

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PODER O MANDATO IRREVOCABLE

Miguel Ángel Beltrán Lara



El otorgamiento de poderes y la celebración de contratos de mandato, ambos con el carácter de irrevocable, es una práctica común en la actividad jurídica y comercial de nuestro país.

En la ley su regulación es escasa y confusa y si bien es una figura que permite en algunos casos agilizar o facilitar las operaciones, también genera consecuencias que eventualmente podrían perjudicar a quienes las realizan.

En este estudio se harán algunas reflexiones en torno a ello, basadas en casos reales en que el autor ha tenido oportunidad de intervenir en su carácter de notario, para ello se recordarán previamente los conceptos y principales características de la representación del poder y del mandato.

I. LA REPRESENTACIÓN

Debido a la variedad de perfiles que la Institución presenta, difícilmente tendremos la posibilidad de contar con un concepto homogéneo y totalmente preciso de la representación, sin embargo, su utilidad es ya indiscutible, pues permite actuar a una persona simultáneamente y en diversos lugares, es decir, genera una “multiplicidad” de la persona y sus alcances solo están limitados por los actos de carácter personalísimo, como por ejemplo el otorgamiento de un testamento. La representación es también un medio que le permite al derecho que se logre una determinada consecuencia.

Para el maestro Borja Soriano, “hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera

celebrado el contrato (o ejecutado el acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero”.¹

Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “la representación se puede definir como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra”.²

Se habla de representación directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre el representado y el o los terceros, como en los casos de apoderados, tutores, padres en ejercicio de la patria potestad, etcétera; y de representación indirecta cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, por ejemplo, el mandato, la prestación de servicios, la asociación en participación, casos en los que se establece entre dos personas una relación jurídica interna, desconocida y en ocasiones fingida para el tercero, pero al final de cuentas los efectos jurídicos repercuten en el patrimonio de quien encomendó el negocio, de ahí que se considere indirecta la representación.

En cuanto a los tipos de la representación, es comúnmente aceptado que se trata de tres:

- a) La legal;
- b) La voluntaria y
- c) La necesaria también llamada orgánica.

La primera, es decir, la legal, tiene su origen en la ley, un precepto legal que faculta a una persona para actuar u obrar en la esfera jurídica de otro. Esas facultades tendrán las limitaciones que la propia ley señale. Este tipo de representación se da para el caso de incapaces (menores de edad o interdictos) o también para el caso los ausentes. Como ya indicábamos, las limitaciones también estarán establecidas en la propia ley como por el ejemplo la prohibición de enajenar bienes inmuebles por parte de los padres en ejercicio de la patria potestad, entre otras.

Por lo que toca a la representación voluntaria, ésta no tiene su nacimiento en la ley, sino exclusivamente en la manifestación de voluntad de un sujeto consistente en permitir a otro que afecte el patrimonio del primero. En virtud de la autonomía de la voluntad, este sujeto autoriza para que actúen en su nombre y por su cuenta. De igual modo, las limitaciones a este

¹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1982.

² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación. Poder y Mandato*, Editorial Porrúa, México, 1984.

tipo de representación surgirán exclusivamente de esa manifestación de voluntad del sujeto.

En última instancia nos referimos a la representación necesaria u orgánica, la cual se da para el caso de las personas morales, ya que como es sabido necesita de personas físicas que materialicen las funciones de esta persona moral. En este sentido existen teorías que tratan de explicar esta situación jurídica, por un lado, la teoría organicista, y por otro la de la representación necesaria.

La primera, es decir, la organicista, asimila a la persona moral (jurídica) con la persona natural (humano), en el sentido de considerar que, así como el ser humano funciona a través de sus órganos vitales, la persona moral de igual modo funciona a través de órganos con naturaleza diversa integrados por personas físicas, ya sean de decisión (asamblea) o de ejecución (administradores y apoderados). Esta teoría considera que cuando el representante de una persona moral actúa por ella, no lo está haciendo tanto como un representante, sino que lo está haciendo por el hecho de poder actuar directamente, acción que es directa e inmediata a través del órgano social.

De acuerdo con esta teoría, las personas morales accionan por medio de sus órganos que no las representan, sino que, más bien, forman parte de dichos entes; de ese modo, no es que el administrador ejecute un acto por la sociedad a la cual representa; ésta ejecuta directamente dicho acto mediante la intervención de su órgano de administración.

Por el contrario, para la teoría de la representación necesaria, no hay una acción directa, no hay una actuación a través de un órgano, sino que hay una efectiva y real representación, pero una representación que en el caso de las personas morales es absolutamente necesaria, es decir, en todo caso ha de darse esta representación, ya que por la imposibilidad de la persona moral de poder manifestarse o expresar conductas directamente, deben necesariamente manifestarse a través de un representante.

La representación necesaria u orgánica no es considerada como voluntaria, por carecer el ente representado de la posibilidad de él mismo hacer el encargo de dicha representación, y tampoco es una representación legal por no corresponder su ejercicio a personas señaladas en la ley sino convencionalmente designadas.

II. EL PODER

En la legislación civil mexicana, el poder y el mandato son considerados como uno solo —esto producto de su tan estrecha relación— y han sido objeto de un tratamiento único, situación que es inexacta, ya que, a pesar de

sus similitudes, son de naturaleza diversa. En este apartado abordaremos únicamente consideraciones relativas al poder para posteriormente abordar el tema del mandato y, por último, apuntar algunas de sus diferencias.

El poder es el otorgamiento de facultades, es el acto unipersonal o unilateral por el que el poderdante faculta al apoderado, es decir, le da la posibilidad de celebrar uno o varios actos jurídicos por cuenta del primero; tiene como fuente la voluntad del sujeto por lo que en ese sentido estamos frente a un tipo de representación voluntaria.

También ha sido considerado como el documento por medio del cual se acredita la representación que ostenta una persona en relación con otra.

El poder surte efectos frente a terceros y para su realización tiene que estar unido a otra figura jurídica: el mandato. El apoderamiento no tiene un fin en sí mismo, sino que sirve de medio para la realización de conductas y consecuencias jurídicas posibles mencionadas o reguladas por otro acto jurídico. De acuerdo a Bernardo Pérez Fernández del Castillo, es abstracto por no referirse a casos concretos; autónomo, porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio; pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio jurídico que exprese el alcance de la representación.

La doctrina alemana considera al poder como un negocio abstracto, como un negocio que tiene entidad por sí mismo y que produce consecuencias por sí mismo, independientemente del fondo que lo haya generado y de la relación o de la situación que haya obligado a generar el poder. Se habla de un negocio subyacente y de un poder aparente.

Por otro lado, existe otra teoría llamada “funcionalidad del poder”, propuesta por Federico de Castro, en la cual se entiende al poder simplemente como un negocio neutro, como un negocio dentro del cual se puede aprovechar su sustancia para poder proyectar las consecuencias que se quieren y permitir la ejecución de cualquier negocio jurídico. Es meramente un medio para que se pueda actuar.

Se trata de un acto unilateral en virtud de que en su estructura únicamente interviene el poderdante, que es quien confiere las facultades indicadas al apoderado, éste último que no interviene para nada en el otorgamiento del poder, solamente se le hará saber por el otorgante que se le ha conferido un poder.

El otorgamiento del poder debe ser de manera expresa, nunca tácita, y quien lo otorga debe tener capacidad de ejercicio plena, y en cuanto a su forma atenderemos a las reglas del mandato establecidas en la legislación civil y que podemos resumir en verbal, carta poder con dos testigos, carta poder con testigos y firmas ratificadas ante notario o autoridad judicial o administrativa y por último en escritura pública; esto dependiendo de la importancia cuantitativa y cualitativa del negocio o acto de que se trate.

III. EL MANDATO

En contraposición al poder como acto unilateral, el mandato es un acuerdo de voluntades, un contrato. Así lo establece el artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal; el precepto lo define como el contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga; también se desprende de este artículo que el mandato tiene la especialidad de que solo puede recaer en actos jurídicos y no en hechos.

El mandato en nuestra legislación tiene la particularidad de la posibilidad de la ausencia de la idea de la representación, ya que como lo dispone el artículo 2560 del código, el mandatario podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante; en otras palabras podrá desempeñar el encargo con representación o sin representación, asimismo los efectos de los actos jurídicos realizados por el mandatario se entienden por cuenta del mandante, es decir, quien recibe el provecho o el perjuicio el acto jurídico realizado por el mandatario es el mandante.

Con relación a las especies del mandato en general podemos hablar de las siguientes:

a) *Mandato representativo*: Es aquel en el que el mandatario realiza los actos jurídicos encomendados por el mandante, a nombre de este último, ostentándose el mandatario como un representante, actuando a nombre y por cuenta del mandante.

b) *Mandato sin representación*: En este caso el mandatario no se ostenta obrando en nombre y por cuenta del mandante, sino que aparece tratando el acto jurídico en nombre propio. Aquí los efectos de los actos jurídicos son entre el mandatario y los terceros, el mandante no tiene relación con los terceros, ni estos con el mandante.

c) *Mandato oneroso*: Por naturaleza el mandato es oneroso, ya que, aunque no se estipule algún tipo de remuneración para el mandatario, éste tiene derecho a cobrar honorarios por el desempeño de su cargo.

d) *Mandato gratuito*: Será aquel en que de manera expresa se establezca que tendrá dicho carácter.

e) *Mandato general*: Se refiere a una categoría de actos en general dependiendo al grupo o clases de que se otorgue, en este caso el mandatario puede realizar cualquier tipo de actos, con tal de que sean de la especie del mandato general que se le dio. El Código Civil vigente establece tres clases de mandatos generales: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio.

f) *Mandato especial*: En contraposición al general, este tipo de mandato solo puede referirse a un acto en particular, tiene que ser precisamente dirigido al objeto para el cual se dio.

g) *Mandato judicial*: Será aquel que se otorga para un cierto negocio jurídico de carácter contencioso.

h) *Mandato revocable*: Ésta es la regla, es decir, el mandante tiene la facultad de revocar el mandato y el mandatario de renunciar al poder mediante la declaración unilateral de voluntad de cada uno de ellos, esto precisamente por tratarse de un contrato *intuitu personae*.

i) *Mandato irrevocable*: Ésta es la excepción, ya que solo se pueden otorgar este tipo de mandatos bajo la premisa de que exista una condición en un contrato bilateral o por ser medio para cumplir una obligación contraída, tal y como lo establece el artículo 2596 del código que a la letra dice:

Artículo 2596.—El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída.

En esos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder.

La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.

En este orden de ideas, significa que, fuera de estos dos casos, no es posible que se otorgue un mandato irrevocable, ya que en ambos supuestos se establece que dicho contrato de mandato se encuentra ligado a otro contrato o a una determinada relación jurídica, por lo que para ser irrevocable debe ser siempre un mandato especial o limitado.

Este tipo de mandato no solo es irrevocable sino también irrenunciable, ya que tanto la renuncia como la revocación en los casos concretos que menciona dicho artículo, implicaría la modificación o la extinción por voluntad unilateral de una de las partes; en consecuencia se violaría el principio de la intangibilidad del contrato; si se llegare a dar en contravención a lo antes dicho, la revocación del mandato no produciría efecto alguno, en virtud de que el mandatario continuaría investido de las facultades que se le otorgaron por la propia naturaleza del mandato irrevocable. No obstante, dicho mandato irrevocable sí podría ser revocado judicialmente.

Atendiendo a la doctrina, podemos establecer la siguiente clasificación del contrato de mandato:

a) *Principal*: Existe por sí solo, su existencia no depende de otro acto jurídico, salvo cuando se otorgue para cumplir una obligación contraída con anterioridad o como condición de un contrato bilateral.

b) *Bilateral*: por obligarse ambas partes produciéndose obligaciones recíprocas como son, para el mandante: pagar los honorarios y los gastos y para el mandatario: a ejecutar los actos encomendados y rendir cuentas a aquel: excepcionalmente tratándose de un mandato gratuito puede ser unilateral en virtud de que no hay obligación de remuneración por parte del mandante.

c) *Oneroso*: Como ya lo indicamos antes esta es la regla, ya que consiste en la prestación de servicios, pero excepcionalmente puede convenirse expresamente en que sea gratuita.

d) *Intuitu personae*: Ya que este contrato se celebra en virtud de ciertas cualidades de la persona del mandatario; razón por la cual termina con la muerte de éste, ya que la realización de los actos jurídicos encomendados por el mandante tiene que llevarse a cabo personalmente por el mandatario, esto último con la excepción consistente en que se faculte al mandatario a sustituir o a otorgar nuevos poderes.

e) *Formal*: De lo cual hablaré al tocar los requisitos de validez.

Como todo contrato es pertinente ahora hablar de los requisitos de existencia y elementos de validez del mismo.

A. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL MANDATO

A. *Objeto*: De conformidad con el artículo 2548 del Código pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado, de lo que se infiere lo siguiente:

- a. El mandatario solo podrá realizar actos jurídicos.
- b. Esos actos deben ser lícitos.
- c. Posibilidad jurídica, es decir que realice actos en donde la ley no les prohíba la representación.
- d. Establecer la remuneración y expensas cuando así lo haya convenido.

B. *Consentimiento*: En este punto, podemos afirmar que hay reglas especiales toda vez que para la manifestación del acuerdo de voluntades no es igual para el mandante y para el mandatario. Es únicamente para el mandante que se exige una forma determinada. Por su parte, el mandatario puede aceptar ya sea de manera expresa o tácita, momento en el cual el mandato se reputa perfecto según lo establece el artículo 2547 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Artículo 2547.—El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su

profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato...

B. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MANDATO

Para este contrato no se establecen requisitos distintos a la regla general que establece el artículo 1795 del multicitado código, es decir, capacidad, consentimiento exento de vicios, motivo, objeto y fin lícitos y que el consentimiento se manifieste en la forma establecida por la ley.

A. *Capacidad*: En este apartado habrá que distinguir entre la capacidad requerida para el mandante y la requerida para el mandatario para este contrato.

Por lo que hace al mandante, para celebrar el contrato requiere la capacidad general, es decir, la mayoría de edad y que no tenga las limitaciones a que se refiere el propio artículo 450 del código, así como una capacidad legal, es decir, que no exista alguna prohibición expresa en la ley en función de carácter con el otorgue el mandato. Sin embargo, es importante atender a la clase de los actos jurídicos que son encomendados por el mandante, y así determinar si requiere de una capacidad especial en función de ese acto a ejecutar por el mandatario. Por ejemplo: si el mandante encomienda al mandatario la venta de un inmueble, el primero deberá estar legitimado para enajenarlo.

Por lo que respecta al mandatario, éste no requiere más que la capacidad general ya mencionada, siempre y cuando obre en nombre y representación del manante, pero si el mandatario obra en nombre propio habrá que atender a una capacidad especial atendiendo al acto en específico a ejecutar.

B. *Consentimiento exento de vicios y objeto, motivo o fin lícito*: como cualquier otro contrato, éste no es la excepción, es decir, debe celebrarse sin existir dolo, mala fe, violencia ni lesión, así como tampoco debe otorgarse en defraudación o contravención a la ley.

C. *Forma*: Existen dos formas diversas para otorgar un mandato: la verbal y la escrita atendiendo a lo siguiente:

- a. *Consensual*.—Cuando el negocio no excede de 50 veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México. Para su perfeccionamiento deberá ratificarse por escrito antes de que el concluya el negocio para el cual se otorgó.

- b. *Escrito privado*.—Cuando el negocio exceda de 50 pero no de 1000 veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México. Dicho escrito deberá ser ante dos testigos.
- c. Escritura pública o carta poder ante dos testigos ratificada ante notario, juez o autoridad administrativa:
 - i. Cuando se trate de un mandato general.
 - ii. Cuando la cuantía del negocio sea de 1000 o más veces el salario mínimo.
 - iii. Cuando en el ejercicio del mandato se tenga que celebrar un acto que deba constar en escritura pública.

D. El mandato judicial puede otorgarse en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez.

Después del análisis en general del poder y del mandato podríamos establecer algunas diferencias:

a) El mandato es un contrato, por su parte el poder tiene su fuente en la autonomía de la voluntad y se confiere unilateralmente.

b) El mandato es un contrato bilateral y por excepción unilateral, generalmente oneroso y por excepción gratuito; es principal e instantáneo y por regla general formal nace del acuerdo de voluntades; el poder es una declaración unilateral de voluntad emitida al tercero mediante la cual el poderdante hace saber cuáles son las facultades que ha otorgado a su apoderado para que actúe en su nombre y cuenta a efecto de que las consecuencias jurídicas de su actuación tengan impacto directo en la esfera jurídica del poderdante. El medio para conferirle lo es el poder o negocio de apoderamiento.

c) Si consideramos, como lo hace la ley, en que el mandato y poder son una sola idea, diríamos que solo pueden versar sobre actos jurídicos y no materiales, pero a contrario sensu, en virtud de que en el código regula el mandato y no propiamente el poder podríamos decir que el mandato es el que está limitado a versar sobre actos jurídicos y el poder podría versar sobre actos jurídicos y materiales por no prohibirlo expresamente la ley.

d) En el mandato, el mandatario puede actuar en su propio nombre en el caso del mandato sin representación, el contrato en este sentido no producirá efectos frente a terceros, por el contrario, con el poder el apoderado siempre actúa en nombre del poderdante.

e) El mandato como contrato establece una relación obligatoria para los contratantes, contrato que no necesariamente conocen los terceros, por su parte en el poder la representación ubica la posición jurídica del apoderado desde el lado externo, es decir, para el tercero que contrata con él, es un acto público, ostensible que necesariamente conoce el tercero.

f) El poder siempre encuentra su origen en un negocio subyacente que no necesariamente es el contrato de mandato, aunque lo frecuente es que al mandato lo acompañe la representación y que esta última tenga su fuente en el mandato.

IV. FUNCIONAMIENTO DEL PODER O MANDATO IRREVOCABLE EN LA PRÁCTICA

Una vez analizado lo anterior revisaremos algunos casos a fin de determinar el grado de utilidad, ventajas y desventajas del poder o mandato irrevocable:

Distrito Federal: Enero de 1995; el país se hallaba sumergido en una de las muchas crisis económicas que nos han aquejado, nuevamente el peso devaluaba a gran velocidad y la inflación crecía y crecía; por otra parte, cada día miles de personas se quedaban sin empleo y no había manera de que encontraran otro, las tasas de interés de los créditos hipotecarios se disparaban por lo que miles de personas al no poder pagar sus deudas se quedaban sin hogar.

En esas circunstancias, el señor Gabino Buenafuente, de 50 años, y su esposa Soledad Ginés, de 46 años, decidieron, por fin comprar un departamento; según ellos asegurarían el futuro de su familia. Así pues, después de buscar y buscar encontraron uno que era del gusto de doña Soledad, sin embargo, el precio excedía su presupuesto. El señor Buenafuente, como buen esposo mexicano quiso dar gusto a su esposa y decidió pedir un préstamo a su compadre para completar el precio. Así las cosas, el matrimonio Buenafuente-Ginés invirtió todo su dinero y más en la compra del mencionado departamento. Por ahí alguien les dijo que tenían que ir con un Notario para “escriturar” el departamento, pero los señores pensaban que los notarios eran muy careros (en realidad solo hubieran gastado alrededor de un 6% del costo del inmueble y la mayor parte de ese dinero se destinaría al pago del impuestos) y además estaban tan gastados que no hubieran podido pagar las escrituras; de todos modos fueron con un Notario y aconsejados por el mencionado compadre le solicitaron al fedatario el otorgamiento de un poder irrevocable; el notario les aconsejó que escrituraran, incluso les recomendó que compraran un inmueble más barato para que así les alcanzara para escriturar, pero doña Sol (así le decía el Sr. Buenafuente) estaba encaprichada con el departamento y optaron por el poder; así pues, se firmó un contrato privado de compraventa, los compradores pagaron la totalidad del precio, les dieron posesión del inmueble, obtuvieron su poder y se prometieron escriturar lo antes posible.

El poder en cuestión fue otorgado por el vendedor señor Sergio Bautista y su esposa la señora Esther Vanegas (ya que estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal), a favor de la señora Soledad Ginés con facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración, dominio y títulos de crédito, limitado al departamento en cuestión.

Los años pasaron y el matrimonio Buenafuente-Gines se dedicó a las cosas cotidianas de la vida: a trabajar y a educar y ver crecer a los hijos, que en su caso fueron tres de nombres: Sofía, Claudia y Esperanza.

Resulta que hace un año, la menor de las hijas contrajo matrimonio, (las otras ya tampoco vivían con ellos), por lo que los señores Gabino y Soledad decidieron vender su departamento para mudarse a uno más chico y disfrutar de la vida con los pocos ahorros que tenían, pues bien sabemos que en este país es muy difícil que las familias de clase media gocen de un digno retiro.

Así pues, anunciaron su departamento y unas semanas después el señor Jaime López manifestó interés en comprarlo, por lo que acudieron con un notario y se encontraron ante lo siguiente:

El poder, irrevocable o no, de ninguna manera transmite la propiedad de un inmueble, únicamente sirve para que el apoderado ejecute actos jurídicos en representación del poderdante. Como consecuencia de lo anterior tenemos que al no haber una escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad a favor del comprador señor Gabino Buenafuente el inmueble, por lo menos frente a terceros sigue siendo propiedad del vendedor señor Bautista.

Comúnmente, se recurre al poder irrevocable como medio para sustituir una escritura pública en la que se transmite la propiedad de un inmueble; en este punto es necesario aclarar lo siguiente:

Para que la transmisión de propiedad de un inmueble sea válida se requiere que conste en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

En materia de compraventa:

Artículo 2320.—Si el valor del avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, vigente en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2,317...

Artículo 2322.—La venta de bienes raíces no producirá efectos contra tercero sino después de registrada en los términos prescritos en este Código...

En materia de donación:

Artículo 2345.—La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.

En materia de permuta:

Artículo 2331.—Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas de la compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores...

Y en materia de fideicomiso la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone:

Artículo 387.—La constitución de fideicomiso deberá constar siempre por escrito...

Artículo 388.—El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero. En el caso de este artículo desde la fecha de inscripción en el Registro...

De tal modo, en los casos en que el acto traslativo de propiedad sea encubierto por un poder irrevocable o bien que se pretenda complementar al contrato privado con un poder irrevocable, el acto jurídico por medio del cual se transmite la propiedad, adolecerá de falta de forma y llevado el proceso correspondiente podrá ser declarado nulo; además al no estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad, será inoponible frente a terceros; por lo tanto el titular registral del inmueble (independientemente de la responsabilidad en que incurra) estará en posibilidad de enajenarlo, enajenación que de ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad surtirá efectos frente a terceros (véanse artículos 2264 y 2266 del Código Civil para el Distrito Federal) y por lo tanto la personas que hayan cebrado el contrato privado (Gabino y Soledad), aún teniendo el poder irrevocable a su favor, se encontrarán en estado de indefensión y difícilmente podrán recuperar el inmueble que adquirieron.

En realidad, Gabino Buenafuente y Soledad Gines, al vender el inmueble a su comprador Jaime López, tendrían que hacerlo “en representación” del señor Bautista, situación que no es acorde con la realidad, pues el señor Bautista les vendió a Gabino y Soledad, no al señor López.

De llevar a cabo lo solicitado, es decir la venta directa al señor López, estaríamos frente a un acto simulado que como sabemos y de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2180 a 2184 del Código Civil para el Distrito Federal, estaría afectado de nulidad, dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 2180.—Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas...

Artículo 2181.—La simulación es absoluta cuando el acto simulado, nada tiene de real, es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter...

Artículo 2182.—La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare...

Artículo 2183.—Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la Ley o en perjuicio de la Hacienda Pública...

Artículo 2184.—Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero, de buena fe, no habrá lugar a la restitución.

También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe...

Además, en caso de firmarse la escritura en la que Sergio Bautista, representado por Soledad, vende a Jaime López, el señor Bautista tendría que pagar el impuesto sobre la renta derivado de dicha enajenación, tomando como base un precio que él no recibió, pues el señor Bautista recibió el precio que se le pagó en el año de 1995 y no el que actualmente se le pagará a don Gabino y a Doña Soledad.

Como en las siguientes líneas se explica, desde el punto de vista fiscal el asunto que nos ocupa, presenta varios aspectos de relevancia:

Por un lado el poderdante-vendedor (Sr. Bautista) tendría que pagar el impuesto sobre la renta correspondiente a la enajenación en caso de que no lo haya pagado al momento de la celebración del contrato privado (situación por cierto muy poco probable), tendrá que hacerlo al elevar el mencionado contrato a escritura pública, con la correspondiente actualización y recargos; esto no es lo peor, sino que dado que no estará presente el poderdante-vendedor, lo tendrá que pagar el comprador, lo que encarecerá mucho los gastos de escrituración, aunado a lo anterior, surgen las siguientes interrogantes:

Si el poderdante-vendedor no comparece a la firma de la escritura de compraventa, ¿cómo se enterará de que se pagó el impuesto?

¿Cómo hará para acumular el ingreso que tuvo en meses o años anteriores en un periodo en que en realidad no lo tuvo?

¿Podrá el vendedor que no comparece a la firma de la escritura de compraventa exentar el impuesto sobre la renta? Quisiera hacer algunas reflexiones en torno a esta última pregunta:

En términos generales para poder exentar el impuesto sobre la renta derivado de la venta de inmuebles, se requiere que el inmueble sea habitacional y que además sea la casa habitación del enajenante, es decir que ahí viva, y que se compruebe con recibos fiscales de pagos de luz, telefonía fija o estados de cuenta, entre otros documentos, considero que si otorgó un Poder Irrevocable debido a que se vendió un inmueble, el poderdante vendedor, dejó de habitar el mismo y consecuentemente no podría exentar aun cuando se hubiera conservado la documentación a nombre del vendedor, además tratándose de un poder general para actos de dominio, desde mi punto de vista el apoderado comprador no tiene facultades para declarar que el vendedor habita en el inmueble y si lo hiciera, estaría declarando falsamente ante notario y estaría sujeto a las sanciones previstas en el Código Penal.

Otra consecuencia importante derivada del otorgamiento de poderes irrevocables es la prevista en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, popularmente conocida como “Ley de lavado de dinero”, el artículo 17 en su fracción XII inciso b) del mencionado ordenamiento dispone:

Artículo 17.—Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan...

...XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

...b) El otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable.

Las operaciones previstas en este inciso siempre serán objeto de Aviso...

Así pues, al otorgar un poder irrevocable tanto el otorgante como el apoderado estarán bajo vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad de Inteligencia Financiera.

Lo anterior no quiere decir que el otorgamiento de un poder irrevocable implique lavar dinero, sin embargo, lo cierto es que para mucha gente no será grato estar bajo la vigilancia de las autoridades mencionadas.

Así las cosas; después de escuchar la asesoría del notario, don Gabino y doña Soledad se preocuparon muchísimo, ahora sí la escritura será carísima, por un lado tendrán que pagar (como ya dijimos) el impuesto sobre la renta correspondiente al vendedor con actualización y recargos, por lo tanto, a efecto de no simular acto un acto jurídico (la venta del Sr. Bautista directamente al Sr. López), tendrán que poner el inmueble a nombre de don Gabino, pagando los impuestos correspondientes también con actualización y recargos, además la señora Soledad, en su carácter de apoderada del Sr. Bautista deberá cerciorarse de que esta último vive y es capaz, situación que

tendrá que declarar al notario bajo protesta de decir verdad y so pena de ir a la cárcel. ¡Triste situación la de Don Gabino y Doña Sol...!

Analícemos ahora otro caso: el señor Juan Molinos vendió a la señora Ingrid de la Sota un inmueble mediante contrato privado y le otorgó un poder irrevocable, el caso fue que Don Juan le estaba pagando el inmueble al INFONAVIT, la Sra. Sota le dio un “enganche” y decidió seguir pagando la deuda; afortunadamente doña Ingrid terminó de pagar y es ahora su deseo poner el inmueble a su nombre, pues bien, recordemos que en materia de compraventa, en términos de lo dispuesto por el artículo 2280 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, los mandatarios no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados (que lástima que no pueda poner emoticones en un artículo como este, pues aquí pondría una carita espantada), además, el artículo 2282 dispone que las ventas hechas en contravención a lo expuesto serán nulas ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

De tal modo, la señora de la Sota no podrá “escriturar” el inmueble a favor de sí misma, podrá venderlo a otra persona, hipotecarlo, rentarlo (siempre en nombre de Juan) incluso, si cuenta con facultad especial, podrá donarlo, sin embargo, repito, no podrá ni por sí, ni por interpósita persona adquirir el dominio de dicho inmueble. Para resolver esta cuestión, hay quien opta por otorgar el poder a favor de Ingrid y de otra persona de la absoluta confianza de esta última, a efecto de que, llegado el caso, sea el otro apoderado (y no Ingrid) quien en representación de Juan celebre la compraventa correspondiente.

En primer lugar tendríamos que preguntarnos si el solo hecho de que el segundo apoderado celebre la compraventa es suficiente para que Ingrid pueda adquirir el inmueble (por aquello de la interpósita persona); ahora bien, supuesto no concedido de que así sea, Ingrid podrá recurrir a este apoderado para escriturar el inmueble cuando esté en posibilidad de hacerlo, sin embargo esto no acaba con el riesgo de que el titular registral disponga del inmueble, sino que desde mi punto de vista lo aumenta, pues ahora no solo el titular registral está facultado para ejecutar actos jurídicos respecto del inmueble, también lo podrá hacer el apoderado.

No omito comentar que, en los casos mencionados, tanto el titular registral del inmueble como el segundo apoderado estarían incurriendo en la comisión de actos ilícitos y probablemente constitutivos del delito, sin embargo, esto de poco servirá al comprador quien lo que quería era adquirir un inmueble y no estar en la necesidad de tramitar juicios que como sabemos son largos y caros.

Desde luego, si el poderdante ó el segundo apoderado vendieran o hipotecaran el inmueble, estaríamos frente a un comportamiento inadecuado y

muy probablemente intencional por parte del titular registral de del inmueble, sin embargo, ahí no terminan los problemas para el temerario que “compra con poder” pues aún sin su consentimiento se puede comprometer el inmueble, pues al seguir apareciendo en el Registro Público de la Propiedad a nombre de Juan, sigue estando sujeto a toda clase de inscripciones o anotaciones preventivas, tales como demandas, embargos, etcétera.

V. TERMINACIÓN DEL PODER IRREVOCABLE

Como su nombre lo indica, esta clase de poderes no se pueden revocar, esto es, el poderdante no puede dejar sin efectos el poder con la sola expresión de su voluntad unilateral. Desde luego que, en estos casos, el apoderado tampoco puede renunciar a sus facultades (Véase artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal).

Lo anterior no quiere decir que esta clase de poderes sean interminables, pues si bien no terminan ni por revocación ni por renuncia si terminan por las demás causas establecidas en el ordenamiento de los que regula y que son: la muerte del mandante o del mandatario, la interdicción de uno u otro, el vencimiento del plazo o la conclusión del negocio para el que fue concedido.

En este punto es conveniente recordar que en aquellos casos en que una persona comparece ante notario en representación de otra deberá declarar que su representado se encuentra capacitado legalmente para la celebración del acto de que se trate (es decir vivo y consciente) ¿Sabrá el apoderado-comprador si en realidad vive el poderdante? ¿Sabrá si sigue siendo una persona capaz? Es común que ante notario comparezcan apoderados a quienes sus facultades les fueron otorgadas hace varios años o bien poderdantes quienes por su edad (90 años, por ejemplo) es presumible que ya no están en pleno ejercicio de sus facultades mentales.

Veamos el siguiente ejemplo: Comparece ante notario el señor Godínez (apoderado-comprador) de la señora Filiberta Gallegos y le exhibe un poder irrevocable otorgado ante notario en el año de 1995, al leer los datos generales de la poderdante-vendedora, se desprende que la Sra. Gallegos tenía 67 años de edad pues nació en el año de 1928, hoy, 2016 la señora Gallegos tendría 88 años de edad. No obstante, la declaración bajo protesta de decir verdad del Sr. Godínez en el sentido de que la poderdante vive y es capaz ¿deberá el notario creer sin cuestionar? ¿y el sentido común? ¿qué acaso no hay temor fundado de que la señora Gallegos falleció o bien de que ya no es capaz? Si el notario cree sin cuestionar corre el riesgo de autorizar una escritura que contenga un acto por lo menos nulo y por otro lado si decide no firmar

podría estar entorpeciendo una operación válida impidiendo que una persona compre de manera legítima un inmueble. ¿Complicado No?

Retomando el tema de la terminación del poder, ya dijimos que el poder irrevocable no se puede revocar ni se puede renunciar a él. También se comentó que esta clase de poderes solo se pueden otorgar cuando sea un medio para cumplir con una obligación contraída con anterioridad o como condición en un contrato bilateral, analicemos el siguiente caso:

Aurelio debe a Leonor la cantidad de dos millones de pesos y no tiene dinero para pagarle, sin embargo es propietario de un departamento cuyo valor es muy cercano al monto del adeudo, ambos convienen que en pago del dinero Aurelio le transmitirá a Leonor la propiedad de dicho departamento (estamos claro, ante una dación en pago) sin embargo Leonor, prefiere no escriturar el inmueble a su nombre, pues no le interesa conservarlo, acuerda con Aurelio que éste le otorgue a la primera un poder irrevocable respecto del departamento, en cuestión y así lo hacen para que Leonor, con ese poder pueda, lo más pronto posible, vender el departamento y obtener así el dinero, pues bien, resulta que un mes después de otorgado el poder y sin que Leonor haya vendido todavía el inmueble Aurelio obtiene el premio “Melate”, desde luego le comunica a Leonor que ya tiene dinero para pagarle, Leonor, por supuesto que prefiere el dinero al departamento pero: ¿qué hacer si ya hay un poder que no se puede revocar, y al que no se puede renunciar? A este respecto opino lo siguiente: tanto la revocación como la renuncia son actos unilaterales; esto es, un poder irrevocable no se puede dejar sin efectos de manera unilateral, sin embargo nada impide que mediante un convenio (acuerdo de voluntades que extingue derechos y obligaciones) ambas partes extingan el mandato; en otras palabras Aurelio y Leonor deberán acudir con un notario quien hará constar el convenio en virtud del cual las personas antes mencionadas deciden dar por terminado el mandato o poder irrevocable en virtud de que ya se cumplió la obligación y/o condición que le dio origen, para ello deberá relacionar: a) Cuál fue dicha obligación contraída con anterioridad; b) El otorgamiento del mandato irrevocable; y c) La manera en que se dio cumplimiento a la obligación. El autor del presente considera que ésta sería una manera válida de dejar sin efectos un mandato irrevocable.

VI. CONCLUSIONES

No obstante los inconvenientes señalados, el otorgamiento o celebración de un poder o mandato irrevocable de ninguna manera es un acto ilegal, se trata de un acto jurídico válido y permitido por la Ley, aunque escasa y confusamente regulado.

Los casos más comunes (desde luego podrá haber muchos más) en que se otorgan poderes irrevocables son:

- a) Compraventa cuando no se cuenta con dinero para escriturar.
- b) Compraventa de inmuebles hipotecados.
- c) Compraventa de inmuebles respecto de los cuales quien dice ser propietario no tiene título de propiedad inscrito en el Registro Público de la Propiedad.
- d) Daciones en pago.
- e) Transmisión de inmuebles derivados de divorcios.

El poder irrevocable se extingue con la muerte y/o interdicción del poderdante y/o del apoderado.

Es conveniente que en los casos señalados en el numeral 3 anterior, la escritura en la que se formalice la transmisión se otorgue lo antes posible a fin de evitar los riesgos comentados en el presente estudio.

Las consecuencias derivadas del otorgamiento de poderes o mandatos irrevocables son muchas más que las expuestas por el autor. En los casos en que sea necesario otorgar un poder irrevocable, el Notario deberá ser sumamente cuidadoso en la asesoría que dé a las personas que ante él acudan y deberá explicar con toda claridad las consecuencias que se puedan generar en cada caso concreto.

Este trabajo es un modesto homenaje y ha sido elaborado para agradecer las enseñanzas recibidas del Notario Jorge Alfredo Domínguez Martínez, de él, de sus clases, de sus conferencias, de muchas conversaciones (agradabilísimas por cierto), de haberlo escuchado en muchos exámenes de aspirante y de oposición al notariado (entre ellos uno mío), de sus libros y de sus escritos he aprendido muchas cosas en torno al derecho y a la vida en general, quisiera hacer referencia a dos: la primera el gran amor que Jorge profesa a la Universidad Nacional Autónoma de México y en particular a la Facultad de Derecho y la segunda, es que en materia jurídica, no todo está dicho ni escrito, que el Derecho es algo vivo, cambiante y debatible, es por ello, que como señalé al principio de este texto que lo aquí escrito no pretende ser ni por mucho la última y definitiva palabra en materia de poderes irrevocables, son, como dice el título: algunas reflexiones que pretenden invitar al lector a profundizar en el estudio de la materia y a formar o perfeccionar su propia opinión al respecto.

Agradezco la ayuda y opiniones del licenciado Jaime López Vicent la elaboración de este artículo.