetos inmersos en esa situación y es por eso que la misma ley precisa los poderes del representante y sus limitaciones. De ahí, que el ejercicio de esta representación sea obligatorio, precisamente, por estar basada en el imperativo de la ley y en su función tuitiva.

La denominación de representación legal ha dado lugar a varias observaciones por ejemplo, que el adjetivo legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea siempre hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad de decidir para hacerse representar, es decir, que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de una persona física que preste el consentimiento en su lugar.

La representación legal, también llamada necesaria, no se genera en un acto jurídico que de creación a una relación jurídica entre el representante y el representado, o entre el mandante o mandatario, como ocurre en la representación voluntaria, por cuanto tiene su origen en la ley, así lo precisa el artículo 2022 del Código Civil Ecuatoriano cuando, hace referencia a la facultad de representación que "confiere la ley" por la representación a otra persona frente a terceros.

De lo expuesto puede ya inferirse la delimitación conceptual de la representación legal. Ella se sustenta en la ley, en la función tuitiva del Derecho y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se

quede sin la tutela de sus intereses. La ley no sólo confiere la facultad de representación sino además la obligación de representar. Por su misma característica la representación legal es siempre directa.

EL representante se sustituye al representado, actuando a nombre de él, y los efectos de los actos jurídicos celebrados van directamente a la esfera jurídica del representado, quien no puede tener o no ha tenido ninguna participación en el acto. La capacidad de goce es la del representado, pues no se requiere de la del representante, aunque éste, obviamente, debe ser persona con capacidad de ejercicio.

La representación legal, si bien tiene sus propias características es sólo una variante de un mismo fenómeno jurídico, como anota con acierto (Diez Picazo, 2002) que ve en la representación una figura única, posición que asumen los autores y que permiten declarar que a la representación legal son aplicables también los esquemas genéricos de la representación voluntaria.

De lo anteriormente expresado se precisan las diferencias del mandato con la representación, que aunque parecidos no tienen la misma naturaleza:

1. El mandato es un contrato entre dos personas (relación contractual), mientras que la representación no tiene contrato (una persona le da a otra la facultad de representarla).
2. La representación es independiente del mandato, puede haber mandato y no representación y viceversa.
3. La representación puede existir antes que el mandato y constituir, en relación con éste, un acto separado e independiente. Sin embargo, no puede haber representación desligado del cumplimiento del mandato. Es decir, para ejercer la representación voluntaria se debe necesariamente aceptar y ejecutar el mandato.
4. La facultad de representar no es de la esencia del mandato, ya que es perfectamente posible que el mandatario no represente al mandante.

Se precisa entonces que los estudiantes establezcan diferencias y semejanzas y la naturaleza jurídica de estas figuras y sean capaces de identificarlas y modelar y resolver situaciones reales, tomados del ejercicio de la profesión, en las que se pongan de manifiesto, tomando en cuenta el valor que adquiere para ambos casos la utilización de la forma escrita, que requiere ejercitarse en clases prácticas donde se lean y discutan la posible efectividad de los textos redactados que deben caracterizarse por su claridad y precisión de manera que las partes tengan plena certeza de las responsabilidades y derechos que asumen.

A pesar de que en la legislación en el caso del contrato de mandato no se establece la obligatoriedad de la forma escrita y se deja a la libre voluntad de las partes, en Título Tercero del Código de Conducta del abogado en Ecuador, artículo treinta y cinco, dispone expresamente la forma escrita del contrato

entre abogado-cliente, pero esta norma no tiene efectos vinculantes. Se precisa que el docente deberá advertir a los estudiantes al respecto.

Por otro lado, la práctica jurídica ha demostrado que con el uso de la forma escrita queda de manera más detallada y estipulada las obligaciones de las partes para cada acto de administración, sin que cada parte pueda alegar posteriormente causales de incumplimiento por el desconocimiento o imprecisión de las obligaciones.

CONCLUSIONES

En la práctica jurídica no es muy usual que entre abogados y clientes medie documento contractual escrito regulados por las formalidades y reglas que establece el Código Civil Ecuatoriano, que apunta a su relación con el contrato de servicios profesionales que adquiere la forma de contrato de mandato, lo que incide en la aparición de conflictos que pudieran evitarse.

Se requiere desde el proceso de formación de los profesionales del derecho insistir en la utilización de la forma escrita del contrato de mandato atendiendo su contenido, o sea, el tipo de encargo, así como en la estructura y estilo en que deben elaborarse.

Entre el contrato de mandato y el de representación existen diferencias y relaciones que deben ser atendidas desde el proceso formativo, sin embargo ambos precisan de la forma escrita para ganar fuerza probatoria jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil. (2015). Quito: Ediciones legales.

Cortese, M. &. (2006). Algunas reflexiones sobre el contrato fundacional y el mandato social de la Escuela Especial.

Cortese, M., & Ferrari, M. (2006). Algunas reflexiones sobre el contrato fundacional y el mandato social de la escuela especial. P. Vain, Educación Especial. Inclusión Educativa: Nuevas formas de exclusión, 16-33.

Diez Picazo, L. (2002). Los principios del derecho europeo del contrato. Madrid: Genal.

Fernández, J. A. B. (1974). Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Talleres editoriales de la Librería Stella.

Gamarra, J., & Gamarra, J. (1957). Tratado de derecho civil uruguayo (No. D346/G18t/v. 18, pt. 2).

Iglesias, J. (2010). Derecho romano: historia e instituciones. Sello Editorial SL.

Mommsen, T. (1888). Corpus iuris civilis (Vol. 2). P. Krüger (Ed.). apud Weidmannos.

Peña, F. P. (1947). Tratado de derecho civil español (Vol. 26). Editorial Revista de derecho privado.

Petit, E., & Rizzi, J. M. (1926). Tratado elemental de derecho romano. Ed. Saturnino Calleja.

Silva, L. F. P. Rui Barbosa e a Campanha Civilista nas caricaturas da revista O Malho.

Spota, A. G. (1979). Instituciones de derecho civil: contratos (Vol. 4). Ediciones Depalma.