

REFLEXIONES EN TORNO AL MANDATO MERCANTIL EN EL DERECHO COSTARRICENSE

*Lic. Yaruma Vásquez Carrillo
Especialista en Derecho Comercial UCR.*

SUMARIO

1. Funcionalidad de los institutos jurídicos.
2. Confusión histórica entre las figuras de mandato y representación.
3. Sobre el mandato mercantil como instituto autónomo distinto del mandato civil.
4. Perspectiva del contrato de mandato en el derecho costarricense.
 - a. Mandato Civil.
 - b. Mandato mercantil.
 - Comisión.
 - Factor.
 - Dependientes
 - Algunas referencias aisladas sobre la utilización del mandato.
 - Carta-poder.
 - c. Representación orgánica y voluntaria de las sociedades mercantiles.
 - d. Inscripción de los contratos de mandato en el Registro Público.
5. El contrato de mandato en el Derecho Comparado.
 - a. Italia.
 - b. España y Honduras.
 - c. Chile.
 - d. Francia.
6. Necesaria modernización del contrato de mandato.

1. Funcionalidad de los institutos jurídicos.

Como antesala para analizar posiciones encontradas con respecto a algún instituto jurídico, y mucho antes aún de adentrarse en la aventura de elaborar eventuales propuestas de reforma legislativa, e incluso si se pretende proponer un cambio en la interpretación del derecho positivo, no debemos perder de vista que el derecho aislado de la realidad carece de toda trascendencia. Aquello en lo que debemos enfocar la vista, el estudio y el esfuerzo es en el derecho vivo, el derecho aplicado a las realidades sociales, a solventar los conflictos que se presentan en un determinado contexto; de lo contrario, las respuestas óptimas y realmente significativas serían pasadas por alto, lo cual resultaría sumamente lamentable.

El Derecho Comercial, por su parte, ha sido una rama del Derecho indisolublemente ligada a las necesidades presentes en la realidad, en el comercio, de allí incluso que su nacimiento se repute intrínsecamente ligado a la praxis: la historia del Derecho Comercial la encontramos precisamente en la historia del comercio.

El Derecho Comercial costarricense ha sido puesto a prueba por el desarrollo del comercio, y a pesar de que en Costa Rica no tenemos un mercado de la magnitud de los existentes en las grandes potencias europeas, asiáticas y americanas, las relaciones comerciales actuales hacen inminente un

cambio significativo en el desarrollo del derecho comercial nacional. En el mejor de los panoramas podríamos abogar por cambios a nivel legislativo; sin embargo por la quimera que ello representa, un desarrollo jurisprudencial con respaldo de una doctrina sólida, consecuente y actualizada podrían constituir, ya de suyo, un importante avance.

En principio, el Derecho Mercantil ha sido concebido como un derecho especial¹ frente al derecho civil², lo cual ha llevado a un desarrollo eminentemente civilista del derecho privado, etapa que nuestro país aún no parece haber superado, ni a nivel legislativo ni mucho menos en el seno de los Tribunales de Justicia. Sin embargo, en la actualidad, el Derecho Comercial puede concebirse como la rama del Derecho Privado que probablemente más relación tiene con las actividades cotidianas de la sociedad, con una utilidad práctica mucho mayor a la que puede reputársele al Derecho Civil, lo que ha llevado a la reinterpretación de varios institutos jurídicos a la luz del Derecho Mercantil, fenómeno que algunos han denominado *comercialización del Derecho Privado*³.

Resulta procedente comenzar la presente exposición retomando el concepto que Fritz Von Hippel denominó *Antwortfunktion*, el cual puede definirse como la función de los

ordenamientos jurídicos de dar una respuesta o solución a una serie de conflictos que se presentan en la sociedad⁴. En este orden de ideas, siendo que el Derecho Comercial se entiende como *“aquella parte del derecho privado que tiene por objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanen del ejercicio del comercio”*⁵, deberá entonces brindar soluciones a los conflictos que se presenten en el comercio.

Debemos recordar que la noción de especialidad del derecho mercantil ha implicado que las normas de derecho civil se apliquen supletoriamente a las situaciones no previstas por la legislación mercantil. Así, una normativa mercantil que presente vacíos, y que incluso se haya permitido dejar de lado la regulación de algunos institutos jurídicos, implicaría necesariamente la aplicación supletoria de normas de derecho civil (C de C art. 2 y CC art. 14), con los problemas prácticos que ante algunas situaciones ello podría implicar, toda vez que regularmente las normas civiles no prevén en sí mismas la rapidez, celeridad y otras particularidades que requiere el tráfico mercantil, con lo que se podría estar imponiendo trabas y dificultades innecesarias al desarrollo del comercio. De manera que resulta más apropiado que, para el tratamiento de conflictos puntuales

-
- 1 TORREALBA, Octavio-KOZOLCHYK, Boris. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Juritexto. 2 Ed. Pp. 35-36.
 - 2 *“La forma más representativa del Derecho Privado es el denominado Derecho Civil, considerado como tal aquel que regula a la persona en sus manifestaciones primarias (...) puede decirse que el Derecho Civil es el Derecho fundamental dentro del Derecho Privado que a manera de tronco común sirve de sustento a las numerosas ramas que de él se han desprendido y que en él encuentran su razón de ser”*. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *“Contratos Bancarios. Su significación en América Latina”*, Legis; 5 Ed., Bogotá, Colombia, 2002, Pág. 14.
 - 3 RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit. en nota anterior, págs. 16-17.
 - 4 DIEZ-PICAZO, Luis, *“La Representación en el Derecho Privado”*, Editorial Civitas S.A., España, Madrid, 1979, pág. 23.
 - 5 VIVANTE, Cesare, *“Derecho Mercantil”*, Traducido por Francisco Blanco Constans, Valleta Ediciones, 2005, pág. 13.

presentes en las prácticas mercantiles -no así necesariamente en lo que a la regulación general se refiere, entiéndase teoría de las obligaciones, voluntad en los negocios jurídicos, etc.-, exista regulación mercantil suficiente para resolverlo.

2. Confusión histórica entre las figuras de mandato y representación.

En la evolución del instituto del mandato ha prevalecido, tanto a nivel legislativo como en gran parte de la doctrina, una perenne confusión entre los conceptos de mandato y representación; confusión que ha traído, entre otras consecuencias, mucha incertidumbre con respecto a la autonomía del mandato frente a la representación, arguyéndose que el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona realiza actos jurídicos⁶ (hay quienes admiten también la existencia del mandato respecto de la ejecución de actos materiales) en nombre y por cuenta de otro, de lo que parece desprenderse una fusión entre ambas figuras.

Cesare Vivante define el contrato de mandato como “*un contrato por el cual uno de los contratantes confiere a otro el poder de representarlo, es decir de actuar en su nombre y por su cuenta con un tercero*”⁷. En este sentido los efectos de la actuación del mandatario, realizados dentro de los límites del mandato, obligan directamente al mandante.

Asimismo, en una recopilación del año 1982 de detallados comentarios al Código de Comercio italiano, realizada por un significativo grupo de destacados juristas italianos, y dirigida por los Profesores Bolaffio, Vivante y Rocco, respecto del contrato de mandato, RAMELLA afirma que “*en el mandato el mandatario asume en virtud del contrato el trato de negocios en nombre y por cuenta del mandante*”⁸, criterio que por supuesto resultaba coherente con la legislación de la época^{9 10}. Sin embargo, a pesar del enfoque y definición general que se le da a la figura del mandato, sí pareciera encontrarse en este autor la noción de que es posible la existencia del mandato sin representación, al referirse a la existencia de un mandato que solamente es susceptible

6 En este sentido se ha afirmado que el mandato se refiere exclusivamente a la realización de actos jurídicos, siendo éstos negocios jurídicos o actos procesales, toda vez que para la realización de actos meramente materiales prevalece la figura del contrato de locación de obra. Al respecto ver RAMELLA, Agustín, “Derecho Comercial. Del contrato de cuenta corriente, del mandato y de la comisión”, Tomo X, Volumen I, traducido por Rodolfo O. Fontanarrosa. Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, Argentina, 1951.

7 Op. cit. en nota 5, pág. 184.

8 Op. cit. en nota 6, pág. 257.

9 Código de Comercio. Artículo 349: *El mandato comercial tiene por objeto el trato de negocios comerciales por cuenta y en nombre del mandato*, citado por RAMELLA, A., op. cit. en nota 6, pág. 257.

10 Adelante se evidenciará un claro cambio legislativo en cuanto a la noción del contrato de mandato, pues se observa que el actual Código Civil italiano (texto que subsume las material civil y comercial bajo el nombre de la primera) sí diferencia con claridad la figura de mandato de la de la representación, siendo que ambas pueden coincidir o no en una determinada relación jurídica, pero sin ser la representación una característica definitoria del contrato de mandato propiamente dicho.

de producir efectos entre mandante y mandatario¹¹, y al explicar el funcionamiento de la representación en materia societaria, en cuanto expone la posibilidad de la existencia de lo que denomina el *simple mandato*, a saber, aquel que no faculta al mandatario con poderes de representación¹².

Igualmente, a nivel nacional el destacado jurista Alberto Brenes Córdoba ha explicado la razón de ser del contrato de mandato (civil) desde la perspectiva de delegar en otra persona la propia representación. Considera este autor que el sentimiento de confianza en el cual se inspira la creación de un contrato de mandato es el que lleva a un sujeto "... a depositar en otro su representación para un acto o una serie de de ellos relativos a la vida civil, invistiéndole al efecto de algunos de los atributos de su propia personalidad"¹³. Siendo el objeto de estudio del mencionado autor exclusivamente visión del derecho positivo civil vigente, puede entenderse en alguna medida la mezcla que se hace entre la noción de la representación y la del mandato. Ello aunado a que incluso esta confusión se encontraba manifiesta ya en muchos otros textos doctrinales, a lo cual se añade la falta de delimitación conceptual de ambas figuras en el derecho positivo vigente de otras naciones, siendo que incluso en el caso de Costa Rica, nuestro Código Civil solamente

prevé, de manera expresa, la existencia del mandato representativo, de manera que era previsible la confusión entre lo que es un posible negocio que acompañe o surja a partir del contrato mandato (otorgamiento de facultades de representación) y lo que vendrá a ser una característica definitoria del mismo (actuación por cuenta ajena).

En textos más recientes se puede identificar todavía esta imprecisión entre el instituto del mandato y la representación; así ETCHEVERRY afirma que "*el mandato es básicamente un contrato de colaboración, por el cual el titular de un negocio jurídico, encomienda al mandatario la realización de determinados actos jurídicos, en su nombre y representación*"¹⁴. Este concepto incluso deja de lado la característica de **actuar por cuenta de otro**, limitando el contrato de mandato a la presencia de las facultades de representación. Se percibe entonces al contrato de mandato como un contrato que genera la representación como una forma de actuar frente a terceros. Así, se reconoce una diferencia conceptual entre ambas figuras, pero prevaleciendo una línea causa-objeto entre ambas: "*Mandato y representación se diferencian o distinguen en que el primero es el contrato que genera a la segunda, siendo ésta la forma de actuar frente a terceros*"¹⁵.

11 "el mandato extiende su influencia también a las relaciones externas, es decir, respecto de terceros que entraron en relación con el mandatario. Pero no todo mandato contiene poderes semejantes, porque a menudo las funciones del mandatario (...) son restringidas a las relaciones internas entre mandante y mandatario", op. cit. en nota 6, pág. 261.

12 RAMELLA, A., op. cit. en nota 6, pp. 146-148.

13 "Tratado de las obligaciones y de los contratos", Imprenta Nacional Trejos, San José, Costa Rica, 1923, pág. 475.

14 Raúl Aníbal. "Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial", Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 35.

15 ETCHEVERRY, R. A., op. cit., pág. 38.

Las afirmaciones de ETCHEVERRY se ven levemente atemperadas en virtud de la referencia que hace a algunos criterios jurisprudenciales que conciben a la representación como un rasgo característico, pero no esencial, del mandato¹⁶, abriéndose un portillo a la existencia de un mandato sin representación, también referido como *mandato oculto*, en el cual se actúa por cuenta de otro pero en nombre propio (conclusión lógica; sin embargo el mencionado autor en un inicio deja de lado precisamente la noción de actuación por cuenta ajena, vicio que no necesariamente podría subsanarse de la manera tan pacífica que proponemos).

En este sentido el autor, al hacer referencia al contrato de comisión, en el cual no existe representación, no lo considera un tipo de mandato, sino que lo define como una figura contractual autónoma frente al mandato comercial, y diferente a éste, ello como derivación del derecho positivo argentino vigente en aquel momento: *“el mandato se da cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado, caso en el cual existe estrictamente representación. Mientras que la comisión o consignación regulada por dicho artículo (artículo 222 del Código de Comercio) se da cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que*

*representa (...) aquí no hay representación”*¹⁷ (Lo escrito entre paréntesis no pertenece al original. De manera que resta por saber que consideraría este autor que le queda al contrato de mandato cuando no está unido a la figura representativa.

Igualmente BAUCHE ha identificado la diferencia entre el mandato mercantil y la comisión, en cuanto que el primero se refiere a la actuación en nombre y por cuenta ajena, mientras que en la comisión la actuación es por cuenta ajena pero en nombre propio. En este sentido, el mencionado autor señala que cuando el artículo 285 del Código de Comercio del México señala que *“cuando el comisionista contratarse expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia rigiéndose es este caso sus derecho y obligaciones, como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común”*, queda expuesta de manera *inequívoca* la diferencia entre la comisión -no representativa- y el mandato mercantil -mandato mercantil representativo-, aplicándose el Código de Comercio al primero y el Código Civil al segundo, por no existir regulación mercantil expresa referente al mismo¹⁸. Podemos compartir el criterio de BAUCHE con respecto a que la comisión *no es representativa*, sin embargo no podríamos afirmar, como lo hace ese autor, que *“el mandato mercantil si lo es”*¹⁹, sin negar la

16 *Ibid.*, pág. 42.

17 *Ibid.*, pág. 47.

18 BAUCHE GARCADIAGO, Mario, *“La Empresa. Nuevo Derecho Industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles”*, Editorial Porrúa S.A., México, 1977, pp. 228-230.

19 *Ibid.*, pág. 230.

responsabilidad que debe atribuírsele a la confusión que permite la redacción del artículo citado, confusión que debería ser criticada por la doctrina, más no apadrinada por ella.

La representatividad como característica integrante del contrato de mandato ha sido expresada también por RUGGIERO, quien define al mandato como un “*encargo conferido a una persona para que realice por cuenta nuestra y a nuestro nombre uno o varios negocios jurídicos, de modo que los efectos del negocio realizado se enlacen a nuestra persona como si nosotros mismos lo hubiéramos efectuado*”²⁰.

Igualmente, RODRÍGUEZ AZUERO percibe a la representación como unida al contrato de mandato, partiendo de que en virtud del mandato se actúa por cuenta y en nombre de otro. Sin embargo, nos llama la atención que, a pesar de mezclar ambas figuras al hacer una delimitación conceptual inicial, este autor sí reconoce la existencia de dos tipos de mandato: el mandato representativo y el mandato no representativo, al cual denomina comisión²¹, dejando claro su criterio en cuanto a que el mandato en su forma primera es *representativo*.

Un interesante punto que destaca RODRÍGUEZ AZUERO radica en la predominancia que en el ámbito civil ha tenido la representación, al existir una tendencia en la legislación civil de contemplar exclusivamente la presencia del mandato representativo, situación que no se ha percibido en la materia comercial, en la que sí ha parecido reconocerse con mayor claridad la posibilidad de existencia de un mandato no representativo²², lo cual sucede, podríamos añadir, en virtud de la naturaleza misma del Derecho Comercial, que surge precisamente para regular una actividad y se adapta por ello a las necesidades prácticas de la misma.

A nivel nacional, los Licenciados Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dagoberto Sibaja Morales, parecieran partir de la noción de un mandato como figura representativa, lo cual se denota cuando afirman: “*solo por convenio -es decir, contrato- se puede constituir el mandato. Lo anterior a diferencia de otras formas de representación*”²³ (el subrayado no pertenece al original). A criterio de los autores citados la representación vendría a constituir la fase externa del contrato de mandato. No obstante, creemos que sí se percibe la existencia de un mandato sin representación, dándose de ejemplo para tal caso el contrato de comisión,

20 RUGGIERO, citado por RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit. en nota 2, pág. 738.

21 Si bien es cierto ha sido usual, tanto a nivel de doctrina como de derecho positivo, el denominar comisión al mandato no representativo, ello no resulta del todo preciso, ya que la comisión es un tipo particular de mandato no representativo; sin embargo ello no obsta que pueda identificarse la existencia de otros contratos de esta naturaleza distintos de la representación.

22 Algunos autores sostienen que en los casos como la comisión que se reputan como mandato sin representación lo que existe es una representación indirecta, toda vez que luego el mandatario se encuentra obligado a transferir los efectos del acto realizado al mandante. Sin embargo, algunos autores como ETCHEVERRY, no se encuentran seguros con respecto a la validez de la figura de la representación indirecta.

23 “Contratos Privados Registrables”, Investigaciones Jurídicas. S.A., San José, Costa Rica, 2001, págs. 154, 158-159.

de manera que pareciera que la noción de mandato como contrato representativo realmente no resulta armónica con respecto al texto, ya que no se puede extirpar de un concepto aquello que se había señalado como un elemento principal y definitorio, pues no sería lógico; lo que sí podríamos eliminar o sustituir son los elementos adicionales, o incluso accidentales.

Díez Picazo²⁴ ubica esta confusión que se ha presentado entre las figuras de mandato y representación en la evolución histórica que estas tuvieron a partir del Derecho Romano. Así, en el Derecho Romano no se concebía la posibilidad de que las actuaciones del gestor pudieran producir efectos de manera directa ni en el patrimonio ni en la esfera jurídica del *dominus negotii*, de manera que existieran dos contrataciones: la realizada entre el gestor y el tercero y la transmisión de los efectos de tal contrato que luego el gestor debía realizar al *dominus negotii*.

Es en esta relación entre el *dominus negotii* y el *gestor*, donde se ubica el contrato de mandato, y donde a su vez se encuentra lo que puede denominarse la gestión representativa, ya que si bien no existe representación estrictamente hablando (entiéndase representación directa) es a través de esta modalidad de contratación como se obtienen los efectos de la representación en el sistema romano.

Siendo así, los resultados empíricos de lo que en el derecho moderno se denomina representación se conseguían por medio del mandato, y es por esto que por mucho tiempo, tanto la normativa como la doctrina del mandato han sido *sedes materiae* de los problemas de la gestión representativa. Nos parece que es precisamente allí donde puede decirse que nace esta confusión entre ambas figuras.

En el mismo orden de ideas LABAND ha sostenido que *“nada ha sido tan perjudicial (...) para el verdadero concepto de la representación y para la construcción jurídica de esta institución como la confusión de la representación con el mandato a que dio ocasión el Derecho Romano”*²⁵.

Algunos autores nacionales ya han considerado la separación entre el mandato y la representación, así, KOZOLCHYK y TORREALBA definen al mandato como el contrato en el que *“una parte, llamada «mandatario», se obliga a realizar uno o más actos jurídicos -generalmente contratos- por cuenta de la otra parte, llamada «mandante”*²⁶

De acuerdo a lo expuesto por KOZOLCHYK y TORREALBA podría afirmarse que la limitación conceptual del mandato civil en el Código Civil costarricense, en cuanto a la exclusión de la figura del mandato no representativo, se deriva de la noción del mandato presente

24 Luis, op. cit. en nota 4, pp. 23-38 y 65.

25 DÍEZ-PICAZO, Luis. op.cit. en nota 4, pág. 36.

26 KOZOLCHYK B.-TORREALBA O., op. cit. en nota 1, pág. 316.

en el derecho positivo francés, toda vez que el artículo 1984 del Código Civil francés reza: *“El mandato o procuración es un acto por el cual una persona confiere a otra poder para hacer algo para el mandante y en su nombre. El contrato solo se forma por la aceptación del mandatario”*²⁷, noción que fue seguida por algunas legislaciones latinoamericanas, como por ejemplo, la boliviana, la argentina y, por lo visto, la nuestra.

En este sentido los autores citados reconocen la existencia del mandato sin representación, ejemplo del cual son los contratos de comisión y agencia.

Esta adecuada determinación conceptual del contrato de mandato ha sido expuesta también por otros autores, quienes han cambiado el eje definitorio del contrato de mandato, reconociendo en la modalidad de *por cuenta ajena* el punto de partida o característica básica de la definición desligada de la modalidad de *en nombre ajeno*.

Así, en algunos textos más recientes se presenta con mayor claridad la naturaleza del contrato de mandato: *“en el mandato el mandatario adquiere la facultad de actuar por cuenta del mandato si bien no necesariamente en su nombre, mientras que en la*

representación, el representante no resulta en principio obligado a nada, más adquiere, sin embargo, la facultad de obrar por cuenta y en nombre de otro”^{28 29}.

Volviendo al desarrollo nacional en la doctrina del contrato de mandato, resulta imperioso señalar el criterio que ha sido externado por el profesor CERTAD en varias oportunidades, quien ha afirmado que *“de acuerdo a la mejor doctrina, el mandato es un contrato en virtud del cual una persona denominada mandante, encarga a otra, denominada mandatario, la realización por su cuenta, de uno o más actos jurídicos”*³⁰.

3. Sobre el mandato mercantil como instituto autónomo frente al mandato civil.

Para la delimitación de la mercantilismo del contrato de mandato se han desarrollado diversas posiciones, notándose mayor acuerdo con respecto al criterio según el cual la denominación de comercial con respecto a un contrato de mandato responde a la naturaleza del negocio que constituye el objeto del contrato³¹, entendiendo así al mandato mercantil como aquel que tiene por objeto exclusivamente la realización de actos

27 Code Civil. <http://www.legifrance.gouv.fr>

28 R. MÉNDEZ-E. VILLALTA, *“Acciones sobre el contrato de mandato”*, 2^{da} Ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001, pág. 7.

29 En el mismo sentido ver: AULETTA, Giuseppe-SALANITRO, Niccolò, *“Diritto Commerciale”*, 15^a Edizione, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, pp. 453-459.

30 Gastón, *“Crítica a una posición administrativa y jurisdiccional acerca de los actos mercantiles susceptibles de inscripción registral verdaderamente preocupante”*, en Revista Iustitia, N° 123, Año 11, pp. 9-12.

31 Op. cit., pág. 184. En el mismo sentido ver ETCHEVERRY, op. cit. en nota 14, pp. 46-47.

de comercio³², añadiéndose también para el criterio de algunos estudiosos la condición de comerciante del sujeto que emite el acto o de quien constituye el contrato³³.

La determinación de la naturaleza civil o mercantil de un contrato de mandato implica varias cuestiones trascendentales, derivadas de las distinciones de fondo entre ambas ramas del Derecho Privado.

Hace más de un siglo VIVANTE distinguía una particularidad del mandato mercantil, la cual refiere como la **natural extensión del mandato comercial**, toda vez que éste “*comprende todos los actos necesarios para la ejecución del negocio principal*”³⁴, característica que no resulta en lo más mínimo antojadiza, sino que más bien responde precisamente a las necesidades de la actividad comercial, considerando este insigne jurista que esta característica encuentra su asidero y justificación en la confianza y la rapidez que predominan en las relaciones de naturaleza comercial.

Asimismo, a nivel de derecho positivo, una característica que ha acompañado a los contratos de mandato mercantiles es la presunción de onerosidad³⁵ de los mismos; mientras que el mandato civil, al identificarse

más cercano a la noción que nace en el derecho romano basada exclusivamente en la confianza, se reputa generalmente gratuito.

La misma noción de gratuidad del mandato civil, denota que no fue creado para responder a las necesidades del tráfico mercantil. Así, la regulación del mandato civil suele dejar de lado algunos aspectos determinantes del mandato tal y como se presenta en el comercio, aspectos que se encuentran previstos en otras legislaciones distintas a la nuestra, como por ejemplo la noción de irrevocabilidad, las causales de extinción del contrato (en cuanto existen algunas que responden más a la necesidades del tráfico mercantil), la delimitación de los límites de la actuación de mandatario (siendo que la rigidez no resultaría óptima para un mandatario que debe llevar a cabo actos de comercio), entre otros.

Ahora, resta por determinar igualmente si todas estas particularidades son únicamente posibles a partir de la delimitación clara, precisa y diferenciada de un mandato mercantil, incluyéndolo así en nuestro Código de Comercio, o si debiéramos más bien desempolvar un poco el Código Civil ya que al fin y al cabo, en vía supletoria, se terminará aplicando a situaciones mercantiles.

32 ETCHEVERRY, R. A., op. cit. en nota 14, pág. 46.

33 “*La mercantilidad del contrato deriva de distintas circunstancias según las legislaciones, pero se vincula a que el mandatario sea comerciante, en unos casos, y, en particular, a que el objeto del mandato esté constituido por la realización de un acto jurídico comercial*”, RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit. en nota 2, pág. 40. En el mismo sentido ver artículo 244 del Código de Comercio español.

34 Op. cit. en nota 5, pág. 185.

35 En Costa Rica sin embargo, de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil, el mandato no se presume gratuito.

4. **Perspectiva del contrato de mandato en el derecho costarricense.**

a. **Mandato Civil**

El legislador costarricense de 1888 reguló únicamente un solo mandato, precisamente el llamado representativo, lo cual no resulta sorpresivo, ya que en aquella época prevalecía con bastante arraigo una confusión entre el mandato y la representación, confusión que lamentablemente no se encuentra completamente extinguida al día de hoy. De manera que dentro de las posibilidades de nuestro legislador de la época, y del desarrollo jurídico de la Costa Rica del siglo XIX, lo ocurrido era no lo más feliz pero sí esperable.

Es así como nuestra legislación civil vigente, y de supletoria aplicación en materia mercantil, prevé exclusivamente el mandato representativo, lo cual se infiere de su normativa general, ya que no existe una norma puntual que así lo defina, distinto a lo que sucede en Francia, por ejemplo, donde su *Code Civil* regula el mandato o procuración ³⁶.

Una particularidad bastante llamativa de nuestra legislación civil es la existencia de cuatro tipos de mandatos o poderes³⁷ (todos dentro de la concepción del mandato representativo y sin y sin incluir los mandatos judiciales que quedan fuera de nuestra exposición): **general**, que solo faculta para la realización de actos de administración; **generalísimo**³⁸, que incluye también actos de enajenación (pudiendo referirse ambos mandatos a uno, algunos o todos los negocios *del* mandante); **especial**, otorgado para determinado acto jurídico en particular; y **especialísimo**, para los actos que la ley exige que sean realizados por el titular del derecho, como la celebración del matrimonio, por ejemplo. División que pareciera haber sido elaboración exclusiva de nuestro legislador del 88, lo cual de suyo ya despierta algunas sospechas acerca de la pureza de esta concepción.

Con respecto a los actos y facultades comprendidas en cada uno de los tipos de mandato apenas citados, la jurisprudencia patria ha seguido el criterio de nuestro ilustre exegeta Don Alberto Brenes Córdoba quien afirma que “*El sistema enumerativo*

36 “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l’acceptation du mandataire”, Code Civil, Chapitre I: De la nature et de la forme du mandat, Article 1984.

37 Nos parece que hay confusión de nuestro legislador también entre mandato y poder, este último definido, en el párrafo segundo del artículo 1251, como *el instrumento en que se hace constar el mandato*, lo que nos da la idea de que ambos términos no son sinónimos, para luego decirnos, en el artículo 1253, “En virtud del **mandato o poder** generalísimo...”, y de ahí en adelante seguir hablando de “poder generalísimo” en el 1254, “poder general” en el 1255 y “poder especial” en el 1256.

38 Véase BAUDRIT CARRILLO, Diego, “El poder generalísimo”, en Revista Ivistitia, N° 71, Año VI, 1992, pp. 4-5.

*de facultades seguido por nuestro estatuto civil, tiene la ventaja de marcar con precisión las atribuciones que cada especie de poder implica, lo que proporciona la simplificación de los actos notariales concernientes al otorgamiento de poderes, pues basta en cada caso con hacer referencia en general, a las atribuciones especificadas en el respectivo artículo del Código Civil*³⁹. Sin embargo, esa “especificidad” respecto de las atribuciones del mandatario no pareciera adecuarse a lo que otrora Vivante denominaba **natural extensión del mandato mercantil**.

b. Mandato mercantil.

Nuestro Código de Comercio no prevé, en su Libro Segundo, una referencia general al contrato de mandato, sin embargo sí lo regula en el Libro Primero de manera seccionada en algunas de sus manifestaciones prácticas, como en la comisión, la factoría, los dependientes o mancebos, y algunas otras referencias aisladas que se hacen de esta figura al través de su articulado. Sin embargo, en vista de que difícilmente nuestro legislador civil del 88, por visionario que fuera, podía haber previsto las necesidades mercantiles del siglo XXI, las normas del mandato civil que vía supletoria se terminan aplicando a estas situaciones mercantiles no responden a las necesidades reales del comercio, ello por una razón básica ¿porqué el legislador civil

va a considerar, a la hora de regular institutos jurídicos, las necesidades y posibles conflictos comerciales que es labor relegada el legislador mercantil?

Otro reto que se le presenta el operador mercantil es determinar cuáles normas civiles resultan aplicables al mandato mercantil, ya como regulación supletoria (vía artículo 2 C de C) o por remisión expresa del propio Código de Comercio al Código Civil. Al respecto, el profesor CERTAD ha señalado: *“Así las cosas, a nosotros nos parece que pueden aplicársele al mandato representativo mercantil (artículos 314 a 321 y 369 a 374) sólo las siguientes normas del mandato representativo civil: 1253 y 1255 (en cuanto el Código de Comercio remite expresamente a esos poderes civiles en normas tales como 10 in fine, 93, 98, 235 b) y 314; y 1251 párrafos 1 y 2, 1252, 1257, 1258, 1259, 1260 párrafo 1, 1265, 1266, 1271, 1278 incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 8º, 1279, 1280, 1281, 1284, 1285 y 1286, porque las respectivas situaciones por ellos contempladas no están previstas en el Código de Comercio, ni existe prohibición alguna en cuanto a su aplicabilidad”*⁴⁰.

Abrimos un paréntesis para aclarar que la aplicación en vía supletoria de las normas que conforman el Capítulo I del Título VII del Libro IV del Código Civil, que, como hemos dicho, regulan exclusivamente el contrato de mandato civil en su modalidad representativa (lo que lo

39 Op. cit. en nota 13, pp. 480-481.

40 “El mandato representativo en el derecho privado costarricense”, en Revista Acta Académica, U.A.C.A., N°37, San José, Costa Rica, noviembre 2005, pp. 131 ss.

hace un contrato civil típico) no procedería, en buena técnica jurídica, con respecto al mandato mercantil no representativo –la comisión- (que resulta un contrato típico absolutamente mercantil).

No obstante, no necesariamente porque tales normas resulten aplicables al mandato representativo mercantil –el factor o institor y los dependientes-, ni tampoco porque las otras no lo sean, podríamos considerar que queda resuelta la situación con respecto a la figura del mandato mercantil en nuestro sistema jurídico, ya que resta aún por definir la situación del mandato mercantil sin representación, y la de todas las referencias aisladas al contrato de mandato que se hacen en el Código de Comercio.

Por su parte y con respecto al mandato para determinados actos (especial en el *argot* civil), sí pareciera existir una figura autónoma en nuestra legislación mercantil, a saber, la denominada **carta-poder**, mencionada en los artículos 98, 146 y 912 del Código de Comercio, mandato representativo previsto en primera instancia para representar a un socio en una asamblea de socios o en la junta de acreedores en un proceso de quiebra, lo cual no obsta para que este contrato pueda utilizarse para otras finalidades distintas como es el caso contemplado para los dependientes en los artículos 369 a 373.

En cuanto al mandato para actuación genérica del mandante (generalísimo en la nomenclatura civilista), el mismo se desprende de las disposiciones reguladoras de la figura del factor, en donde el artículo 314 remite expresamente a los mandatos generalísimos y generales del Código Civil –artículos 1253, 1254 y 1255).

• Comisión

La figura del comisionista se encuentra regulada en los artículos 273 a 295 del Código de Comercio. En buena teoría la comisión constituye un mandato no representativo, sin embargo, lamentablemente nuestro Código, en el primer artículo en que se hace referencia a la comisión, distorsiona de entrada esta figura al considerar que “*puede también el comisionista actuar en nombre de su representado, caso en el cual lo obliga (...)*”.

Y es que del mismo texto del artículo 273 parcialmente transcrito podemos inferir el motivo de esta imprecisión: es que el legislador, para referirse al comitente (mandante o principal) lo llama **representado**, a pesar de que hasta el momento no tenía porqué estar pensando en un representado, a no ser que nuestro legislador, al igual que RODRÍGUEZ AZUERO, en el fondo considerara el mandato siempre como representativo. Siendo así, al desarrollarse normativamente la figura de la comisión se tenía en mente la noción de un mandato representativo, y no se pudo más de dejar salir tal credo.

Este error conceptual en el que incurre el legislador mercantil costarricense con respecto a la comisión (que debería llamarse entonces “comisión representativa”) pareciera ser una confusión histórica que en más de un siglo no hemos podido superar, toda vez que ya el Código de Comercio del año 1853, en el artículo 65, establecía que “*el comisionista, aunque trate por cuenta ajena, puede obrar en nombre propio*”.

En primera instancia preferimos pensar que la frase entre comas en dicha norma no pretendía referirse a la posibilidad de que la actuación del

comisionista fuera por cuenta propia, ya que el sin sentido sería en ese caso abrumador, aún para el contexto. Luego vemos que al establecer que el comisionista puede actuar en nombre propio, evidentemente se abre la posibilidad de que la actuación sea desplegada también en nombre ajeno, instituyendo así una comisión representativa.

Volviendo al Código del 64, un ejemplo de las diversas necesidades que guían la mano del legislador civil y la del mercantil se evidencia en la comisión al referirse a las causas de extinción del contrato; así, en el artículo 295 se establece que el contrato no se entiende rescindido (¿?) por muerte del comitente.

- **Factor.**

Nuestro Código de Comercio, al regular el factor (artículos 314 a 322), a pesar de ser una figura eminentemente mercantil, remite de entrada a la legislación civil, negándole cualquier posibilidad de pureza técnica a este instituto. Al respecto el artículo 314 señala que el factor “*debe estar provisto de un poder general o generalísimo, según lo disponga el poderdante*”, lo cual nos coloca ante la incoherencia de la existencia de un factor que, en aplicación del artículo 1255 C.C. no podría nunca realizar todos los actos necesarios para la ejecución del encargo –la *natural extensión del mandato mercantil*–, sino que vería limitadas sus facultades a las enumeradas por ese ordinal, lo cual resulta contrario a los intereses y necesidades del comercio.

Esta impropia limitación de las facultades del mandato que ostenta el factor, es novedosa del legislador del 64, toda vez que el Código de Comercio del año 1853, probablemente al no haber nacido a la vida jurídica aún el Código Civil, no contempla tal indeseable mezcla. Así, si bien en el Código del 53 se menciona la existencia de factorías con cláusulas especiales y generales (artículos 121 y 122), no se importan nociones civiles, sino más bien se establece que “*los factores constituidos con cláusulas generales se entienden autorizados para todos los actos que exige la dirección del establecimiento. El propietario que se proponga reducir esas facultades deberá expresar en el poder las restricciones a que haya de sujetarse el factor*”⁴¹, fórmula ésta que preferimos a la actual.

El legislador del 53 pareciera confundir, sin embargo, al sujeto “principal” del contrato de factoría, a saber, el factor o mandante, con el comitente⁴², figura que debería reservarse para el contrato de comisión solamente, incluso a nivel semántico. Esta imprecisión es superada por el Código actual, en el cual se hace referencia, a lo largo y ancho del articulado que lo regula al **principal**.

Una particularidad que resulta interesante destacar de la normativa contenida en el Código del 53 radica es que prevé la obligación de indemnizar a la contraparte cuando el contrato de factoría se hubiere fijado por un plazo determinado, y alguna de las partes pusiere término al contrato antes del vencimiento de ese

41 Artículo 122, Tipografía e Imprenta Lehmann, San José, Costa Rica, 1913. Artículo 122.

42 Código de Comercio. 1853. Tipografía Lehmann. San José, Costa Rica. 1913. Artículo 124: “*Tratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaen sobre los comitentes todas las obligaciones que contraen sus factores.*” Lo mismo sucede en los artículos 128 y 129.

plazo (artículo 144); regulación que resultaba también aplicable a los dependientes.

Por otro lado, probablemente bajo la noción de que la factoría suele desenvolverse en una relación de subordinación de índole laboral, siendo que en aquel momento faltaban casi cien años para la existencia de un Código de Trabajo, se establecen causales determinadas de despido para los factores y los dependientes, las cuales giran alrededor de la pérdida de confianza, o el emprendimiento de una negociación por cuenta propia o de un tercero sin la autorización del principal (artículo 146).

En la actualidad a pesar de posibilidad de que determinadas relaciones de factores y dependientes se rijan por la legislación laboral, el Código de Comercio sí menciona las causas de terminación del contrato de factoría. En este sentido, como señalamos en virtud de la comisión, las causales de extinción del contrato de factoría divergen de las previstas en la legislación civil, al excluirse la muerte del principal como causal de extinción de la relación institoria, sustituyéndola por la venta del establecimiento mercantil o industrial (artículo 321).

- **Dependientes.**

Los dependientes (artículos 369 a 374) ostentan un mandato representativo, actúan por cuenta y en nombre ajeno en el desempeño de las operaciones que le hayan sido encargadas por el principal, siendo el límite de sus atribuciones precisamente tales operaciones que le han sido encomendadas.

- **Algunas referencias aisladas sobre la utilización del mandato.**

A lo largo del Código de Comercio se crean algunas situaciones en las cuales se hace referencia al contrato de mandato, sin incluir regulación especial con respecto a la manera en la que funcionará este instituto, como sí ocurre con las figuras hasta ahora mencionadas.

En la regulación que se hace de las sociedades en nombre colectivo, por ejemplo, al referirse a las facultades de quienes ostenten la representación de la misma, el numeral 42 señala que para que los administradores sustituyan su *mandato* es necesario que ello lo autorice de manera expresa la escritura social, lo cual parece confundir la noción de mandato con la de representación orgánica de una sociedad mercantil. Sin embargo, el nacimiento de este error podría ubicarse en la inclusión de este tipo de sociedades dentro de las sociedades mercantiles como personas jurídicas, lográndose así un híbrido bastante peculiar. Así, de no tener estas sociedades personalidad jurídica, como sucede en la mayoría de los países europeos, la representación se ostentaría en virtud de un mandato representativo, pero siendo personas jurídicas con su inscripción registral, la representación nace de la teoría orgánica. De manera que si ya se tomó la determinación de incluir a estas compañías como personas jurídicas dentro de las sociedades mercantiles, respecto de su representación debe procederse como si fuera una persona jurídica y llevar el error a sus efectos últimos.

Igualmente, al regular las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 92 se refiere a la responsabilidad de los gerentes y subgerentes *por desempeñar mal su mandato*, término que no resulta ser el más feliz para este caso. En el mismo sentido, el artículo 93 señala que en la escritura constitutiva debe indicarse “*si las facultades de los gerentes y subgerentes son de apoderado general o generalísimo*”, lo cual constituye un yerro de incalculables proyecciones pues, ante todo, respecto de las obligaciones y funciones de los representantes de la sociedad, se aplicarán normas del contrato de mandato y no de la representación, con el agravante de que ni siquiera se trata de normas generales del mandato mercantil, que no existen, sino que representa una intromisión permitida de la legislación civil en una cuestión absolutamente mercantil como lo es la representación de las sociedades mercantiles. A ello debe agregarse que a la luz de tal artículo cabe la posibilidad de que una SRL tenga un gerente con facultades de apoderado general, quien, en virtud de las potestades conferidas a ese mandato por el CC, no podría entonces realizar más actos que los estipulados por el artículo 1255 del CC.

Luego, a raíz de la muy somera regulación sobre la representación de empresas y sociedades extranjeras y del traspaso de su sede al territorio nacional (artículos 5 inciso d y 226 a 233), se establece que para abrir una sucursal en Costa Rica deberá nombrarse un apoderado generalísimo, lo cual lleva a introducir una vez más la normativa civil de 1888 en aspectos eminentemente mercantiles, habiendo sido tal vez más feliz utilizar las herramientas que ya nos daba nuestra legislación mercantil y requerir para tales casos la existencia de un factor (mandato con representación) a quien se le otorgue también la representación procesal (judicial) de la

empresa. En el mismo sentido, en el artículo 232 se hace referencia al otorgamiento de poderes especiales, y si por ello entendemos la figura prevista en el Código Civil de poca utilidad serían tales poderes para el ejercicio del comercio, en virtud de la rigurosa limitación de los actos que podría realizar el mandatario.

El representante de casas extranjeras (artículos 360-366) por su parte, de acuerdo con el Código, actúa siempre por cuenta de las firmas que representa -artículo 363-, de manera que existe un contrato de mandato, el cual podría ser incluso tácito en los términos del artículo 372. Por otro lado, se habla de que el representante de casas extranjeras puede actuar con o sin representación, pudiendo existir entonces un representante sin representación, lo cual de suyo ya despierta dudas, y cabría analizar tal posibilidad siendo que ese mismo artículo se refiere a la actuación del representante en cuanto coloca órdenes de compra o de venta directamente. Ello en virtud de que si su actuación causa efectos directamente en la esfera del principal estaríamos ante una representación directa, existiendo entonces un mandato representativo.

- **Carta-poder.**

La carta-poder (artículos 98, 146 y 912), conjuntamente con las normas que regulan la actividad de los dependientes, podría entenderse como el mandato especial mercantil. Es menester destacar al respecto la incompreensión que se ha hecho latente con respecto a la necesaria independencia de los institutos mercantiles frente a la normativa civil, toda vez que a pesar de tratarse -la *carta-poder*- de una figura estrictamente comercial, se ha intentado aplicarle normas civiles, as cuales definitivamente no le resultan aplicables.

En este sentido pretende alegar que por tratarse de un poder especial cuando sea otorgado para la realización de un acto con efectos registrales deberá otorgarse en escritura pública⁴³, formalidad prevista por el artículo 1256 del Código Civil.

c Representación orgánica y voluntaria de las sociedades mercantiles.

Si bien la figura representativa de las sociedades de capital no constituye el eje del análisis que hacemos, en virtud de la brevedad del mismo, nos detenemos solamente un momento en este tema, por resultar determinante la diferenciación que debe quedar completamente clara entre la figura del mandato y la de la representación orgánica y voluntaria de las sociedades de capital.

El Código de Comercio costarricense del año 1853, reformado, entre otras leyes, por la Ley de Sociedades Comerciales N° 8 del 24 de noviembre del año 1909, en los artículos 83 y 84, al referirse a los administradores de las sociedades anónimas, hacía alusión al *mandato de administración*, lo cual es comprensible siendo que en el siglo XIX prevalecía cierta confusión con respecto a la representación de las sociedades anónimas, que se pretendió explicar a partir del contrato de mandato.

Sin embargo, en la actualidad, siendo que el Código de Comercio vigente en Costa Rica, siguiendo los pasos de su similar de Honduras de 1950 y de la Ley de Sociedades Comerciales de México de 1932, acogió la teoría del órgano, no resulta procedente referirse al presidente de una s.a. como un mandatario con representación. Lo procedente ahora es explicar brevemente las teorías que se han desarrollado respecto a la actuación de las personas jurídicas o morales, en virtud de las implicaciones de la delimitación conceptual que se haga.

Así, pueden determinarse dos ejes para explicar la actuación de las personas jurídicas, uno de ellos parte de que la asimilación de la persona jurídica a un ser que obra a través de sus órganos, los cuales despliegan su actuación dentro del marco de su competencia. De manera que, siguiendo esta línea orgánica, no podrían ubicarse dos actuaciones o voluntades, sino solamente una, la de la persona jurídica, que resulta externada o manifestada por uno de sus órganos⁴⁴. Es esta la que ha sido denominada teoría del órgano.

En otro orden de ideas se percibe a la persona jurídica como una persona incapaz de obrar por sí misma, de manera que requiere de un representante legal para poder actuar jurídicamente (teoría de la representación).

43 Dirección Nacional de Notariado. Resolución N° 2001-995 de las 10:20 horas del 29 de octubre del año 2001.

44 Con respecto a la imposibilidad de que la personalidad de quienes actúen como órganos de la sociedad se entienda subsumida por la del ente social ver BAUDRIT CARRILLO, D., op. cit. en nota 38, pág. 7, quien a su vez concluye que la identificación de dos personas no pareciera tener mayores implicaciones prácticas. Sin embargo señala que la actuación directa del ente social por medio de sus órganos podría implicar la imputación de responsabilidad civil extracontractual directa al ente.

Buscando un punto medio que permita la aplicación de criterios de la representación a la actuación de los *órganos* de las sociedades, se han desarrollado posiciones eclécticas que hablan de la existencia en este campo de una representación orgánica, concepto que nos parece más apropiado.

Por otro lado DIEZ PICAZO⁴⁵ ha considerado que en efecto en este campo nos encontramos ante una figura representativa, a pesar de que en algunas legislaciones, como lo hace la misma Ley de Sociedades Anónimas española por ejemplo, se hable de órganos. De esta manera lo que existe es una representación necesaria u orgánica, ubicándola entre la voluntaria y la legal. Así, se entiende que las sociedades necesitan indiscutiblemente de sus órganos (o representantes) para actuar, sin embargo la determinación de los sujetos que tendrán tales facultades así como los límites de las mismas no provienen de la ley, sino de los socios.

Esta modalidad de interpretación, la cual compartimos, no excluye de manera alguna que, en virtud de la libertad contractual y en razón de las necesidades del comercio, las sociedades nombren a su vez representantes adicionales, respecto de los cuales sí podría decirse que lo que existe es una representación voluntaria (un mandato representativo), pudiendo identificarse claramente en estos casos la concurrencia de dos voluntades, la del representado y la de representante.

La extensión de las facultades de representación que ostentan los órganos de las sociedades constituye un punto de gran complejidad, sobre el cual, en el ámbito europeo, se ha concluido, de acuerdo a CERTAD MAROTO que *“la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en el pacto constitutivo (...). De lo anterior se colige que la determinación de la actividad económico-empresarial a desarrollar por la sociedad constituye una mención estatutaria relevante en nuestro Derecho, al constituirse en el límite externo, y al mismo tiempo, máximo del poder orgánico de representación”*⁴⁶.

Con respecto a las facultades de los administradores de la sociedad anónima han prevalecido en Costa Rica algunas prácticas incorrectas que han desviado la misma interpretación normativa. En primera instancia, nuestra legislación mercantil partiendo de la hondureña, sigue la teoría de la representación orgánica mencionada con anterioridad, y es en este sentido que el artículo 182 otorga la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al presidente de la junta directiva, quien vendrá a ser entonces en sí mismo un órgano de la sociedad -el cuarto órgano-. Dicho artículo faculta a su vez la constitución de apoderados voluntarios de la sociedad, cuyas facultades podrían ser limitadas por acuerdo de socios, limitación que no resulta viable con respecto a las facultades del Presidente⁴⁷, tesis esta última que hasta

45 L., op. cit. en nota 4, pp. 70-74, y 287-288.

46 Gastón, *“Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas”*, en Revista Iustitia, N° 232-233, San José, Costa Rica, Año 20, abril-mayo 2006, pp. 22 ss.

47 Al respecto ver, CERTAD MAROTO, Gastón, *“El órgano representativo de la sociedad anónima (Apuntes sobre la -mal interpretada- “representación” de sociedades anónimas)”*, en revista Iustitia, N° 217-218, pp. 20-26.

hace poco menos de dos años fue adoptada correctamente por nuestra Sala Primera que, en beneficio de nuestro desarrollo jurídico, tuvo la templanza de enderezar en criterio poco feliz e inexacto que había rondado hasta esa fecha por nuestro alto Tribunal ⁴⁸.

Por otro lado, con respecto a la distribución de facultades entre los órganos de la sociedad, algunos autores han considerado que nos encontramos en un proceso de acercamiento a un modelo oligárquico, en contraste con el modelo democrático, pasando de una concentración del control en la asamblea de socios a un fortalecimiento de las facultades del órgano administrador, que deberá gozar de autonomía para la ejecución de sus facultades frente al órgano deliberativo ⁴⁹.

En este sentido es harto conocido que el legislador del 64 otorgó a la asamblea de socios de la s.a. una competencia residual (artículo 152 *in fine*), siendo que le corresponderán las facultades que no le hayan sido atribuidas por el legislador o por las partes a otro órgano social. Ahora, esperaríamos que hubiera claridad en cuanto a que sus facultades se extienden hacia el ámbito de las facultades no concedidas a ningún otro órgano, pero de ninguna manera podría arrogarse la asamblea facultades expresamente otorgadas a otros órganos. En este sentido MARTÍNEZ GUTIÉRREZ ha señalado que *“aunque la*

*subordinación del órgano de administración al órgano asambleario implique una evidente dependencia política, uno de los principios configuradores de las sociedades de capitalistas radica en la atribución en exclusiva al órgano de administración de la competencia para realizar los actos necesarios para la consecución de los fines sociales, no pudiéndose admitir, con carácter general, intromisiones de la Junta en este ámbito competencial”*⁵⁰.

Así, el artículo 187 le otorga la facultad al consejo de administración de nombrar gerentes, apoderados, agentes o representantes, ante lo cual podría concluirse que la facultad de concluir contratos de mandato con respecto a la sociedad compete al consejo, no a la asamblea, criterio que lamentablemente no necesariamente es atendido por los registradores del Registro Público. Por otro lado, la jurisprudencia patria ha considerado que tal facultad encuentra su límite en la gratuidad de los actos, de manera que para una realizar una donación, por ejemplo, se requiere de la anuencia y autorización expresa de la asamblea ⁵¹.

Sin embargo, si tomamos como postulado que el único límite que conocen las actuaciones del presidente del consejo de administración radica en el objeto social, no pareciera correcto hacer tal distinción con respecto a

48 En cuanto al “viejo” criterio véase el voto N° 1086-F-04 de las 9:15 horas del 24 de diciembre del año 2004 y sobre la nueva y correcta posición véanse los votos N° 489-F-2005 de las 9:30 horas del 13 de julio del año 2005 y 000489-F-2005 de las 8:50 horas del 8 de setiembre del 2005. Este nuevo criterio de la Sala Primera ha sido seguido por el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, voto 075-2007 de las 9:10 horas del 27 de febrero del 2007 y por la Sección Segunda, voto 019-2006 de las 15:10 horas del 3 de febrero del 2006.

49 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, *“La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (Delimitación y concurrencia)”*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 27-31.

50 op. cit. en nota anterior, pág. 30.

51 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N° 429-F-00.

los negocios gratuitos, ya que en el desarrollo mismo del objeto social, y para el ejercicio del comercio, podría ser necesaria la ejecución de actos gratuitos con miras a la obtención de una ganancia futura relacionada con el fin social perseguido.

d. Inscripción de los contratos de mandato en el Registro Público.

Los poderes (de naturaleza civil) generales y generalísimos, además de ser otorgados en escritura pública, es necesaria su inscripción “en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad” (artículo 1251 *in fine* C.C.), particularmente en el Registro de Personas, a su vez adscrito a la Dirección de Personas Jurídicas, y surtirán efectos respecto de terceros a partir de la fecha de su inscripción –efectos constitutivos del acto de inscripción–⁵². Paralelamente, el artículo 235, inciso c) del Código de Comercio establece la necesaria inscripción, en el Registro Mercantil, de los poderes generales y generalísimos que otorguen los comerciantes, así como la revocación, sustitución, modificación o prórroga de los mismos; y el inciso d), la de los poderes conferidos a los gerentes, administradores y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales y extranjeras. En este sentido los contratos de mandato de naturaleza mercantil serán inscritos en el Registro Mercantil, adscrito igualmente a la Dirección de Personas Jurídicas; sin embargo, ante ausencia

de norma especial mercantil en cuanto a los efectos de la presentación al Registro para la inscripción de estos mandatos, se aplica la regulación civil –general, artículo 455 C.C.–, por lo que los mandatos mercantiles susceptibles de inscripción surtirán efectos respecto de terceros desde **la fecha de presentación** al Registro y no desde la fecha de inscripción –inscripción con efectos declarativos–, sin que pueda aplicarse a esta materia la excepción puntual que hace el legislador del 1888 con relación a los poderes civiles generales y generalísimos, de acuerdo al citado ordinal 1251⁵³.

La naturaleza declarativa o constitutiva de la inscripción de los contratos de mandato mercantiles aunque pareciera evidente y sencilla, no ha sido un tema pacífico entre los operadores y los estudiosos del Derecho, y ha sido ampliamente expuesto por el Dr. CERTAD en sendas ocasiones⁵⁴.

V. El contrato de mandato en el derecho comparado.

a Italia

La legislación italiana desde el año 1942 logró enderezar de manera bastante provechosa la regulación del contrato de mandato. Así, el artículo 1703 del *Codice Civile* lo define en los siguientes términos: “**Il mandato é il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del altra**”⁵⁵.

52 Código Civil artículos 1251 párrafo tercero, 466 inciso 6; Reglamento del Registro Público N° 26771-J, artículo 3 inciso b y 23.

53 Código de Comercio artículo 235 incisos c) y d); Código Civil artículo 455; Reglamento del Registro Público N° 26771-J, artículos 3 inciso b) y 24.

54 G., op. cit. en nota 30.

55 Codice Civile. Capo IX: Del Mandato, Sezione I: Disposizioni generali. Artículo 1703. <http://www.studiocentelano.it/codici/cc/IIIV/II.htm> Fecha de ingreso: 12:26 horas del 30 de abril del año 2006.

Sin entrar en detalle acerca de la figura del mandato en la legislación italiana, se pueden extraer algunas particularidades de la misma que deberíamos tener en cuenta para alguna eventual depuración que queramos hacer con respecto al mandato en Costa Rica. En primera instancia se menciona solamente la figura del mandato general, indicándose que incluye en principio actos de administración, y para que abarque también otras atribuciones debe indicarse así de manera expresa, así que será determinado por las partes la limitación del contenido del mandato, así como los negocios para los cuales se habrá conferido.

Existiendo en Italia una regulación independiente para la representación (*Codice Civile, Capo VI Della Rappresentanza. Articoli 1387-1405*), al establecerse con respecto al mandato la posibilidad de que sea con o sin representación, en el primero de los casos simplemente se remite a los artículos que regulan tal figura, solucionando de esa manera la confusión entre mandato y representación, así como la determinación de la normativa aplicable a cada uno de ellos.

Se prevé también la *natural extensión del mandato mercantil* a la que se refería Vivante, a pesar de que en Italia no existe la dicotomía mandato civil-mandato mercantil, siendo que existe solamente uno. Al respecto, el artículo 1708 establece que *“il mandato comprende non solo gli atti per i quali é stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento”*.

El mandato se presume oneroso, lo que lleva a consecuencias prácticas, como por ejemplo, la necesaria indemnización ante la revocación de un mandato oneroso que haya sido conferido por un tiempo o para un acto determinados, salvo que medie justa causa. Igualmente ante la renuncia del mandatario debe mediar un

preaviso adecuado, estableciéndose también la obligación de indemnizar ante una renuncia injustificada, y la obligación de indemnizar la revocación de un mandato en el que se hubiera pactado la irrevocabilidad, salvo justa causa (artículos 1723-1727).

En lo que con a la extinción del mandato respecta se entiende que este no se extingue si el ejercicio de la empresa es continuado (artículo 1722); y si fue conferido en beneficio de terceros o del mandatario, no se extingue por revocación del mandante, ni por su muerte o incapacidad sobrevenida (artículo 1723).

En otro orden de ideas, con respecto a la sustitución del mandato cuando la misma no estuviera autorizada, el mandatario no responde de los actos del sustituto si la sustitución había resultado necesaria por la naturaleza del encargo (artículo 1717). Cuando el mandatario tenga en su custodia bienes del mandante podrá venderlos si ello fuere necesario por urgencia en la conservación de los mismos (artículo 1718), existiendo también una separación entre los bienes del mandatario propiamente dichos y los bienes que están en propiedad del mandatario en virtud de la ejecución del mandato, encontrándose estos últimos protegidos de los acreedores del mandatario.

Lo referente al conflicto de intereses, así como a la contratación consigo mismo -autoentrada-, se regula en el Capítulo VI De la Representación.

b España y Honduras.

Tanto en España como en Honduras se echa de menos una regulación particular referente al mandato mercantil, pues el mandato en sí mismo solamente se regula en los respectivos

Códigos Civiles, los cuales siendo el segundo una copia al carbón del primero⁵⁶ se analizarán ambas normativas en un mismo apartado.

El mandato se define como el contrato mediante el cual “*se obliga una persona a prestar un servicio o hacer una cosa por cuenta o por encargo de otra*”⁵⁷. En primera instancia, no se hace referencia a la realización de un acto jurídico, sino a la prestación de un servicio, lo cual podría llevar a confusiones con otras figuras jurídicas como la gestión de negocios, la relación laboral o el arrendamiento de servicios. Con respecto a las primeras dos figuras MÉNDEZ, señala que se diferencian del mandato en virtud de que en la gestión no existe un contrato propiamente dicho, y del contrato laboral en virtud de la autonomía de la voluntad de la que goza el mandatario ⁵⁸.

Se regula la existencia de dos tipos de mandato, el general, que comprende todos los negocios del mandante, y el especial que comprende solamente un o varios negocios, entendiéndose que el mandato en

principio solamente comprende actos de mera administración, siendo necesario mandato expreso para *actos de riguroso dominio*. Igualmente se establece que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, salvo que actúe de manera que se repute más ventajosa para el mandante.

El mandato civil contempla la indemnización en caso de renuncia del mandato, solamente que deja un ámbito muy amplio para ello sin especificar la razón que debe implicar la existencia de la indemnización (C.C. Honduras art. 1915, C.C. España art. 1736). Nos resulta amplia la determinación de que el mandatario deba indemnizar al mandante ante su renuncia si esta le produce daños, ya que establece una responsabilidad objetiva con respecto al mandatario, derivada solamente del acto de renuncia en sí mismo.

Con respecto al ámbito mercantil, en Honduras no existe una regulación expresa del mandato, sino que se menciona de manera disgregada en distintos artículos del Código de Comercio⁵⁹.

56 Entre el Código Civil de Honduras y el de España existen tres diferencias, una de ellas en virtud de una reforma que se hizo en el año 2003 al artículo 1732 español añadiendo un párrafo que dice: “*El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*”; luego el artículo 1899 hondureño añadió un párrafo no previsto en el Código español: “*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*.”; y por último el artículo 1713 *in fine* español establece que “*La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores*” y el artículo 1892 hondureño, al final de esa frase añade “*y viceversa*”.

57 Código Civil de Honduras, Título VII: Del Mandato. Artículo 1888; Código Civil de España, Libro IV, Título IX, Capítulo I: Del Mandato, Artículo 1709.

58 MÉNDEZ, R-VILALTA, E., op. cit. en nota 28, pp. 11-12.

59 Artículos: 23, 152, 209, 219, 220, 222, 370, 468, 469, 470, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 1054, 1316, 1413 y 1588, sin perjuicio de que exista alguno otra de cuya existencia no nos percatamos.

Entre algunas particularidades puede mencionarse que no se prevé la existencia de la carta-poder, sino que la representación de los socios en las asambleas debe hacerse en la manera que así lo establezca el pacto social, y en silencio de este debe ser por escrito (art. 152). Con respecto a la figura del mandato, cabe anotar que sí se denota una diferencia entre ésta y la representación, al establecerse que la representación termina por las causales que determine la ley y *la relación adicional de mandato, prestación de servicios o trabajo*, de acuerdo a las normas que regulen a este contrato, a lo cual cabe nada más aclarar que debe recordarse que la representación no solamente surge por acuerdo de partes, sino que existe también por disposición legal, pudiendo esta última abarcar a la representación orgánica de las sociedades mercantiles, aunque algunos autores consideran a esta última como una figura independiente, tanto de la representación legal como la voluntaria⁶⁰.

Se denotan también en el Código de Comercio hondureño algunas imprecisiones con respecto a la representación, como por ejemplo en el artículo 732, en el cual se indica que *el representante actúa en nombre o en interés del representado*, conceptos que no parecieran poder utilizarse como análogos, ya que en un mandato sin representación también se actúa en interés del mandante.

En este Código se retoma el tema del mandato para efectos de los auxiliares de comercio. Así,

el factor ostenta un mandato representativo en operaciones concernientes al objeto de la empresa (art. 356); igualmente los dependientes, cuyas actuaciones obligan al principal en la materia de su encargo (art. 368), salvo los dependientes viajeros quienes al estar facultados para transmitir ofertas a lo sumo tendrían un mandato sin representación, aunque inclusive podría no existir tal mandato, sino tan solo una mediación en negociaciones mercantiles.

Respecto de los agentes de comercio se establece en primera instancia que obran por su cuenta y riesgo, en virtud de lo cual no parece poder desprenderse la existencia de un mandato; y más adelante se añade que en determinadas circunstancias podrán actuar en nombre del principal (art. 373), pero si no hay actuación por cuenta ajena, tal representación se derivaría más bien de una gestión de negocios o alguna otra figura distinta al mandato.

La comisión por su parte se percibe como el contrato mediante el cual se actúa por cuenta ajena y en nombre propio (art. 805); sin embargo su redacción resulta un poco confusa al afirmar que por medio de la comisión se desempeñan *mandatos*, entendiendo por tales probablemente encargos.

El Código de Comercio español por su parte, no prevé una regulación general del mandato, sino que el mismo es regulado a partir de los auxiliares de comercio. Sin embargo, el artículo 281, ubicado precisamente entre el articulado referido al contrato de comisión y el referido

60 "No obstante debe anotarse que la representación orgánica no puede encuadrarse en ninguno de los dos tipos representativos tradicionalmente previstos en el Derecho Civil, manifestándose, por tanto, como un *tertium genus* entre la representación legal y voluntaria, con las que presenta evidentes semejanzas y diferencias." MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á., op. cit. en nota 49, p. 79. En el mismo sentido ver DIEZ PICAZO, quien considera que en la representación que existe con respecto a una persona jurídica media siempre un acto voluntario, como por ejemplo los estatutos sociales, op. cit. en nota 4, pp 285-288.

al factor, pareciera ser un intento de ello, con las limitaciones que tiene el hecho de que se trate de un artículo aislado: “*El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilién en él*”. A partir de este artículo pareciera desprenderse que, a diferencia de la legislación civil, en el ámbito mercantil se tiende a unir los conceptos de mandato y representación. Igualmente en el artículo 292 se menciona la posibilidad de que los comerciantes nombren personas para que actúen por su cuenta y en su nombre, a los cuales denomina más adelante dependientes o mandatarios, quedando plasmada la noción evidentemente representativa a partir de la cual se entiende el contrato de mandato.

Por su parte, el Código español define el contrato de comisión como “el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”⁶¹. Luego, en el artículo siguiente -245- pareciera cometerse el mismo error manifiesto en el Código de Comercio costarricense, en cuanto se percibe la existencia de una comisión en nombre propio o ajeno, respecto de lo cual caben dos conclusiones posibles: o se interpreta de manera conjunta este artículo con los artículos 281 y 292 mencionados con anterioridad para concluir que en España el mandato mercantil es siempre representativo, o partimos de que realmente la intención del legislador fue permitir la existencia de mandatos mercantiles representativos y sin representación, pero confunde el término comisión con el de mandato mercantil. Entendiendo de esta manera que en España “comisión” viene a ser el *nomen iuris* que el legislador le asigna al mandato mercantil, el cual podrá ser representativo o no

representativo, quedando así al descubierto la figura de la comisión, a la cual al robarle el nombre sustrajimos también la normativa especial referida a ella.

Algunas de las particularidades previstas con respecto a la comisión, no necesariamente achacables al mandato general, radican por ejemplo en lo que se indica con respecto a las obligaciones del comitente, siendo que éste responde por los daños ocasionados en caso de que no cumpla con el encargo, por la malicia o abandono del encargo así como por no seguir las instrucciones del mandante, o por operaciones hechas sin la autorización de este último a un precio más elevado que el de la plaza. No encontrándose autorizado el comisionista para delegar el encargo sin la anuencia del mandante, pero si podrá tener dependientes.

Con respecto a la remuneración del contrato sin embargo se hace referencia a un “premio de comisión”, cuando en realidad lo que gana el comisionista es una comisión, resultando en alguna medida peligrosa la denominación de premio que se le da.

Por otro lado se extrae del mencionado artículo 244 que el Código de Comercio español determina la mercantilidad del mandato – comisión- en virtud de los actos para los cuales se haya suscrito el contrato y de la naturaleza de comerciante del comisionista o del comitente, condiciones no excluyentes entre si.

La figura del factor (artículo 281 a 292) se asemeja a la costarricense, de manera que éste ostenta un mandato representativo. Se hace también un mal uso de ciertos términos, en cuanto al referirse al mandante, o en todo caso principal en el contrato de factoría, se le denomina “comitente”.

En el caso de los dependientes y mancebos se prevé la obligatoriedad de cancelar una indemnización ante la terminación unilateral del contrato (art. 299), pudiéndose dar término al contrato con el otorgamiento de un preaviso de un mes a la contraparte. Con respecto a los dependientes igualmente se prevén causales particulares por las cuales tanto los dependientes como el principal podrán dar por terminado válidamente el contrato sin incurrir en responsabilidad (artículos 300 y 301), como por ejemplo, el no haber recibido el pago o sueldo convenido en el caso del dependiente, y el abuso de confianza como causal en beneficio del principal.

c. Chile.

La legislación chilena prevé la existencia tanto de un mandato civil como de uno mercantil; sin embargo, en la exposición de motivos del Código de Comercio se establece la relación de especialidad que se vislumbra entre ambas figuras, bajo la noción de que el mandato civil es el instituto en sus rasgos más genéricos, existiendo algunas variaciones específicas en el campo mercantil. En este sentido la exposición de motivos explica que *“felizmente los principios del mandato común se encuentran sabiamente expuestos en el Código Civil, y supuesta la existencia de tan precisos antecedentes, el verdadero trabajo de la redacción del Proyecto ha consistido*

*en la clasificación de las materias que debían entrar en la composición en el Título VI, en la ampliación y modificación de esos principios de acuerdo con las necesidades peculiares del comercio y en la agregación de ciertas reglas relativas a la administración del comisionista en general, al derecho de retención que se le concede para asegurar el pago de su salario, anticipación, interés y costo, y a la fijación de las obligaciones especiales que se imponen a los comisionistas para comprar, vender o realizar en su propio nombre el transporte de mercaderías”*⁶².

Es menester señalar que echamos de menos en el Código de Comercio de este país una regulación general del mandato mercantil, pues mientras el artículo 233 define tal contrato, el artículo 234 menciona los tipos de mandatos mercantiles, para establecer luego una regulación segregada del mandato en razón de los tipos particulares previstos.

Así ese mandato común al que se hace referencia presenta algunas características de importancia: existe el mandato especial, referido a uno o varios negocios, y el mandato general, referido a todos los negocios del mandante ⁶³ ⁶⁴, confiriéndose exclusivamente facultades de administración⁶⁵, salvo que expresamente se indique lo contrario. También se incluye la obligación del mandatario de *ceñirse rigurosamente* a los términos del

61 España. Código de Comercio. Código de Comercio. 1885. Artículo 244.

62 Código de Comercio. Exposición de Motivos. <http://www.colegioabogados.org/normas>

63 El concepto de mandante se confunde con el de comitente (Código Civil. Artículo 2116), siendo figuras distintas que solamente coinciden en caso del mandato mercantil sin representación denominado comisión.

64 Código de Comercio. Artículo 2130. <http://www.colegioabogados.org/normas>

65 Código de Comercio. Artículo 2132. <http://www.colegioabogados.org/normas>

mandato, lo cual eventualmente tendría sentido en el campo comercial siempre y cuando se conserve la noción de la *natural extensión del mandato mercantil*.

Por otro lado, se establecen varias normas puntuales con respecto a las facultades de disposición que pueden otorgarse, como por ejemplo, que el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio, que la facultad de vender no comprende la de hipotecar ni viceversa como tampoco la facultad de transigir comprende la de comprometer y viceversa.

Con respecto a la terminación del mandato no se prevé la existencia de una indemnización ante la revocación o renuncia, ni el justo aviso que debería darse en estos casos; tampoco se menciona la irrevocabilidad del mandato, todos estos temas de gran importancia.

El artículo 233 del Código de Comercio define el mandato mercantil como “*un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño*”. En primera instancia debemos considerar que la noción de administrar negocios pareciera no ser la más indicada para describir un contrato de mandato, ya que pareciera restringirse un poco su campo de

acción, lo que no sucede cuando partimos de que el contrato de mandato es un contrato por el cual una persona se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra persona.

El sistema implementado en Chile dista bastante del utilizado en Costa Rica, y para estos efectos en las demás legislaciones analizadas anteriormente. Se parte de la existencia de tres tipos de mandatos mercantiles, a saber, la comisión, el mandato de los factores y dependientes y la correduría. Asimismo, se perciben cuatro tipos de comisiones: para comprar, para vender, para transporte por tierra, mares, ríos o canales navegables, y para ejecutar operaciones de banco.

Pareciera confundirse un poco la naturaleza de la relación entre el comisionista y el comitente, ya que se establece que el primero recibe siempre un salario por su gestión, término de índole laboral, resultando más conveniente considerar que lo que percibe el comisionista es, como lo indica precisamente el nombre del contrato, una comisión. Incluso algunos autores como GIUSEPPE AULETTA han considerado que la figura misma de la comisión excluye de suyo la existencia de una relación laboral, como si podría ocurrir en el caso del factor y de los dependientes⁶⁶.

Por otro lado, al igual que nuestro legislador, el chileno rompe los límites conceptuales de

66 Al respecto ver AULETTA, G-SALANITRO, N., op. cit., pág. 454 “Se il mandante è un imprenditore commerciale, il mandatario può essere definito un suo ausiliario: però -a differenza degli institori (n.43), dei procuratori e dei commessi (n.44)- egli è un ausiliario autonomo, perché non è vincolato da un rapporto di lavoro subordinato”.

la comisión, estableciendo que la posibilidad de que la comisión se ejecute con o sin representación (C de C art. 254).

Se denota igualmente la misma rigurosidad con respecto a la comisión mercantil, en cuanto se establece la obligación del comisionista de “sujetarse estrictamente en el desempeño de la comisión a las órdenes o instrucciones que hubiere recibido del comitente” (C de C art. 268⁶⁷), pareciéndonos más adecuado, por tratarse de materia mercantil, indicar, como se hace en Italia, que el mandato se entiende conferido no solo para los actos para los cuales fue otorgado sino para aquellos que resultan necesarios para el cumplimiento del mandato (Italia, art. 1708).

La regulación del mandato mercantil en Chile pretende ser demasiado exhaustiva, lo cual regularmente implica diversas complicaciones: en primera instancia resulta desfasada por los cambios en la realidad del comercio con gran rapidez, y luego al tratar de preverlo todo, necesariamente quedan al descubierto vacíos que luego resultan de difícil integración.

Solamente se prevé la indemnización por rescisión del mandato con ocasión de los factores y dependientes y cuando el mandato se hubiere pactado a término fijo (C de C art. 332), respecto de los cuales se entiende que ejercen un mandato representativo.

d. Francia

En Francia el mandato se encuentra regulado por la legislación civil, en los artículos 1984 a 2030 del *Code Civil*. El artículo 1984 establece que el mandato “*ou procuration est un acte par lequel une personne donne a une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*”.

En primera instancia salta a la vista, como se había mencionado con anterioridad, que el sistema francés limita el mandato a su modalidad representativa, de lo cual se deriva la consecuente confusión entre ambas figuras, las cuales no deben entenderse indisolublemente ligadas. Así, por ejemplo, nótese cómo se identifican los conceptos de mandato y procuración, cuando mas bien este último ha sido entendido en buena teoría como el negocio unilateral por medio del cual se confiere a otro facultades de representación⁶⁸. Igualmente la noción de mandato no se circunscribe a la realización de actos jurídicos, sino que se extiende, como expone el artículo supracitado, a un *hacer cualquier cosa*, lo cual podría traer confusiones con otras figuras como el arrendamiento de servicios y la gestión de negocios ajenos, sólo por mencionar algunos.

Siguiendo ahora la misma línea de todas las legislaciones analizadas -salvo la particular regulación prevista en el Código Civil

67 En el mismo sentido ver artículos 291 y 305 con respecto a las obligaciones del comisionista para vender y para comprar respectivamente.

68 Al respecto ver AULETTA G, SALANITRO N., op. cit. en nota 29, pág. 454: “Al mandato, si può aggiungere la procura, che invece è un negozio unilaterale, perché è costituito dalla dichiarazione di volontà del solo mandante.”

costarricense- existen dos tipos de mandato, especial, conferido para uno o varios negocios, y general conferido para todos los negocios, comprendiendo este facultades solo de administración, de manera que para enajenar o hipotecar devendrá necesario mandato expreso (CC art. 1987 y 1988).

La legislación mercantil no establece una noción general del mandato sino que se hace referencia a este contrato a partir de la regulación de los auxiliares de comercio, en el Título III del Código de Comercio, en los Capítulos I a IV, particularmente con relación a los agentes comerciales. Se evidencia en materia mercantil la misma confusión entre las figuras de la representación y el mandato. Con respecto al contrato de comisión el artículo 132-1 establece que "*Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil*".

De manera que, al igual que nuestro legislador, el francés entiende la posibilidad de una comisión con o sin representación, lo cual desnaturaliza el instituto mismo de la comisión. Sin embargo a partir del segundo párrafo del citado artículo 132-1, pareciera extraerse que la regulación prevista en el Código de Comercio, al menos con respecto al comisionista, se refiere exclusivamente a la comisión no representativa, siendo que cuando se ostenten facultades de representación la normativa aplicable será la regulación que el Código Civil contempla con respecto al contrato de mandato.

En todo caso el articulado referido a la comisión exalta cinco aspectos puntuales, a saber, (i) la existencia de un crédito preferente a favor del

comisionista con respecto a los bienes objeto del contrato; (ii) si el comisionista tiene a su cargo el transporte por mar o por tierra de la mercadería, debe inscribir en su libro del diario la naturaleza y la cantidad de la mercadería; (iii) el comisionista responde por los daños y pérdidas de la mercadería; (iv) el comisionista responde por la entrega en tiempo de la mercadería y (v) responde también por el comisionista intermediario que recibe la mercadería.

Luego, se prevé la figura del agente comercial como un mandatario que, como profesional independiente, se compromete de manera permanente a negociar y eventualmente a concertar contratos de venta, compra, alquiler o prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, empresarios, comerciantes u otros agentes comerciales (Artículo 134-1). Como rasgo distintivo de la regulación de los agentes se establece la obligación de que la relación entre el agente y el mandante debe regirse por el principio de lealtad y por el deber de información recíproca (134-4).

Como en Italia se regula la existencia de un preaviso ante la revocación del mandante o la renuncia del agente, sin embargo el preaviso se concibe únicamente en los casos en que el contrato sea por tiempo indefinido, que podría relacionarse analógicamente con la referencia al mandato irrevocable en el Código Civil italiano, y se instituye en términos mucho más rigurosos con respecto al plazo. En este sentido el preaviso deberá ser de un mes por el primer año de contrato, dos meses por el segundo año ya comenzado y de tres meses por el tercer año comenzado y los que sigan a partir de allí. Dichos plazos corresponden a un mínimo, pudiendo únicamente ampliarse por acuerdo de partes, siempre y cuando el plazo de preaviso previsto para el mandante no sea más corto

que el previsto para el agente, pudiendo ser en tal caso más corto el plazo del agente por no referirse la ley a tal extremo (art. 134-11).

La indemnización solamente se prevé en beneficio del mandatario (agente), pero no habiendo prohibición expresa al respecto, igualmente podría entenderse válida la determinación de una indemnización a favor del mandante.

6. Necesaria modernización del contrato de mandato.

Luego de este trayecto sumario a través de los vaivenes de la teoría y la regulación normativa desarrolladas en torno al contrato de mandato, parece desprenderse por su propio peso la afirmación de que en efecto ha existido una lamentable confusión, tanto a nivel doctrinal como de derecho positivo, con respecto a esta figura con la representación, lo que no justifica las insuficiencias presentes en la normativa costarricense ni mucho menos la carencia de un desarrollo doctrinal adecuado, sino que a lo sumo vendría a ser una mera explicación o recuento histórico de un error.

En primer lugar debe divorciarse de manera definitiva el mandato de la representación, logrando con ello que se logre entender finalmente que se trata en efecto de figuras distintas, las cuales pueden encontrarse o no ligadas entre sí en un caso concreto. Para esta tarea sería de gran ayuda que nuestra legislación comercial diera un pequeño espacio a la figura de la representación propiamente dicha, como felizmente se hizo en la legislación italiana, lo cual permite la gran ventaja de que ante un mandato representativo, simplemente se remita al operador a las normas de la

representación, figura cuya trascendencia en el desarrollo del comercio ya de suyo justifica que se le de un tratamiento independiente.

Evidentemente si pudiéramos elegir libremente el rumbo de nuestro país, no podríamos dejar de lado la evidente necesidad de que se desarrolle esta temática, como muchas otras más, también a nivel de doctrina. Cuando el ordenamiento jurídico contiene fallas de la envergadura de las señaladas y el desarrollo jurídico simplemente las permite, esas fallas no tardan en incorporarse al imaginario colectivo, y con ello se limitan de manera radical las posibilidades de avance y desarrollo, y es que ¿cuáles si no estas son las reales limitaciones al comercio que debemos apresurarnos a eliminar?, ¿qué más daño se le puede hacer a un país y a su desarrollo económico que negarle las herramientas jurídicas necesarias para crecer y expandirse?

Volviendo a nuestro tema de análisis, a raíz de esta breve pincelada con respecto al contrato de mandato, podemos arribar a varias conclusiones. En primera instancia, definitivamente Costa Rica necesita modernizar la figura del mandato como la prevé el actual derecho positivo, pues existen demasiados vacíos e imprecisiones que deben ser tratadas de frontalmente.

Ahora; podrían considerarse dos perspectivas posibles para afrontar la tarea de modernización del contrato de mandato: partiendo de la conservación del sistema dual de regulación del derecho privado (Código Civil y Código de Comercio), debería depurarse en este último cuerpo de leyes la figura del mandato como la prevé el Código Civil, incluyendo la pluralidad de mandatos que en el comercio existen.

La experiencia extranjera pareciera arribar a la conclusión de que la existencia de un mandato general y uno especial es suficiente. Así, cuando se quieran dar a una persona facultades de disposición con respecto a nuestros bienes, bastará con indicarlo así, lo cual garantiza además la ventaja de que el mandante tenga una noción de la amplitud de las facultades que le está entregando a un tercero, igualmente para el otorgamiento de actos que requieran un mandato específico como el matrimonio, bastará con indicarlo expresamente en el texto del contrato.

No cabe duda de que el instituto del mandato, desde los usos prácticos entre el *dominus negotii* y el gestor, ha sido utilizado para el comercio, regulándose más adelante en los procesos de codificación en los Códigos Civiles por el carácter de general y supletorio que ha tenido el Derecho Civil, y por considerarlo a fin de cuentas la norma general frente a los Códigos de Comercio que contienen las normas especiales. Así, es precisamente en el comercio en donde vemos cotidianamente diversas formas de utilizar el contrato de mandato, con y sin representación.

Siendo entonces que es el comercio el que para su normal y efectivo desarrollo requiere de la figura del mandato, necesariamente nuestro Código de Comercio debe tener una sección o apartado (tal vez en el Libro Segundo) en el cual se regule tan importante figura, en lugar de la fragmentada regulación que existe hasta la fecha.

Entre las cuestiones de deberán ser reguladas en el Código de Comercio, debe tenerse presente que existen causales de extinción del contrato de mandato eminentemente mercantiles, como por ejemplo la venta del

establecimiento comercial e industrial; que existe también toda una serie de situaciones ante la revocación del mandato por el mandante o la renuncia del mandatario y las diversas modalidades de indemnización que pueden mediar ante tales situaciones que nuestra legislación hoy simplemente no contempla; no existe tampoco una protección de los acreedores del mandatario sin facultades de representación con respecto a los bienes que éste adquiera por motivo del mandato, etc.

Como estas, al retomar algunas particularidades ya previstas desde décadas atrás en otras legislaciones, existen muchas situaciones que deben regularse, y deben regularse con miras a los problemas sociales típicos, los cuales precisamente tienen lugar en el comercio, así que la modernización del contrato de mandato debe de hacerse dentro de la perspectiva de comercialización del derecho privado.

En otro orden de ideas, como segunda opción, de unificarse la normativa civil y la comercial, en primera instancia se haría evidente la comercialización del derecho privado con respecto al contrato de mandato, ya que al regularse en este texto uniforme, si se elabora su redacción de una manera lógica, el resultado debería ser un noción genérica del mandato, como lo necesita la práctica comercial. Con este remedio muy probablemente la noción "civilista" del mandato quedaría relegadas únicamente a los "ísimos" (mandato generalísimo y mandato especialísimo) tan curiosos de nuestra legislación que solamente guardan alguna eventual utilidad en el ámbito civil, utilidad que ha surgido simplemente de la costumbre y no de la necesidad en la existencia de tales contratos.

Así, podrían unirse ambos “ísimos” en un solo mandato, que se podría denominar tal vez “mandato personal”, *nomen iuris* completamente antojadizo que utilizamos a manera de ejemplo, en el cual deberán especificarse con claridad las facultades otorgadas, sin poder éstas extenderse a más de lo dispuesto en el contrato. De manera que si un sujeto quiere autorizar a alguien para que disponga de sus bienes o de su estado civil, en buena hora que se le exija aclarar de manera expresa las potestades que realmente desea otorgar.

No obstante, debe tomarse en cuenta que tal limitación responde a necesidades eminentemente civiles y no comerciales, siendo que tal rigurosidad no pareciera ser la modalidad más feliz de regular un contrato de mandato que nazca para ser utilizado por operadores del comercio. En cuyo caso cabría incluso la posibilidad de que en virtud de la *natural extensión del mandato mercantil*, la cual hemos reiterado a lo largo de la presente disertación, un mandatario general pueda entenderse para realizar los actos de disposición que se deriven del giro comercial de los actos jurídicos o negocios encomendados.