

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Representación
Poder y Mandato

Camilo Ramos Hernández

Universidad Nacional Autónoma de
México



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales.

REPRESENTACION

PODER

Y

MANDATO.

T E S I S :

Que para obtener el grado de-
Licenciado en Derecho, presen-
ta CAMILO RAMOS HERNANDEZ, a-
la consideración del H. Jura-
do de la Facultad de Derecho-
y Ciencias Sociales de la Uni-
versidad Nacional Autónoma de
México.

- . -

1 9 5 5.

REPRESENTACION, PODER Y MANDATO

H. SINODO:

Este trabajo, sin pretensiones de novedad, es un modesto ensayo orientado hacia la discriminación de nociones que en la práctica se usan como equivalentes; en veces, con plena conciencia de su empleo impropio y en veces, con la falsa convicción de su identidad. -- Cuando en una cierta mentalidad no se percibe diferencia alguna entre los vocablos que sirven de título a este ensayo y se actúa en la vida jurídica bajo el débil amparo de una supuesta igualdad de significación, no se hacen esperar resultados técnicamente perjudiciales. Quién a sabiendas los pronuncie equiparándolos, no podrá medir el daño que ocasionará propagando imprecisiones en el lenguaje del Derecho, tan exigente por la exactitud.

No deseamos en lo absoluto, lanzar reproches contra nadie; pero sí confesamos que nos asombra haber encontrado, después de concluida nuestra carrera, gran confusión en estas materias que con inusitada potencia mueve el comercio jurídico contemporáneo.

La lucha por la existencia nos llevó tiempo-ha, al campo del ejercicio profesional. Allí, advertimos las confusiones entre el Derecho y la Ley; entre lo ideal y lo real; entre lo que es y lo debido; entre lo jurídico y lo anti-jurídico. Y, también allí, hemos sentido la necesidad de dignificación profesional mediante incesante búsqueda de claridad. He aquí el móvil fundamental de este nuestro último esfuerzo escolar.

Queremos cerrar esta línea solicitando de ese H. Tribunal, anticipadamente disculpa por los errores que en las subsecuentes hallare. Pero, sobre todo protestar, para cada uno de sus miembros, nuestro más alto reconocimiento por sus lecciones.

0

El deseo de eludir prolijidad, no por huir del trabajo que ello representaría sino por disminuir las probabilidades de fracaso, ha determinado que en no muy especiales apartados abordemos los asuntos propuestos. Sin embargo, trataremos, en la medida de lo posible, de no interferir demasiado en cuestiones que merezcan singular desarrollo.

Anticipamos que la exposición de las doctrinas e ideologías comunes, se reducirá al mínimo para evitar repeticiones sobre temas, que de estar nosotros en acuerdo con ellos seguramente no se habría escrito ésta tesis.

Hemos creído conveniente, en primer término ubicar el concepto de la Representación dentro de la Doctrina General del Derecho. Este intento, debería -- ser precedido de una somera exposición de la concepción dominante. Logrado ésto, creímos que se imponía -- su diferenciación relativamente a otras figuras afines pero radicalmente diferentes. Ahí tratamos de precisar la significación de las palabras corrientes en la terminología jurídica.

Hecho aquello a guisa de segundo capítulo, -- por razones que exponemos en la oportunidad apropiada, tratamos del Mandato; no con la idea de ahondar en torno a ese contrato como tal, lo cual habría originado -- otro tipo de estudio, sino con vistas a establecer los contactos y distanciamientos frente al instituto de la Representación.

En el tercer capítulo aparecen las teorías -- del Apoderamiento; y, luego, se expone el punto de vista que juzgamos más adecuado y que a los efectos de -- singularización ofrece esta figura en relación con las otras dos.

El capítulo final tiene por objeto la justificación de lo expuesto, referido al Derecho Civil Mexicano, para luego cerrar con las requeridas conclusiones.

0

CAPITULO PRIMERO:

LA REPRESENTACION.

I.- CONCEPTO: El término "representación", -- implica en la ciencia jurídica actual, la posibilidad de que un sujeto actúe a nombre de otro. Como dice Planiol, con aquella palabra se designa "la intervención de una persona que obra para otro sin ser, en sí misma afectada por las consecuencias jurídicas del acto que realiza...."; nosotros agregaríamos que esas consecuencias habrán de recaer dentro de la esfera de los derechos de aquél por quien se cumple un acto jurídico.

Borja Soriano desarrolla el concepto expresando que "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 o 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...".

Las concepciones dominantes en esta materia,

corren parejas con las mencionadas. La generalidad de los jusprivatistas desenvuelven la descripción de este instituto partiendo de ellas y así, obtienen soluciones con vistas a su configuración integral que a nuestro juicio dejan mucho que desear para dar satisfacción a las demandas del rigor científico.

Lo dicho no quiere decir que estén ausentes verdades parciales; mas la consagración de algunos -- aciertos es bien poca cosa, si al exponerlos, no se descubre el transfondo de un principio de unidad sistemática.

Hay quienes dicen que la Representación carece de relevancia ante el Derecho por implicar desconocimiento de la función de la voluntad en el acto jurídico y le niegan realidad. (Duguit Cit. por Borja Soriano).

Por contra, otros le atribuyen existencia real (Madray Cit. por Borja Soriano).

Otros ocurren a la conocida explicación de las ficciones y quieren justificarla incrustándole esta etiqueta, que si bien muestra apego a las tradiciones, también revela escasos deseos de exactitud.

A nuestro juicio, esas discrepancias dan mérito para intentar la búsqueda de principios coordinadores.

Cuando en derredor de una figura jurídica se tantean explicaciones tan dispares hasta la contradicción, queda, por sí, legitimada toda investigación dirigida a la reconstrucción.

No vamos a reseñar detalladamente la evolución de la Representación, pero sí a describir, siquiera brevemente, su fisonomía originaria en lo que sirva como propedeútica para nuestro propósito de esclarecimiento.

II.- La representación en el Derecho Romano.
En el derecho de las obligaciones destacaron dos principios: el de la "intransmisibilidad" y el de la "no representación". Ambos significan la intransigencia -- del Derecho Romano primitivo relativamente a su proyección sobre terrenos extraños a la formación del vínculo. Posteriormente se atenuó el inicial rigorismo y -- fueron admitidas modificaciones trascendentales que se manifestaron en formas de vinculación con terceras personas sin participación del representado. Marcelo Planiol afirma que en lo tocante "a los actos celebrados por intermediación de otro, hay entre la época romana y la nuestra diferencias considerables, debido a la introducción de una nueva idea: la representación de los actos jurídicos. Esta noción ha transformado teorías; el Derecho Romano primitivo no la poseía; y, sin embar

go, son los jurisconsultos romanos quienes la han elaborado poco a poco y quienes la han legado, se dice, legado al mundo moderno..."

Gaston May escribe, al explicar la regla romana de la "no-representación", que "ella significa -- que un tercero que no ha participado en el acto generador de la obligación, no puede estar investido de la calidad de acreedor o de deudor aun cuando haya dado mandato para obrar en su nombre. Sólo la persona que se ha encargado de representarlo, el representante, llega a ser acreedor o deudor, pues sólo ella ha jugado un papel efectivo en el vínculo obligatorio, con respecto al cual el tercero representado ha quedado, al menos en apariencia, extraño. Esta regla era muy perjudicial para el desarrollo de las transacciones, los Romanos lo comprendieron, todos sus esfuerzos se encaminaron a atenuar los efectos, pero sin poder jamás llegar a repudiarla completamente.....".

Eugenio Petit involucra esta cuestión al estudiar el contrato de mandato y expone que:"en nuestro Derecho actual, el mandante está representado por el mandatario, y las consecuencias del acto se realizan directamente en su persona. Pero esta idea de representación no es admitida en derecho Romano, en el que la regla general es que una persona sui juris no puede adquirir más que por sí misma y no puede obligar más que a sí misma. Resulta de esto que el mandatario no representa al mandante. Las relaciones creadas por el mandato entre las partes son extrañas a los terceros, que no tienen negocio más que con el mandatario. El solo es quien se hace propietario, acreedor o deudor, según la naturaleza del acto realizado. Pero como, en su ma, obra por el mandante y no por sí mismo, hemos visto que está obligado a transmitirle el beneficio de la operación, y que el mandante debe descargarle de las obligaciones que ha contraído.....Esta teoría, lógicamente en su principio, tenía inconvenientes prácticos. Además de las complicaciones y lentitudes que resultaban, el mandante no tenía acción contra los terceros, ni los terceros contra él, y todos estaban expuestos a los riesgos de la insolvencia del mandatario. Así que, aunque el principio no haya desaparecido nunca en Derecho Romano, las consecuencias han sido atenuadas en interés de la equidad....".

Hemos transcrito la interpretación que dan al asunto un ilustre civilista y dos de los romanistas más caracterizados por sus fieles divulgaciones del Derecho Romano. Sus opiniones son para nosotros, a la vez orientación y testimonio de nuestro dicho. Ahora vamos a sintetizar la mecánica de la evolución romana del tema que da nombre a éste **Capítulo**.

¿Cómo fué modificándose tan limitada eficacia de las obligaciones?

Bien sabido es que la organización romana daba al señor o pater familias una función central en el derecho privado. Partiendo de esta consideración hemos de recordar cómo se fueron acumulando elementos que mucho más tarde darían cuerpo al concepto de la Representación.

Dentro de la organización jurídica de la familia romana se admitió que las personas sometidas a la autoridad del señor desempeñaban el papel de instrumento de adquisición.

El dueño sería el propietario de las cosas adquiridas por un esclavo, incluso ignorándolo aquél, o contra su voluntad; si esto recibía la cosa por tradición o mancipación, el beneficio sería para el dueño. De la misma manera, podía adquirirse la posesión mediante la intervención de un esclavo; solo que era necesaria la voluntad del dueño dado que el animus domini es requisito constitutivo en la usucapión. Por ello para tal forma de adquirir la posesión, precisaban, o bien, la autorización del dueño, o bien, cuando el esclavo hubiere adquirido por personal iniciativa, que aquél recibiese información al respecto.

Aun cuando se ha tratado de calificar esas situaciones de antecedentes remotos de la Representación, creemos que sólo con ciertas reservas podría admitirse esa opinión, pues llevaría hasta la verificación, del concepto, de persona en el Derecho Romano, particularmente en el antiguo. Lo importante es subrayar que en la sociedad romana las personas se distinguieron por ser libres o esclavas si se tenía en cuenta su capacidad; y, en sui juris y alieni juris, si se atendía a su posición dentro de la familia.

De ambas dicotomías, surgen sub-especies que las cualifican en sus posibilidades jurídicas: los esclavos tenían, todo casi, la misma condición; en cambio las personas libres, podían ser por una parte ciudadanos o no ciudadanos y, por otra libertinos o ingenuos.

La condición de los esclavos era muy compleja. No ha sido igual en todos los períodos del Derecho Romano. En el Jus Civile, fué diferente a la de período del Jus Gentium.

Sería desviar la finalidad de estos antecedentes si entrásemos al estudio sutil de la evolución de la esclavitud y por ello, sólo nos hemos de concretar a lo estrictamente relacionado con el tema.

La circunstancia de que el esclavo no tuviera

se ni la Libertad, ni la Civitas, ni la familia, ha autorizado para afirmar tajantemente, que carecía de personalidad jurídica; pero esto no quiere decir que el Derecho Romano haya dejado de reconocer en él inteligencia y voluntad propias. Excedería a nuestro propósito ahondar el asunto. Dejamos sentado que el esclavo estaba sometido a la potestas de manera absoluta, particularmente en el período del Jus Civile, y que sus relaciones con el dueño y con otros esclavos eran casi ninguna. Se observaba, a pesar de ello, una ligera variante en lo referente a los terceros. En efecto, se admitía que el esclavo se obligase civilmente por los dolitos que cometiere y, a los fines de obtener de su actividad mayor rendimiento, se permitió que frente a terceros, el esclavo representase al dueño siempre y cuando sus actos aumentasen el patrimonio de su señor; nunca cuanto importasen enajenaciones u obligaciones. De esta manera, el esclavo fué un instrumento de producción. Como dijera Aristóteles un "útil viviente"; un "portavoz" de su amo. Su función era coadyuvar a la ampliación del círculo de la actividad del señor en lo que a éste le aprovechase; de esta suerte, el esclavo quedaba enrolado en la vida y en el juego de los intereses de su dueño.

Aun cuando jurídicamente el esclavo carecía propiamente hablando, de personalidad, de hecho, durante el período del Jus Civile, gozaba de buenos tratamientos: más por cálculo que por sentimientos humanitarios, disfrutaba de un puesto en el hogar romano, com pensándolo así en su inferioridad jurídica. Luego la atribución en su favor del peculium, mejoró su posición, vislumbrándose un principio de trayectoria hacia la emancipación y hacia una libertad relativa.

La condición general de los esclavos se modificó muy sensiblemente en el período del Jus Gentium. La expansión del poderío Romano invirtió el cuadro que presentó el período de Jus Civile; las condiciones de hecho de los esclavos, se hacían más precarias; los propietarios los trataban con mayor dureza; en cambio, se dejó sentir paulatino mejoramiento en las condiciones jurídicas.

El formidable sentido de realismo de los romanos se puso de relieve, con indelibles marcas de genialidad jurídica, a través de las Constituciones Imperiales.

Los nombres de Augusto, Claudio y Adriano, suenan evocando las notas características de dulcificación de la esclavitud. Para Antonino el Piadoso ha sido la gloria el haber dictado una Constitución que castigaba a los dueños que cometiesen actos injustos contra sus esclavos, prohibiéndoles además, los tratamientos de violencia e infamia.

La inversa discrepancia entre las condiciones que predominaron en el período del jus civile y en el del jus gentium, hincan sus raíces en un complejo - de causas sociales y políticas de tan diversa índole - que sería ocioso pretender analizar ahora.

Baste decir que concurrieron todas ellas para provocar limitaciones de hondura en los institutos-jurídicos propios del Derecho Civil primitivo y hasta del Derecho clásico, pudiendo afirmarse que es en el derecho del Bajo Imperio donde se muestran, con perfiles enérgicos, los antecedentes de la institución que nos ocupan, máxime si ha de prestarse especial atención a la evolución de la familia y, consiguientemente, a la configuración de la potestad paterna.

Ma hemos visto que el esclavo sirvió como -- instrumento de adquisición de la posesión y de la propiedad. A medida que progresó el Derecho Imperial, se permitió, el quebranto al principio de la "no representación", pudiendo figurar en relaciones jurídicas, activa o pasivamente.

Cuando el esclavo figuraba en una relación jurídica, en interés de su amo, es decir, como acreedor del tercero con quién contrataba, con autorización expresa o tácita de él, habiendo celebrado un acto jurídico, se pensó que jugaba el papel de instrumento de adquisición del dueño, el cual quedaba legitimado activamente frente al tercero que se había obligado con el esclavo en consideración a su señor. Pero no se admitió simultáneamente que el tercero, por intermediación del esclavo que expresa o tácitamente actuase en nombre de su señor en un acto jurídico, pudiera obligarlo frente al tercero. La idea dominante en un principio, -- fué que el esclavo sólo podía intervenir en las relaciones jurídicas en interés de su amo.

Los esfuerzos del Derecho Imperial en beneficio de los esclavos, determinaron que el pretor, con vistas a solventar las exigencias del comercio jurídico, remediase las imperfecciones y faltas contra la lógica hasta un grado tal, que pronto se generalizó la idea de que así como el esclavo podía vincular activamente a su dueño en relación con un tercero, desde un punto de vista lógico, se imponía reconocer que lo podía hacer también pasivamente. No cabe duda que esta posibilidad concuerda con la esencia de la noción de obligación en la cual figuran pretensiones y deberes entre los sujetos. Se trata de dos aspectos de una misma operación jurídica entre sí inseparables y que deben estar sometidos a idénticos principios.

Eugenio Petit, al tratar de la adquisición y de la cesión de las obligaciones, se empeñan en seña

lar la posibilidad de adquirir créditos (lado activo - de relación obligatoria) por intermediación de los esclavos y entre otras cosas, anuncia las varias hipótesis. Después de indicar la trayectoria que culmina con la posibilidad de que él esclavo vincule pasivamente - a su señor (lado pasivo de la obligación), resume brillantemente las diversas fases de la eficacia de los contratos celebrados por mediación de aquel escribiendo:

"La incapacidad del esclavo, atenuada en interés del amo cuando figuraba como acreedor en un contrato, subsistía aun en derecho civil cuando desempeñaba al contratar el papel de deudor; no se obligaba entonces más que naturalmente. Este resultado era injusto --- cuando el esclavo contaba con autorización expresa o tácita del amo, o cuando el amo sacaba un provecho personal de la operación... en tal caso, el pretor admitió que los terceros podían obrar contra el amo en razón de los contratos que habían tenido con el esclavo, y le dio a este efecto, las acciones quod jussu, excersitoria, institoria, tributoria, de peculio y de in rem verso. No se trata aquí de acciones nuevas. Son las mismas acciones que sancionan las obligaciones contractuales; pero modificadas en una parte de sus formulas y revestidas de calificaciones especiales.....". (Pág.478.-No.480). Opus Cit.

De aquí se desprende que el principio de la "no representación" fue quebrantado en aras de las demandas del comercio jurídico. Pero, pensamos que lejos de implicar franco reconocimiento de la dignidad humana, más bien significa la acentuación de la desigualdad social. Dice Gaston May:

"En verdad, no es el esclavo en quién pensaba el Edicto cuando creó diversas acciones. Es el interés del dueño lo que había tenido en cuenta pues trataba de acrecentar su crédito obteniendo el mejor partido posible de las aptitudes comerciales del esclavo. Sin embargo, es conveniente reconocer que estas innovaciones han contribuido a fomentar en el esclavo un sentimiento más vivo de su personalidad siempre negado por el Derecho, pero cada vez más reconocido de hecho. Por otra parte, llegó un día en que el progreso del Derecho Romano, dejó de negarle personalidad. La reconoce puesto que admite el parentesco sorvil, Cognatio Servilis como impedimento para el matrimonio y toda vez que al declinar el Alto Impero, se autorizó al es--

clavo para que en ciertos casos litigara con tra su señor...todo esto no impidió que la institución de la esclavitud siguiera funcionando. Si bien dulcificada no desapareció en el Bajo Imperio pudiendo afirmarse que su sostenimiento ha sido una de las plagas morales de sociedad antigua en una de las causas de su ruina. Fue perpetua la desproporción de -- las fortunas que entiquecían desmesuradamente a algunos grandes capitalistas, impidiendo toda concurrencia por parte de los pequeños propietarios y los trabajadores libres.- Es ello lo que siempre impidió la formación de una clase media entre el gran capitalismo y el hombre libre, decimos, el proletariado. Es en fin, la esclavitud, que extinguiendo -- en el hombre libre la actividad y el amor al trabajo, lo amoldó a la servidumbre imperial para entregarlo, enseguida, sin defensa, a -- las empresas de los Bárbaros...."(Elementos de Droit Romain No. 24 in fine).

En vista de semejante situación, teniéndose en cuenta los servicios que el esclavo prestaba al señor, se estructuraron medios para que los terceros pudieran actuar en su contra. Así, si el esclavo había -- contratado fundándose en el expreso consentimiento de su amo, el tercero disponía de la acción quod jussu; la autorización podía ser general o especial. Si el dueño consentía en que su esclavo regenteara un comercio y -- prestaba su autorización general para realizar todos -- los actos relativos, el esclavo era denominado, en lo referente a esta función, institor y por eso, la acción que se otorgaba a los terceros para reclamar del dueño contra actos ejecutados con tal calidad, se llamó "institoria". Si el amo en funciones de armador, ponía al esclavo al frente de un navío (magisternavis), los terceros tendrían en contra del amo la acción "exercitoria". Todas estas acciones fueron dadas sólo en la medida en que el amo hubiera autorizado al esclavo y ello porque se consideraba que los terceros que hubieran -- tratado con el esclavo, lo habían hecho con su dueño.

No podríamos, sin desviar demasiado esta elemental reseña, entrar al estudio pormenorizado de -- tales acciones, hasta decir, que ellas representan la -- extensión de originarias acciones contractuales.

Existieron también las acciones de "peculio" e "in remverso". La primera se otorgaba para que un -- tercero que, habiendo contratado con un esclavo en razón de los valores de un peculio por su amo, pudiera -- ejercitar en contra de éste, la acción derivada del -- contrato pero sólo hasta la concurrencia del importe -- del peculio.. La segunda, ofrecía la posibilidad de que

el tercero accionase contra el amo hasta la concurrencia del importe del peculio, decimos, hasta la concurrencia del provecho que éste hubiera obtenido en una operación realizada por el esclavo. Esta acción se justificaba por el enriquecimiento procurado por el acto de un alieni juris.

En términos generales, dejamos sentado que -- cuando eran los hijos de familia quienes contrataban, -- regían las mismas acciones pretorianas contra el Jefe de la familia. Petit señala algunas diferencias que -- son reflejos de la distinta condición.

"1a.- El esclavo no podía obligarse civilmente por sus contratos, y los terceros que han contratado con él no tienen otro recurso -- que la acción pretoriana contra el amo. El -- hijo de familia, al contrario, es capaz de obligarse civilmente. Los terceros que han -- contratado con él pueden, pues, perseguirle directamente por la acción nacida del contrato ejercitando contra el padre la acción pretoriana.

"2a.- Cuando el hijo de familia se ha obligado con motivo de sus peculios Castrense o -- quasi-Castrense, es tratado como un verdadero Jefe de Familia, y los terceros sólo tienen acción contra él...."(Tratado elemental del Derecho Romano, pág. 481 Trad.9a.Ed.Fran cesa".

Hemos descrito como fué atenuándose el principio de la "no representación" en interés del jefe de la familia quién usaba de los servicios del esclavo para mejorar su fortuna y cómo a través de los hijos también fué suavizándose el rigor inicial.

El asunto se mostró escabroso en lo referente a la actuación de personas libres como representantes de otra. Graves trastornos hubo de causar la aplicación del principio prohibitivo; las exigencias de la vida hicieron ver la necesidad de dar más elasticidad a la relación jurídica. En efecto, en un principio, la persona libre que actuaba como deudor en calidad de -- mandatario o de gestor de negocios, no vinculaba al -- mandante con el tercero acreedor, éste, sólo tenía acción contra quien con él había contratado aunque ello hubiera sido en consideración al mandante o al "dominus rei gestae". Y, a su vez, el mandatario o gestor sólo tenía las acciones contrarias de mandato o de gestión, corriendo el riesgo de la insolvencia de aquél a quién el negocio había beneficiado. Contrariamente, si el representante fungía como acreedor en una relación jurídica, sólo él tenía las acciones contrarias de mandato o de gestión, corriendo el riesgo de la insolvencia de --

aquél a quien el negocio había beneficiado. Por contra, si el representante fungía como acreedor en una relación jurídica, sólo él tenía acción para hacer efectivo el crédito y eran entonces el mandante o el dominus quienes estaban expuestos por la posible insolvencia del mandatario o del gestor. Tal inconveniente sólo podía remediarse mediante cesión que el mandatario o el gestor hicieran a favor del mandante o del dominus. Sin embargo, las acciones pretorianas fueron mitigando las complicaciones, según que el mandante o el gestor, hubieran actuado como deudores o como acreedores. Si lo primero, a través de una acción útil semejante a la acción institoria de la cual ya nos hemos ocupado; si lo segundo, podía el mandante actuar en contra de los deudores del mandatario o del gestor mediante una acción útil fundada en la cesión implícita de los derechos del mandatario o del gestor en contra del tercero.

En méritos de las expuestas transformaciones casi fué derogado el principio de la "no representación", aun cuando, al decir de Gastón May, "Los Romanos nunca admitieron en toda su plenitud el principio de la representación por persona libre" si se tenía en cuenta el aspecto pasivo de la relación jurídica de crédito, pues el mismo romanista piensa: que "con respecto a los créditos (aspecto activo de la relación) el principio de la no representación ha terminado por quedar completamente descartado" (opus Cit No.194 in fine 14a. ed.).

III.- El concepto actual de la Representación: Si bien en el Derecho Romano la noción que nos ocupa fué gestándose por el desarrollo del sentido práctico del espíritu de ese pueblo, en nuestros días es una emanación del concepto del derecho subjetivo, entendido como "un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico y, a la vez, como un medio para la satisfacción de intereses humanos". (Enneccerus Nipperdey; Derecho Civil; Parte General, Volúmen Primero, número 65).

Actualmente se caracteriza porque, mediante la intervención de una persona en un acto jurídico, se producen los efectos de éste de una manera directa e inmediata, dentro de la esfera jurídica de otra persona que no ha intervenido en dicho acto. Así pues, "Para que haya Representación, es necesario que una persona declare la propia voluntad en substitución de la voluntad de otra, por lo cual el representante no es un simple órgano transmisor de la voluntad de otro, ni sigue cuando debe obrar dentro de los límites de las instrucciones recibidas, porque es la declaración de su voluntad la que constituye el negocio jurídico, y las instrucciones que se le han dado sirven sólo para juzgarse si se excede o no de sus poderes". (Coviello; Doctrina General de Derecho Civil, número 125).

Ilámese representante a aquella persona que declarando su propia voluntad o recibiendo una declaración de voluntad ajena en lugar y en nombre de otra -- consigue, por permitirlo así el ordenamiento jurídico, que la eficacia del negocio realizado se produzca en torno al sujeto representado. Bien dice el civilista italiano antes citado, que "la representación importa la sustitución de una voluntad a otra en la conclusión de los negocios jurídicos, de modo que los efectos del negocio se verifiquen inmediatamente en favor o en contra, no del que lo ha efectuado, sino de aquel en cuyo nombre e interés se ha celebrado. VERIFICASE ASI UNA SEPARACION DE LOS EFECTOS RESPECTO DE LA CAUSA: los efectos o sean los derechos y obligaciones nacidas del negocio, se refieren a la persona del representado; a la causa, o sea la declaración de voluntad, mira a la persona del representante...." (Coviello, Opus.Cit.No.Id.) Más sintéticamente, al definirse la función del representante, dicen Enneccerus-Nipperdey, que dicho sujeto es aquel "que emite o recibe por otro (el representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado" (Opus. Cit.Vol.2o.Núm.166,I., I).

Sabido es que el ordenamiento jurídico otorga al individuo posibilidades de acción según las cuales le es jurídicamente permitido dominar; pero esta situación favorable de la persona dentro del campo del derecho no es, en sí misma ni por sí derecho subjetivo en sentido técnico, ya que la mera existencia de mandatos en las normas jurídicas que favorezcan a alguna persona no le otorgan la facultad de actuar su voluntad de algún modo, v.gr.: las ordenanzas de policía favorecen a todos pero no dan a otros en particular, permiso para exigir la ejecución de los actos ordenados y hay casos, dentro del derecho privado, en los cuales se favorece una persona ajena a determinada relación jurídica sin que ésta adquiera, en manera alguna, un derecho subjetivo o pretensión para exigir que se realice el beneficio estipulado, como ocurre, según algunos ordenamientos positivos, en la estipulación a favor de tercero. A veces el permiso jurídico para que actúe la propia voluntad es sólo una manifestación de meras normas de protección sin que se trate de un "poder hacer" considerando como poder fijo atribuido al individuo.

La esencia del derecho subjetivo radica en ser una relación fija de poder propio de la persona: es un poder jurídico suyo; un poder fijo que se le atribuye y que puede manifestarse bajo las especies de dominación de pretensión, o de facultad de formación jurídica. Fuera de estas tres manifestaciones, no creemos que exista, propiamente hablando, un derecho subjetivo aun cuando en ocasiones presenciemos actuaciones de voluntad personal. La idea completa del derecho subjetivo, comprendo el punto de vista lógico, que consiste -

en considerar-lo como el poder que a la persona concede el ordenamiento jurídico y, el punto de vista finalista o teleológico, consiste en la satisfacción de -- los intereses humanos. La conjunción de estos elementos, lógico y teológico, integra el derecho subjetivo.

Lo anterior constituye proepedéutica indispensable para comprender la esencia de la "representación propia", pues el núcleo de este concepto es el "poder" entendido como contenido de los derechos cuyo fin (elemento teleológico) no es otro que el mismo del derecho objetivo o sea la seguridad en la satisfacción de los humanos intereses. Por esto se define este derecho: como el poder concedido por el ordenamiento jurídico tendiente a la satisfacción de los intereses humanos; y para cumplir nuestro deseo de precisión, dejamos sentada que "los intereses humanos consisten en la posición favorable del hombre para la satisfacción de sus necesidades" (Carnelutti; "sistema de Derecho Procesal Civil T.I. número 2). Con razón dicen Enneccerus-Nipperdey -- que "el poder jurídico no se dirige solamente a la satisfacción del interés, pero ha de ser adecuado para la satisfacción de los intereses humanos, tiene que poder servir a estos". (Opus Cit. Volúmen Primero, pág.- 291, II).

La "representación propia" tiene como sustrato el "poder", el cual puede derivar de la ley o de la voluntad particular, aun cuando en rigor la ley en sí, es voluntad; voluntad general, si se quiere, pero es voluntad.

Por esto, los citados Enneccerus-Nipperdey -- expresan que "el poder de representación se refiere a la representación propia, puede basarse en una regla de derecho o en una ordenación pública; en la constitución de una persona jurídica o en un negocio jurídico, esto es, en un poder..." (Opus Cit. Vol. Segundo, número 168 2., I). De aquí que se hable a este respecto de dos clases de Representación: la legal y la voluntaria. El poder para representar debe derivar del ordenamiento jurídico o de un acto de voluntad privada del representado. De esta doble consideración, se desprenden modalidades propias de cada una de esas especies. -- Así, cuando se trata de "representación legal", el representante debe ser persona que conforme al Derecho sea capaz de realizar actos o negocios jurídicos; más si se atiende a la "representación voluntaria", se verá, cómo es posible que aun cuando esté restringida la capacidad legal del representante, tal restricción no le afecta para celebrar, con ese carácter, un acto o un negocio jurídico si es que disfruta de capacidad natural para manifestar su voluntad.

Si se medita hasta sus últimas consecuencias todo lo anterior, estamos en condiciones de afirmar -- que tras la "representación propia" se halla, a guisa de realidad substancial, el concepto de "poder".

Para representar a alguien, en principio se requiere : o bien una norma jurídica que así lo autorice o lo ordene, o bien una declaración de voluntad particular que produzca el efecto de atribuir el poder de representación.

La representación requiere pues, como elementos orgánicos:

1o.- La actuación de voluntad del representante.

2o.- Que el representante obre en nombre de otro (el representado) para que los efectos de su acción, recaigan en la persona y bienes de éste en forma directa e inmediata.

3o.- Que el representado tenga "poder" de representación ya sea que derive de la ley o de una declaración de voluntad particular, si hemos de atender a la figura normal de la "representación propia".

1o.- La actuación de la voluntad del representante.

Sería ocioso reproducir aquí las varias teorías, y sus modalidades, con las que se ha tratado de explicar el mecanismo de este instituto. El profesor - Borja Soriano ha logrado, y ello con maestría, agrupar en su obra de "Teoría General de las Obligaciones" todos los ensayos tendientes a ese objeto. (T.I. números - del 406 al 431). Carecería de interés científico copiar los valiosos datos ahí expuestos y sólo nos hemos de referir al punto de vista del autor relativamente a su personal opinión. Planiol-Ripert, Esmein, Levy-Ullman, Jhering, Enneccerus y Nipperday, Madray y Bonnesse, según los cuales en la Representación se opera una substitución real de la voluntad del representante por la voluntad del representado; es aquella voluntad del representante a la que se deben los efectos del acto o negocio jurídico realizado, mediante la correspondiente declaración de voluntad que tiene la virtud de ligar al representado con los terceros con quienes contrató el representante. Dicha eficacia se produce en la persona del representado; diríamos en su esfera jurídica, de una manera directa e inmediata. Precisamente esta modalidad de las declaraciones de voluntad, vino a romper definitivamente con el principio romano de la "no representación", del cual ya nos hemos ocupado en anteriores páginas. La representación ha tenido por objeto modificar la eficacia normal de los actos jurídicos que sólo eran vinculantes entre las partes que los celebraban. El docto maestro Borja Soriano concluye al respecto: "La teoría de la substitución real de la personalidad del representado por la del representante, es a mi juicio la mejor desde el punto de vista doctrinal sin embargo teniendo en cuenta que los artículos de nuestros códigos de 1884 y 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que en

tre nosotros la teoría conocida era la de ficción, que ésta es la tradicional en México como en Francia, cree mos que con el criterio de esa teoría es como debemos-interpretar nuestros preceptos legales en materia de -representación, aceptando esa teoría como la acepta Ge ny".(Opus Cit. Núm.430).

Discrepamos del parecer del civilista mexicana no, pues si bien es cierto que nuestro artículo 1800 -del Código Civil vigente tiene como antecedente disposiciones del anterior ordenamiento que coexistían con la doctrina de la ficción, ello en manera alguna significa que no sea posible explicar la mecánica de este -instituto a través de las nuevas ideologías.

En efecto al decir el maestro:

"Los artículos 1283 del Código de 1884 y --- 1800 del Código de 1928 establecen esta regla: El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por me dio de otro, legalmente autorizado. Estos términos cua dran muy bien con la teoría de la ficción. -Los artícu los 1284 del Código de 1884 y 1801 del Código de 1928, establecen el requisito de poder en el representante y reconocen la distinción entre la representación legal y la voluntad diciendo que "ninguno puede contratar a nombte de otro sin estar autorizado por él o por la -- Ley". (opus Cit. Pág.361 Supra).

Parece entender que el fenómeno jurídico de la representación sólo podrá comprenderse dentro de -- nuestros sistemas jurídicos anteriores y vigente, en -méritos a la teoría de la ficción. Nosotros pensamos - que al decir del artículo 1800 de la actual Ley Substan tiva Civil"... puede hacerlo por sí o por otro legalmen te autorizado...."; se está dando relevancia a la vo-- luntad real de quien esté legalmente autorizado para -actuar en nombre de otro. No se finge que actúe la vo luntad del representado, sino que claramente se expresa que quien esté legalmente autorizado actuará; dándose a entender que los efectos de la actuación de la volun tad del representante, habrán de recaer dentro de la -esfera jurídica del representado. No encontramos funda mento para sostener, válidamente, que por haber estado de moda, en aquel entonces, nos referimos a los precep tos análogos de los Códigos de 1870 y 1884, la teoría de la ficción, sea la única apta para explicar la Re-- presentación. Pensar como lo sostiene el maestro, equi valdría a sostener que dado que en la época en que -- nuestra constitución consagró el principio de la no -retroactividad de la ley, estaba en boga la teoría de los derechos adquiridos, ésta sería la única adecuada para la interpretación de nuestro artículo 14 Constitu cional. Pero, a decir verdad, nuestra constitución no adopta una teoría determinada sobre la retroactividad-

sino que es tan solo la consagración de un principio - jurídico susceptible de interpretarse conforme a diversas doctrinas. Es por esto que la Suprema Corte de Justicia, de la misma manera que los Tribunales extranjeros, ha transitado en materia de irretroactividad, desde la teoría de los derechos adquiridos hasta las modernas teorías de Bonnacase, de Coviello y de Roubier. - Cosa semejante viene ocurriendo tratándose de personas morales o jurídicas. La mayoría de las legislaciones - al consignar su reconocimiento en preceptos positivos, se encontraban bajo los auspicios de la teoría de la ficción, pero actualmente nadie pretenderá seguir sosteniendo que es esta la única teoría ni tampoco que sea la mas satisfactoria para explicar la razón de ser de esos entes sujetos de derecho. En la actualidad hay nuevos ensayos, a cual más acertados, que explican la naturaleza de las personas jurídicas como relaciones - de consistencia lógica a las que sirven de soporte o - un conjunto de personas físicas o una masa de bienes - afectados a la realización de ciertos fines. Algo semejante ocurre en lo referente a la presentación. Nuestra legislación civil no da una doctrina determinada - sino que, al definirla, deja la puerta abierta para recibir la explicación más congruente con los principios lógico-jurídicos que privan en nuestros días y que han contribuido intensamente en la depuración de las antiguas ideologías. En la representación nada se finge sino que se abstrae. La voluntad que actúa con eficacia - es la del representante y tiene consistencia real. Que en el mundo de la ficción no existe nada real. La ficción pretende apoyarse en una invención. En cambio, la abstracción, es un hecho real cuyo objeto es prestar solidez a nuestros conceptos; los cuales, enlazados lógicamente, llevan a significar objetividades ideales. - El Derecho se concibe como una relación pensada de poder; y si esto es lógicamente así, no necesitamos de la ficción para explicarnos el poder de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas ajenas -- por actos de voluntad propia, Ennecerus-Nipperday dicen magistralmente:

" Contra la concepción del derecho como una relación (pensada) de poder, se objetan que serían imposibles los derechos de los niños y de los locos. Pero esta objeción se basa en una confusión del poder jurídico, que, como todo derecho objetivo y subjetivo, es sólo - un contenido de representación y de voluntad de la colectividad, con el poder efectivo o señorío, que puede ser fomentado y protegido, por el ordenamiento jurídico, pero nunca creado directamente. No se advierte porqué el ordenamiento jurídico no habría de atribuir un poder jurídico (pensado) a un incapaz de voluntad, que por este ha de ejercer otro. Al -

Rey en la cuña le corresponde el poder jurídico que el regente ejerce por él...Solo caería de sentido el atribuir un derecho a los incapaces de voluntad: primero, si la cesión del poder no consistiera solamente en el contenido de los derechos, sino también en el fin último de los mismos, y segundo, si los jurídicamente incapaces de voluntad no tuvieran tampoco ninguna voluntad natural. Pero no es exacto ninguno de estos supuestos.- Cuando Haff, (Institutiones der Personlich - Keistslehre, p. 19 s.), objeta contra lo -- que se dice en el texto que un poder jurídico pensado constituiría la ficción de lo inexistente, desconoce que los derechos no existen de hecho sino que son cosas pensadas. Por tanto sólo cabe hablar de un derecho fingido cuando se admite un derecho en ciertos aspectos, que no se admite en los demás, por ejemplo, cuando con referencia a ciertas pretensiones se finge que uno es ciudadano romano, no siéndolo en cuanto a lo demás. En cambio si un derecho es admitido en todos los aspectos, será pensado (como todo derecho), pero no fingido...El que el regente tenga un derecho independiente a este ejercicio, o sea -- que a la vez ejerce su propio derecho..no son en modo alguno cosas contr dictorias (como cree Binder, Problem der Jur Pers P.65) y la objeción de Holder...de que el regente ejerce el poder real no para el rey sino en interés de la colectividad, carece de sentido, porque lo mismo sucede con el ejercicio del poder por el propio rey....."(Parte general. Vol.1.Pág.290 No.5 y Not.8 y 9).

Seguros estamos de que en el anterior desarrollo queda plenamente justificado el papel creador del representante, como poder vinculatorio entre el representado y los terceros. Es más lógico concebir las realizaciones de la voluntad del representante -- que tienen como causa su propia voluntad del representante que inventar una actuación directa del representado sin consistencia real, que es a lo que nos lleva la llamada teoría de la ficción. Si en el derecho se trata de relaciones lógicas, de relaciones pensadas, de actuaciones de la voluntad, nada impide que una -- construcción lógica deslignee como dice Coviello, la causa del efecto para la satisfacción de fines prácticos en las relaciones humanas. Hemos de subrayar que en el Derecho es necesario apartarnos del acontecer -- histórico y que sólo así se ha logrado sistematizar -- los institutos jurídicos a través de aquello que --- Fritz Shreier ha denominado, al intitular su formidable libro, "Concepto y Forma Fundamentales del Dere--

cho " en el cual, nos demuestra que incluso el tiempo desde el punto de vista jurídico, es una categoría -- distinta, del tiempo físico. Pensar que la representación sólo se explica en méritos de la teoría de la -- ficción porque en la época en que se legisló ésta era la ideología de moda, nos llevaría a la absurda aceptación de que las únicas pruebas aptas para la demostración de la redondez de la tierra, son aquellas que hubiesen sido contemporáneas al descubrimiento de esa cualidad de nuestro planeta; ó, que las leyes de la -- gravitación universal sólo podrían verificarse con -- los medios que usaron Newton o Kepler.

Precisamente, por la forma de actuación de -- la voluntad del representante distinguimos su inter-- vención de la del nuncio o mensajero. Este no emite, -- como lo hace el representante, su propia voluntad sino que la declara en concepto de voluntad ajena. Como diciendo: el señor fulano, me ordena manifestar a usted que le alquila su automóvil.-- En cambio, el representante diría: doy a usted en arrendamiento tal casa, en nombre del señor X, su propietario. Podemos afirmar que el nuncio es un instrumento de la declaración de voluntad ajena.-- Coviello escribe al respecto que -- "cuando las instrucciones son a tal grado circunscritas que no dan lugar absolutamente a la libertad de -- acción de la persona encargada de obrar en nombre de -- otro, no existe la representación. Por eso se distingue el representante del nuncio o mensajero; cuando no es más que un simple instrumento de transmisión de la voluntad, desempeña el mismo oficio que el correo, el telégrafo, el teléfono, el fonógrafo; en la conclu-- sión del negocio no se pone nada de sí mismo, limitándose a repetir lo que otro ha pensado y manifestado. -- por eso si el nuncius que ha transmitido la oferta recibe del destinatario la aceptación, el contrato no -- puede tenerse como perfecto antes de que éste sea notificado al autor de la oferta; que si el nuncius hubiera sido autorizado para concluir y perfeccionar el contrato recibiendo él la aceptación, debería entonces considerarse más bien como representante..... despréndese de aquí que mientras el representante debe tener al menos la capacidad natural de querer, puede desempeñar las de nuncius hasta una persona naturalmente incapaz, con tal que sepa repetir, aunque -- sea maquinalmente, las palabras que se le han dicho, -- como un niño y un idiota....." (Opus Cit Núm. 125, -- 431 y 432).

La diferencia de la función del nuncio y la del representante, nos lleva a concluir que como quiera que el primero no es quien realiza el acto o el negocio jurídico, no necesita la capacidad para celebrarlo, bastando su capacidad natural para comunicar la ajena voluntad. Por contra, cuando interviene el representante, es él quien realiza el acto o el negocio ju

rídico y en principio, es requerida su capacidad para actuar en ese sentido. A este respecto, la doctrina extranjera parece admitir que no es necesaria, de una manera absoluta, la plena capacidad para celebrar negocios jurídicos:

"Como quiera que el nuncio no es el que concluye el negocio, no se requiere que tenga capacidad de celebrar negocios jurídicos, - bastando la capacidad natural para comunicar la declaración ajena. Por el contrario, el representante toda vez que concluye el negocio por sí mismo, tiene que ser capaz de celebrar negocios jurídicos. No obstante, la limitación de la capacidad no es obstáculo para ser representante..., porque la limitación sólo ha sido introducida en atención a los intereses de la propia persona.. Ahora bien, los limitados en su capacidad están excluidos casi siempre de la representación legal por virtud de disposiciones concretas...."(Enneccerus-Nipardey, Parte General Vol.II.Pág.233 Derecho Civil).

Aceptándose que el nuncio es un mero órgano-transmisor, nada impide que a través de él se declare la voluntad. En lo tocante a la cuestión relativa a la capacidad de representación voluntaria, atribuida por la doctrina a los menores, pensamos que es de suma importancia esclarecerla de acuerdo con nuestro derecho positivo. Bien es verdad que nuestro Código Civil, no regula sistemáticamente la capacidad de las personas; pero de las normas contenidas en disposiciones aisladas creemos poder lograr fundamento unitario para resolver afirmativamente el asunto. Conforme a lo dispuesto por el artículo 450, fracción I, los menores de edad carecen de capacidad natural y legal. El legislador no se preocupó de distinguir pulcramente ambas especies y las ha confundido. Otras disposiciones desmienten que los menores de edad carezcan de capacidad natural pues la misma legislación, en diversos artículos, se las reconoce. Así, las fracciones III y IV del artículo 537 dan beligerancia al pupilo que ha ya cumplido 16 años, a los fines de administración de sus bienes. Cuando los menores de edad están sujetos a patria potestad, pueden contratar y comparecer en juicio si los autorizan los titulares de esa relación paterno-filial (Cod.Civil,art.424.- "El que está sujeto a patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan la patria potestad. En caso de irracional disenso resolverá el Juez"). Si el hijo administra los bienes que le corresponden, contando con el consentimiento del titular de la patria potestad se le tendrá como emancipado para esos efectos

(Art.435 del Código Civil: "cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se lo considerará como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces"). Por otra parte, los menores sujetos a tutela pueden realizar actos de administración y celebrar contratos si los autoriza su tutor (artículo 635 del Código Civil). De todo esto se infiere que, los menores, no son necesariamente, a pesar de lo dispuesto en la fr. I. del artículo 450, naturalmente incapaces.

Es evidente que si con la autorización de los padres o del tutor, pueden los menores de edad obligarse, con mayor razón podrán actuar como representantes voluntarios, máxime que al obrar con ese carácter lo harán por cuenta ajena.

Los traductores de Enneccerus-Niperdey, señores Blas Pérez González y José Alguier, relativamente a la capacidad de los menores emancipados, expresan en sus notas:

"Es evidente asimismo, dentro del derecho español, que como el nuncio no es representante, ni por tanto, celebra el negocio, sino que actúa simplemente de instrumento de transmisión de la voluntad ajena, no ha de reunir condición jurídica alguna de capacidad, sino únicamente la aptitud natural de comunicar la declaración ajena. Para ser representante, en cambio, sí se requiere la capacidad de obrar, pero sin que tengan trascendencia en cuanto a la eficacia de la representación, aquellas limitaciones que, como dice el texto sólo han sido introducidas en atención a los intereses de la propia persona. En estas razones se inspira evidentemente el artículo 1716 ap.I que, interpretado a tenor con las mismas, nos da el siguiente resultado: que el menor emancipado puede celebrar en nombre de su poderdante todos los negocios que éste podría llevar a cabo por sí mismo, incluso aquellos que según el artículo 317 le está vedado celebrar para sí al menor, porque el efecto de tales negocios se produce en la relación entre el representado y los terceros, sin afectar al menor representante. Ahora bien, en la relación interna entre representado y menor representante, aquél sólo tendrá acción contra éste, como dice el propio artículo 1716 ap. I, "en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores"; es decir, que esta relación estará sujeta a --

las limitaciones del artículo 317 y sus concordancias....."(Opus últimamente cit.en -- págs. 237 y 238).

Opinamos que la doctrina anterior es aplicable al derecho mexicano, a pesar de no existir un precepto igual al artículo 1716 ap.I, del Código Civil - Español, según el cual se autorizase expresamente al menor emancipado para ser mandatario. En efecto, si bien es cierto que el artículo 317 del Código Civil - español está redactado en forma tal que parece dotar de mayor radio la esfera jurídica del emancipado, (pues dispone: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor ...") que el artículo 643 de nuestro Código Civil ("El emancipado tiene la libre administración de sus bienes...etc") la diferencia es más aparente que real toda vez que el artículo 636 de nuestra Ley Civil establece que -- son nulos los actos de administración celebrados por los menores emancipados si son contrarios a las restricciones del artículo 643; y, éstas, son las mismas que las del artículo 317 del Código Civil español el cual, limita la capacidad excluyendo los llamados actos de dominio y la comparecencia en juicio para los que se exige el consentimiento del padre y que coinciden con las que se excluyen en las fracciones II y -- III del artículo 643 del Código Civil nuestro. De ésta suerte, aun cuando no existe en el Código Civil Mexicano disposición que autorice al emancipado para ser mandatario, se infiere que podrá ser representante -- siempre y cuando no se contravengan las limitaciones impuestas a su capacidad, y sobre todo, cuando se trate de actos que no afectan a sus personales intereses. Además, el artículo 639 de nuestro Código Civil supone capacidad en los menores si las obligaciones son -- materias propias de una profesión o arte en el que -- fueren peritos.

Sentado todo lo anterior, hemos de proseguir el análisis de los otros requisitos o elementos orgánicos de la representación.

2o.- Es necesario que el representante obre en nombre de otro, el representado, para que los efectos jurídicos de su actuación se produzcan directamente en la persona y bienes de éste.

Es en la actuación en nombre de otro, donde -- radica lo característico de la llamada representación propia. La fisonomía de este instituto queda definitivamente perfilada, cuando se hace resaltar esta elemental nota. En efecto, la doctrina habla de otro tipo de representación que distingue de la anterior llamada dola impropia, con objeto de señalar que, cuando al -- guión actúa por cuenta o en interés ajenos pero no en

nombre de otro, se está fuera de la figura que rigurosamente ha de calificarse como "representación". Es es obrar en nombre de otro, lo que separa la representación de otras formas que miradas superficialmente, podrían ofrecer intensa semejanza e inducir a perniciosas confusiones; sólo explicables en personas no bien enteradas del significado preciso de algunos vocablos de la ciencia del Derecho.

"Además de la declaración de una voluntad propia dice Coviello para que se tenga la representación necesario que se obre también en nombre de otro: -- obrar en interés ajeno no es bastante...." (Opus cit. -- pág. 432). Nuestro Código Civil, al expresar en el artículo 1802 "Los contratos celebrados a nombre de otro -- por quien no sea su legítimo representante, serán nulos a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados.....", menciona este actuar en nombre ajeno -- como un algo esencial en la estructura de la "representación propia". Es distinto el obrar en nombre de otro de aquél obrar por cuenta de otro o en interés ajeno. -- En este caso, estamos dentro de la "representación impropia" o "representación de interés" que no por ser -- frecuente en la vida de los negocios, deja de reclamar pulcra diferenciación. Este tipo de Representación está comprendido en nuestras legislaciones civil y mercantil. El artículo 2546 al definir el mandato, dice -- que es este un contrato por "el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga...." y después, en el artículo 2560 que expresa que "el mandatario, salvo convenio en contrario entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el -- del mandante...", se acepta la representación impropia. El Código de Comercio, define la comisión mercantil, como un mandato aplicado a actos de comercio (artículo -- 273) y dice que en el artículo 283 "el comisionista, -- salvo siempre el contrato entre él y el comitente, podrá desempeñar la comisión, tratando en su propio nombre o en el de su comitente...." y admite también la representación de interés.

El conocimiento de estas dos formas de representación es de mucha importancia. Ya veremos como es frecuente que se confunda la representación propia con el mandato y éste contrato, con el negocio jurídico -- llamado apoderamiento. De la misma manera, es conveniente subrayar que la llamada representación impropia o representación de interés puede reducirse a la figura conocida bajo el nombre de interposición de persona -- sin que, para ello obste, que en el lenguaje corriente se use esa denominación para calificar la simulación relativa. Nada tienen en común la interposición de personas y el acto jurídico simulado: En esta última hipótesis se trata de que una persona distinta de la --

verdadera y, como dice con acierto Coviello, más que una interposición de persona, se realiza la interposición de un nombre. Si se atiende a la representación impropia no es difícil notar que la interposición es real. La persona que interviene en el acto declara su voluntad por sí y a sabiendas de que en torno a su esfera, ese acto-jurídico desplegará su eficacia. Dice Coviello:

"...Tal distinción es sumamente necesaria para los efectos prácticos, porque en la interposición aparente valen las reglas de la simulación relativa, las que no pueden aplicarse a la interposición real (representación impropia) precisamente porque esta es real, y no simulada. Si en un caso concreto exista ésta o aquella especie de interposición, es punto que debe decidir se según las circunstancias de hecho; pero siempre debe tenerse presente el criterio distintivo según el cual para que se tenga la simulación precisa el acuerdo entre el que declara la voluntad, aquél a quien aparentemente se hace la declaración y aquél a quien la voluntad efectivamente se dirige. Cuando este último no participa en el acuerdo, se tendrá la interposición de algo real, es decir, el negocio será fiduciario, no simulado. La distinción es inútil sólo en los casos en que la ley declara nulo un negocio jurídico, realizado por interpósita persona, por ser en fraude de alguna disposición legislativa...." (Opus cit. pág.432).

Para desenvolver nuestro pensamiento y con -- vistas a fundar anteriores afirmaciones que hemos dejado sentadas, poniendo de relieve el requisito de que el representante debe obrar en nombre del representado, vamos a seguir insertando los juicios que al respecto emite el mismo Coviello en el texto, pues nos parece de agudo interés retener las sutiles distinciones que hace sobre la materia. Escribe en la página 444 de su obra -- ya citada:

"Ciertamente, mirando al resultado práctico -- final, la interposición de una persona produce los mismos efectos prácticos que la representación, por cuando mediante ella se logra igualmente obtener las ventajas derivadas de un negocio no concluido por nosotros; pero, en el aspecto jurídico, los dos institutos son esencialmente diversos. Por la representación los efectos del negocio se operan, sin más, en beneficio y a cargo no de quién lo realiza, si no de la persona en cuyo nombre se celebra: -- por la interposición de una persona, los efectos del negocio se realizan con respecto a la persona que los ejecuta, la cual solamente tiene derechos y obligaciones para con aquellos con quienes ha tratado, mientras que la persona, en cuyo interés se llevo a cabo el negocio, tendrá derechos y obligaciones sólo en

fuerza de una relación especial con quién obra en su interés, y solo para con éste, no para con los terceros (aquí cita el autor el artículo 1744 del Código Civil Italiano que coincide con el 2561 del nuestro del siguiente tenor: "Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra -- las personas con quienes el mandatario ha con tratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es obligado directamente en favor de la persona con quién ha e contratado como si el asunto fuese personal -- suyo. Exceptúase el caso en que se trata de -- cosas propias del mandante..."); de suerte que el derecho adquirido por la persona interpósta debe ser objeto de una nueva transmisión -- para que pueda adquirirlo la persona en cuyo interés se ha obrado. Por eso el representante no se puede confundir con el mandatario o con el gestor que obran en nombre propio, o con el comisionista, que se comprenden bajo la denominación demasiado impropia de testafierro por cuanto se llama así al que obra en nombre propio, no para adquirir derechos en interés del que lo ha otorgado su confianza, sino en interés de otra persona por éste designada... (ref.Cit.).

Hemos entrado en el acopio de los valiosos materiales que aporta la doctrina para el mejor entendimiento de lo que es la representación y a los efectos de que se tenga presente que obra en nombre de otro, es un elemento indispensable para que este instituto -- se integre. No debemos olvidar que es esencial la actuación en esa forma; pues de no ser así, estaríamos -- dentro de la representación impropia que con inigualable maestría ha descrito el civilista italiano en los juicios que antes hemos transcrito.

A nuestro parecer, queda en pié la cuestión -- de saber hasta donde llega el obrar en interés ajeno -- si se quiere calibrar el alcance de la llamada "representación de interés" o actuación en nombre ajeno.

La viciosa tendencia a mezclar lo uno con lo otro, lo hemos de ver en posterior capítulo dentro de los institutos del mandato y del apoderamiento, donde se ha dejado sin deslindar, con la claridad debida, éste asunto y, hasta autores de la talla de Coviello lo pasan por alto dando a entender que la "representación impropia" o de "interés" participa, al caracterizarse en el obrar por cuenta ajena, de una meta inherente a la "representación propia" o sea a aquella en la que el representante obra en nombre del representado. ¿Hasta -- que punto es indispensable que el "representante pro-

--pio" obre, no sólo en nombre sino también en interés del representado?. O, dicho en otros términos: ¿es necesario jurídicamente que se conjuguen el obrar en nombre de otro y el obrar en su interés?. ¿podrá existir la representación propia cuando el representante sólo obre en nombre ajeno y no en interés de otro?.

Para dar respuesta a estos interrogantes hemos de anticipar que nos satisface por completo otra opinión que al respecto han emitido Enneccorus-Nipperdey en el sentido de que, hablando con rigor, el representante debe actuar en nombre ajeno sin que sea esencial que también obre en interés ajeno. Dicen:

"Solo es representante el que ejecuta el negocio en nombre de otro (aunque no es necesario que también sea en su interés. Pero si en la mayor parte de los casos. Más existe también el procurador in rem suam, en el derecho inglés "authority coupled with an interest", o sea el que declara que el negocio debe valer a título de negocio del otro y con tal efecto del mismo y precisamente el total efecto (y no sólo algunas consecuencias) debe afectar inmediatamente al representado (en esto se distingue la conclusión de un contrato en nombre de otro (representación) de la conclusión de un contrato a favor de un tercero. Si tomo un seguro de vida a favor de un tercero el negocio es mío: tengo que pagar la prima, el asegurador me está obligado y a favor del tercero sólo debe producirse el efecto. La carga de la prueba corresponde al que demanda basándose en el negocio, tanto si afirma que aquél ha sido concluído en nombre ajeno, como si alega la conclusión en nombre propio.... Si actúa en interés ajeno, por cuenta ajena, pero en nombre propio, nos hallamos en el caso de la representación inmediata o indirecta..." (Parte general Vol. II, págs. 233; B, notas, 6, 6a. y 7).

Las opiniones anteriores, por sí mismas, demuestran que la intervención en interés ajeno no es esencial en la representación propia. Recuérdese la institución del mandato para cosa propia que alcanzó desarrollo desde el Derecho Romano como fórmula para realizar la cesión de derecho. El cambio de acreedor se opera a través de un mandato celebrado entre el primitivo acreedor cedente y el acreedor cesionario, a los fines de que éste pudiese ejercitar su acción contra el deudor en lugar del primero y de que el cesionario recibiese el pago. Era el cesionario un mandatario por su personal cuenta. Obraba, no en interés ajeno, sino en el propio y, a pesar de ello, en virtud del contrato con el cedente, actuaba como su mandatario, en su

nombre . Había así la representación por mandato aun cuando no tuvieses actuación en interés de otro sino en el propio. Nuestra legislación civil en el artículo-2596 del Código de la materia, ofrece la coyuntura para la representación en interés propio al permitir el mandato irrevocable y prohibir que el mandante revoque el mandato, cuando y como le parezca, si el mandato -- fué otorgado como una condición es un contrato bilateral o como medio para cumplir la propia obligación, comprendiendo, como supuesto tácito, la hipótesis de que lo determinante sea el interés del mandatario. Naturalmente que tomamos en consideración el mandato representativo.

Enneccerus-Nipperdey traen a colocación la figura de la estipulación a favor del tercero para demostrar que en este instituto se obra en nombre propio pero en interés ajeno, sin que se esté dentro del cuadro de la representación (ni propia, ni impropia) sino en el campo de los contratos de prestación a tercero. En nuestro Código Civil, en el artículo 1871, se permite la revocación de la estipulación mientras el tercero - beneficiado no haya manifestado su voluntad de quereraprovecharla.

Una vez demostrado que es forzoso que el representante, en la representación propia, actúe en nombre del representado, nos queda por determinar como ha de manifestarse la voluntad de obrar en nombre ajeno.- La doctrina casi es uniforme en el sentido de admitir las declaraciones expresas o tácitas que estén autorizadas por las circunstancias en las que la acción se realiza; e incluso se llega a sostener que es innecesaria la declaración del nombre del representado. Creo que esta manera de ver tiene cabida en nuestro derecho positivo. En efecto, si una persona contrata con otra que ha conocido como dependiente del principal establecimiento mercantil, se entenderá que ha contratado con este último, si el objeto de la contratación pone en evidencia que no pudo ser de la incumbencia ni del interés del factor dependiente. Igual cosa podría afirmarse por lo que respecta al factor. El artículo 315 del Código de Comercio acepta este punto de vista, pues aun cuando redactado en forma imperfecta, declara que "siempre que los contratos celebrados por los factores recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que están encargados, se entenderán hechos por cuenta del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlos, haya transferido sus facultades o cometido abuso de confianza. Tal opinión es tá sostenida por Blas Pérez González y José Alguier al comentar el texto de Enneccerus Nipperdey en relación con el artículo 286 del Código de Comercio Español, el cual coincide con el indicado artículo de nuestro ordenamiento mercantil (véase Pte. Gral. Vol. II pág.238).

En lo referente a los contratos en los que no se haga mención al nombre del representado hacemos notar que se está frente a los llamados "Negocios por -- quién corresponda" y que se caracterizan porque la eficacia jurídica de ellos tiene lugar a favor o en contra del tercero oculto. Esto se aplica con frecuencia en materia del contrato de seguro: (V.G. Art. 11 de la Ley sobre el Contrato de Seguro: "El seguro podrá contratar se por cuenta propia o cuenta de otro, con o sin la designación del tercero asegurado.....etc.). Es muy importante dejar sentado que cuando alguien concluye un contrato con el representante de un empresario con el que se ha querido contratar, el acto será válido para el representado aunque se haya creído que el dueño era el representante. La doctrina se resuelve en este sentido y desecha la tesis que pretende fundar la impugnación de un negocio así celebrado en el error sobre la persona. (Véanse las notas de Pérez y Alguier antes -- Cit.).

Juzgamos conveniente recordar que la moderna doctrina distingue, además de las formas de representación antes descritas, otras dos especies de representación: la activa en la que se declara la voluntad en -- nombre de otro y la pasiva consistente en la admisión de una declaración para otro cuyo efecto deberá recaer en este. Relativamente a esta especie, dicen Enneccerus-Nipperdey "que lo único decisivo es la voluntad (- declarada expresamente o resultante de las circunstancias) del declarante dirigida a que la declaración, se considere emitida al receptor como representante de la otra parte, pues para la recepción no es menester la actividad de la voluntad del que la recibe, ya que la declaración puede llegarle aun sin su voluntad.

3o.- El Representado debe tener poder de Representación.

La Representación propia tiene otra fundamental característica. Supone el poder de representación. Ya hemos visto anteriormente que cuando no se actúa en nombre de otra persona pero sí en su interés, se habla de representación impropia. Pues bien en ese último caso, en rigor no existe el poder de representación, el cual puede derivar de la ley o de la voluntad particular. Si este poder de representación se funda en la ley, se llama representación legal; y, si se apoya en acto de voluntad particular, se denomina representación voluntaria.

Esta cuestión es de tan grave interés que desde cuando nos propusimos la integración de la presente tesis, le asignamos un capítulo separado, que será el tercero, pues en el próximo estudiaremos el panorama dominante en varias legislaciones y en la doctrina.

C A P I T U L O S E G U N D O .

REPRESENTACION, MANDATO Y PODER .

1.- LA REPRESENTACION Y EL MANDATO: Sus res-- pectivos caracteres.— Es antigua la tendencia a involu-- crar la representación dentro del concepto de mandato.— Nada más fuera de la verdad. Bonnacase se ha alzado -- eansurando esa perniciosa corriente propagada en el am-- biente jurídico de su patria. Nos parece indicada la o-- portunidad de vaciar aquí su pensamiento dada la nota-- ble semejanza de los puntos de vista que crítica con -- las opiniones equivocadas que aun son generales en nues-- tro medio incluyendo el empleo impropio que se da a los términos "representante" y "mandatario", usados muy a menudo como equivalentes. Dice el profesor de la Uni-- versidad de Burdeos:

"Para advertir el alcance de la noción de re-- presentación jurídica, es importante distinguir esen-- cialmente al representante del mandatario. Por una erró-- nea tendencia se equiparan intencionalmente estas no-- ciones, se habla del mandatario convencional, del manda-- datario judicial y del mandatario legal. Es evidente, -- que en esta forma, se comprende la noción de represen-- tación en la de mandato, especialmente bajo los térmi-- nos: mandatario legal, lo cual es un error; el mandata-- rio constituye una variedad del representante en gene-- ral, y nada más. Estimamos que, en realidad, la idea -- del mandato evoca esencialmente la de contrato y que -- es inexacto hablar de mandato judicial, y sobre todo -- de mandato legal. El mandatario es, esencialmente, un-- representante que, como todos los representantes está-- encargado de obrar por otro, pero en virtud de un Con-- trato. Hablando propiamente los únicos mandatarios que existen son los convencionales. Además, el mandatario-- convencional está encargado exclusivamente, de reali-- zar actos jurídicos por cuenta de otra persona oponién-- dose así al empleado, cuya misión es, por virtud del -- arrendamiento de servicios, realizar una tarea mate--- rial. La noción de representante tiene un sentido más-- amplio que la de mandatario; confiere a la persona que está investida con ella, el derecho y la obligación de realizar actos jurídicos.....

La representación jurídica responde a una no-- ción técnica. La representación es una institución en-- virtud de la cual, fundada en elementos de hecho con-- vencionales o legales, una persona tiene el poder de -- realizar directamente, por cuenta de otra operaciones -- materiales y jurídicas. Con relación a una persona la -- representación es susceptible de aplicarse mediante un contrato, hallándose entonces frente a un mandatario, -- cuyas facultades estarán limitadas, como hemos indica-- do, a la ejecución de actos jurídicos, dentro de los l-- límites establecidos convencionalmente por la parte o--

por el Código Civil en caso contrario. Pero la representación jurídica puede también ser puesta en movimiento por la misma ley basada en elementos distintos al contrato.....En efecto, la ley no ha organizado la representación en una forma abstracta y rígida; por el contrario, prevé diversos tipos de representantes, estableciendo, respecto de cada uno de ellos las reglas susceptibles de realizar el fin que se persigue..... (Elementos de Derecho Civil", T.I., Nos.307 y 308; trad Cajica, Ed. Cajica, Puebla).

A pesar de que este autor propugna por establecer la diferencia entre representación y mandato, la que siñ discusión aceptamos, se percibirá que en medio de la limpieza de sus juicios, parece no haber llegado a sentar lo esencial del concepto de la representación propia. Así, en el cuerpo de la transcripción anterior, se dice que la representación es una institución en virtud de la cual, fundada en elementos de hecho convencionales o legales, una persona tiene el poder de realizar por cuenta de otra, operaciones materiales y jurídicas. Pensamos que el autor opina, con exactitud que la representación se distingue del mandato en que aquella halla su fundamento indistintamente en elementos legales o convencionales y que, este, es siempre un contrato; es decir, que la representación puede ir adherida al contrato del mandato, por acuerdo de los interesados o bien, motivarlo, presuponiéndose poder de representación convencional en acto anterior ya veremos esto en capítulo posterior o bien, como una fórmula para limitar la actuación del representante. Solo que, a nuestro juicio, el autor galo ha omitido destacar que el obrar en nombre ajeno; esto es, en nombre de otro, es un elemento esencial en la representación auténtica, como lo hemos demostrado en el capítulo anterior. No es lo mismo decir obrar por cuenta de otro, que obrar en nombre de otro, puede obrarse por cuenta de otro fuera del instituto de la representación. Recuérdese que en estos casos se trata de la "representación impropia", figura que se absorbe dentro de la "interposición de persona". Ya hemos visto que la actuación en interés ajeno, no es esencial y que desde el Derecho romano se admitió el mandato para cosa propia, figura reconocida en el Derecho Anglosajón. En este sentido, la concepción de Bonnacase se nos antoja deficiente y que sus verdades alcanzan dimensiones parciales. Es cierto que el mandato es solo un contrato; es cierto que la representación puede estar vinculada al mandato; también es verdad que la representación tiene otros apoyos no contractuales; pero no es verdad, que lo distintivo de la representación consista en actuar por cuenta de otro ya que es posible obrar en interés ajeno sin tener la representación de la persona realmente interesada en el resultado del negocio. No es lo mismo intervenir en un negocio jurídico a título de ne

--gocio propio aun cuando las consecuencias afecten intereses ajenos. Aquí se sospechará que no obstante la apariencia de la actuación en relación con terceros como asunto propio o de otro puede, en lo interno (relación entre representado y representante) servirse al interés ajeno o al interés propio. Es posible que el --pensamiento de Bonnecase haya sido, al decir que la representación consiste en que "una persona tiene poder de realizar directamente, por cuenta de otro, operaciones materiales o jurídicas". implicar en los términos -- "poder de realizar directamente", la actuación en nombre de otro. Pero esto, no queda suficientemente claro si no se insiste categóricamente en que la actuación deberá ser ostensiblemente en nombre de otra persona -- ya que así la vinculación quedará establecida entre -- aquél en cuyo nombre se interviene y un tercero; con -- independencia del interés a satisfacer cuya sede es otra relación limitada por las personas del representante y el representado.

Aceptamos que la representación puede abarcar actos materiales y actos jurídicos; y, también que el contrato de mandato se concreta en la facultad para -- realizar solamente actos jurídicos por cuenta del mandante.

Si Bonnecase ha querido, al expresar en su definición de la representación que el representante deberá tener "poder de realizar directamente, por cuenta de otra persona operaciones materiales o jurídicas" decir que habrá de actuar en nombre del representado, pensamos que no consigue la precisión deseable toda vez -- que el poder de representar atañe al fundamento de la representación propia, el cual, ha de proyectarse sobre las relaciones con terceros a título de actuación en -- nombre ajeno. Es probable que el autor se refiera a la exteriorización de la voluntad de actuar por otro y -- que, al hablar de "poder de representación" haya intentado significarlo así. Sin embargo, no se acepta la conotación de los conceptos "representar" y "poder de representación". "Representar a una persona, es actuar -- en nombre de ella. "Poder de representación" significa estar investido de la facultad de representar a otra -- persona.

Consiguientemente, es posible que alguien actúe en nombre de otra persona y que no exista el poder de representación (ya veremos en el siguiente capítulo cual es la condición jurídica de tal situación). A la inversa, será posible que alguien, teniendo poder de -- representación, obre ocultando ese poder en cuyo caso, no habrá representado, sin carecer, por ello, del poder para haberlo hecho así. Bonnecase se ha fijado más, en los efectos de la actuación de quien tenga poder de representación que en la necesidad Jurídica de actuar exteriorizando ese poder para obrar por otro.

Los fundamentos de la representación son di--

--versos. Desde luego que todos ellos se desprenden del ordenamiento jurídico por cuanto que, en última instancia, dentro de él se ubican los presupuestos cuya actuación genere las facultades jurídicas y las varias manifestaciones de los defechos subjetivos. Hemos ya hablado de la dicotomía que separa dos tipos de representación: la legal y la voluntaria; mas es preciso, a nuestro juicio, hacer algunas consideraciones explicativas. Cuando se piensa en la representación legal y en la representación voluntaria se implica, más que la actuación efectiva de obrar en nombre de otro, que es lo que en rigor significa representar, la posibilidad de hacerlo así. Pero toda posibilidad jurídica ha de tener un fundamento, una base que preste virtual eficacia, dentro del Derecho, a un cierto tipo de conducta y por ello, el supuesto tácito de la representación es el poder de representación. Ahora bien, este poder de representación puede derivarse de varias fuentes: bien directamente de una disposición legal, bien en una ordenación pública o acto de autoridad, bien en la constitución de una persona moral o jurídica y, por último en un negocio jurídico denominado poder. Es frecuente hablar genéricamente y calificar como "representantes legales" a aquellas personas cuyo poder de representación tiene un fundamento distinto del negocio jurídico. No obstante, pensamos que es conveniente aclarar que cuando ese poder emana inmediatamente de una norma jurídica contenida en una disposición legal es cuando esa denominación es adecuada. El Código Civil, en los artículos 1800 y 1801 mencionan, el primero, la posibilidad de que alguien esté legalmente autorizado para con tratar por otro y el segundo, la imposibilidad de que alguien contrate a nombre de otro si no está autorizado por éste o por la ley. Pero entre estos extremos -- que se contraen a la representación voluntaria y a la conocida con el calificativo de "legal", debe distinguirse la que inmediatamente se funda en la constitución de las personas jurídicas. El artículo 27 del Código Civil hace esta distinción al expresar que "las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposiciones de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos". Al respecto, dice Enneccerus-Nipperdey que "en la constitución de una persona jurídica se basa el poder de la dirección de la asociación y de la fundación para obrar como órgano de la voluntad de la persona jurídica. La dirección tiene, como dice la Ley, la posición de un representante legal y por tanto, a pesar de que en rigor no es representante, sino órgano de voluntad, le son aplicables las disposiciones sobre el representante legal".

A pesar de las varias manifestaciones de la representación, es esta una noción unitaria. La autoridad de Gilbert Madray nos apoya en esta afirmación escribiendo:

"Por nuestra parte aceptamos la técnica de los autores modernos, tanto más cuanto que so lo ella conduce a una teoría de la representación que sea única y que comprenda todos los casos señalados por la observación directa. Si se obstina uno en atribuir a la voluntad un papel creador, al mismo título que la ley, es necesario proponer una explicación bipartita del fenómeno de la representación: la representación convencional es obra de la voluntad, la representación legal, obra de la ley. En estas condiciones es imposible la elaboración de una teoría puesto que, en todos los casos, sus efectos consisten en ligar directamente al representado con los terceros, pero no obstante nos vemos obligados a dividirla, a establecer límites entre ella, y a establecer una antinomia irreductible en las manifestaciones de un fenómeno cuya naturaleza es idéntica... el lazo de derecho, que uno inmediatamente al tercero con el representado se debe, en todos los casos, a la ley, solo cambian, según las hipótesis, los elementos de hecho tomados en consideración, para recibir fuerza obligatoria en el dominio jurídico. En esta forma, la definición que hemos dado de la representación, el representante manifiesta la voluntad de celebrar un acto cuyas consecuencias se producirán únicamente en otra persona; el tercero aceptase aclararía mediante el mecanismo del acto jurídico del que no es sino reflejo. ("De la representación en Droit privé. Théorie et pratique" 1931 págs. 157 y siguientes).

Estamos de acuerdo en que el fenómeno de la representación es siempre el mismo. En su carácter unitario. Pero nos parece que dentro de la ciencia jurídica del día, el escrúpulo del profesor Gilberto Madray, en lo relativo a que "nos vemos obligados a dividirla (se refiere a la representación), a establecer límites entre ellas, y a establecer una antinomia irreductible en las manifestaciones de un fenómeno cuya naturaleza es idéntica....", acusa reducida comprensión de lo que significan las manifestaciones de voluntad. Ya hemos dicho que la representación puede generarse por diversas vías. Por mandato directo de la ley; por la constitución de una persona jurídica; o bien por un acto jurídico realizado con esa finalidad. Cuando se origina la representación por acto jurídico, no se trata de que se conceda a la voluntad, por sí sola, la cualidad creadora de efectos jurídicos al mismo título que la ley, la declaración de voluntad desempeña el papel de motor básico para la realización de los efectos que habrán de producirse una vez realizado el supuesto de hecho de la norma. Es en veces la declara---

--ción de voluntad por sí sola y en veces acompañada de otros elementos, el supuesto de hecho de la norma que produce las consecuencias jurídicas que aquella prevé, en forma abstracta. Pero nunca podría atribuírsele función creadora exclusiva con independencia del ordenamiento jurídico. Enneccerus-Nipperdey explican satisfactoriamente esa situación la cual Madray no consigue discriminar y que declara admitir por la concesión de la existencia de "una antinomia irreductible" expresando que "el derecho privado vigente concede al hombre poder para formar por su propia voluntad (exteriorizada) sus relaciones jurídicas, poniéndoles así en armonía con sus necesidades e inclinaciones personales. El medio que sirve a este efecto es la omisión de una declaración de voluntad, esto es una exteriorización de voluntad privada dirigida a un efecto jurídico" -- (aquí remiten a anteriores desarrollos donde sostienen que hay tres grupos capitales de actos jurídicos, entre los que cuentan, en primer término las declaraciones de voluntad consistentes en las exteriorizaciones de la voluntad particular dirigidas a un efecto jurídico. Dicen "que el ordenamiento jurídico dota a la humana voluntad con la virtud de determinar efectos jurídicos, y que considera decisivo para esos efectos, el contenido de la voluntad si bien no exclusivamente. Continúan explicando que el efecto de la declaración de la voluntad se precisa por el contenido de ésta, o cuando menos tal contenido contribuye a la determinación del efecto. "Que el supuesto de hecho global, del cual deriva en estos casos al efecto jurídico, se le llama negocio jurídico. Que las declaraciones de voluntad son actos sociales; ya que por sí solo se juntos con otros requisitos forman el supuesto de hecho de un negocio jurídico.....)" (Pte. General. Vol.II No.136-1).

Como se vé, no se trata de atribuir a la sola voluntad eficacia creadora sino de subrayar que en ocasiones, la exteriorización de ella es la base. Por ello los tradistas alemanes antes citados continúan escribiendo".....esta declaración de voluntad por sí sola o en unión de otras declaraciones de voluntad y de otras partes del supuesto de hecho puestas en movimiento por la voluntad, es reconocida como base del efecto jurídico querido (pénsemos en la representación)...a este supuesto de hecho total, querido o puesto en juego por la voluntad lo llamamos negocio jurídico...si al negocio jurídicosi el negocio jurídico consiste únicamente en una declaración de voluntad que es reconocido por sí sola como base del efecto jurídico, la declaración de voluntad y el negocio jurídico son una misma cosa. Por ejemplo a la denuncia de una relación jurídica podemos llamarla indistintamente declaración de voluntad o negocio jurídico. Pero a veces la declaración de voluntad no produce el efecto jurídico por sí sola sino solo en relación con otras declaraciones

de voluntad o con otras partes del supuesto de hecho.-
Entonces solo es parte del supuesto de hecho que deno-
minamos negocio jurídico, e induciría a error y no es-
taria de acuerdo con el Código Civil .(Se refieren al
Código Civil Alemán), el calificarla, no obstante, co-
mo negocio jurídico. Menos inconveniente, aun cuando i-
gualmente inexacto, es a la inversa, y atendiendo úni-
camente a sus partes integrales esenciales, llamar de-
claraciones de voluntad a los negocios jurídicos que
- se componen de varias declaraciones de voluntad (por
- ejemplo los contratos) o que, además estas contienen
- otras partes del supuesto de hecho...." (Opus última-
mente Cit.No.136-I).

Se hacía indispensable vaciar aquí el pensa-
miento moderno a los fines de disipar la actitud dubi-
tativa de Madray y para deshechar su idea de la acepta-
ción de "una antinomia irreductible"; seguramente sus-
escrúpulos se deben a los debates que se han producido
en Francia con motivo de la integración de la teoría
general del acto jurídico. La doctrina Francesa entien-
de bajo la expresión de acto jurídico, lo que la doc-
trina alemana denomina declaración de voluntad. Por e-
llo no es correcto considerar que el negocio jurídico
sea una sub-especie de los actos jurídicos, ya que fre-
cuentemente se compone de varios actos en el sentido -
de declaraciones de voluntad o bien, de otros elementos
del supuesto de hecho previstos en la norma jurídica.
Ahora bien, sin distinguir con claridad esto, la gene-
ralidad de los jusprivatistas franceses se preocupa-
ron por calibrar el papel de la voluntad en los actos
jurídicos y, en ese empeño se hicieron notables tres -
tendencias que nuestro autor Borja Soriano describe --
con su habitual maestría: La que concede a la voluntad
papel creador de efectos de derecho, y que él, señala-
como posición de la Teoría Clásica; la tesis de León -
Duguit y la tesis de Bonnacase.

Para la Teoría Clásica, según lo indica Borja-
Soriano invocando los nombres de Baudry-Lacantinerie,
Planiol, Colin y Capitánt, y Boudant, los actos jurí-
dicos son la fuente más fecunda de las relaciones de -
Derecho, son la causa de la mayor parte de estas rela-
ciones, producen los efectos de Derecho....el elemen-
to esencial de todo acto jurídico es la voluntad de su
autor....de ella derivan directamente los efectos jurí-
dicos...en el contrato la voluntad de las partes forma
la obligación: es la fuerza creadora de ella y quien
determina a la vez, su objeto y su extensión; el legis-
lador no interviene sino para sancionar la obra de las
partes dándoles una acción o para vigilarla establecien-
do límites a su libertad por medio de prohibiciones o
 nulidades.....Tratándose de hechos jurídicos (stricto
sensu) puede decirse que los efectos jurídicos son di-
rectamente creados por el derecho, que en estos casos-
la

la ley es la fuente de las obligaciones..." (Borja Soriano, Opus Cit., T.I., No.41). Nótese como en esa glosa, aparecen verdades parciales. En efecto, es verdad que el acto jurídico, en el sentido de declaración de voluntad, es fuente de relaciones jurídicas. En este aspecto la doctrina Clásica Francesa coincide con la tesis Alemana que antes hemos reseñado transcribiendo el parecer de Enneccerus-Nipperdey; no se aclara en cambio, la distinción obligada entre contrato o acto jurídico. Ya vimos que no es lo mismo acto jurídico que negocio jurídico. Es decir, que acto jurídico equivale a declaración de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas y que, no toda declaración de voluntad es por su sola condición, negocio jurídico. En cambio, el contrato, es negocio jurídico específico que se integra por dos recíprocas y correlativas declaraciones de voluntad, siendo éstas, propiamente hablando actos jurídicos en general. No es en sí la voluntad la que crea los efectos sino que es el supuesto nominativo o una parte de él bajo el mismo título que aquellos supuestos en los que no existe una declaración de voluntad predestinada a la eficacia nominativa. Por ello, no puede aceptarse que en esos términos se llegue a establecer la diferencia propuesta, por la Escuela Clásica, entre hecho y acto jurídico. La voluntad en el acto jurídico ha de pasar por la Ley para determinar la eficacia. La voluntad, es uno de tantos hechos jurídicos, Sentimos el deber de recordar que por supuesto de hecho, debe entenderse el conjunto de aquéllos requisitos que el ordenamiento jurídico reconoce como el fundamento de una consecuencia jurídica y que hecho jurídico es todo aquél que por sí solo o junto con otros hechos determinan una consecuencia de este orden. Dicen Enneccerus-Nipperdey que "los hechos jurídicos son de una variedad extraordinaria y que, los más importantes son los actos humanos, que se componen de hechos de la vida del espíritu y de hechos externos como por ejemplo la voluntad y la declaración de esta voluntad." (Véase opus últimamente cit.pág.6).

El Profesor de nuestra Facultad, Eduardo García Maynez, comparando la orientación de la construcción francesa con la tesis alemana a través de cuya asimilación magistral desarrolla sus personales ideas dice, al tratar de la clasificación de los hechos jurídicos en materia civil en la Doctrina Francesa:

"Los hechos jurídicos pueden consistir en hechos o en estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones voluntarias o involuntarias. Como ejemplos de hechos de estados de hechos puramente naturales podemos citar el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas.... Las acciones humanas pueden producir consecuen--

--cias tanto en relación con sus autores como relativamente a otros sujetos; verbigracia, en el caso de la responsabilidad por hechos de tercero. Hay también consecuencias jurídicas que tienen como supuesto o condición los riesgos o daños producidos por cosas, útiles o animales Las acciones del hombre, en tanto que el derecho objetivo las considera como supuestos jurídicos, dividen en lícitas e ilícitas, según que sean conformes o contrarias a los preceptos de aquél... Cuando las acciones de un sujeto son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, llámense actos jurídicos (de claraciones de voluntad diríamos nosotros). Estos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los bilaterales reciben el nombre de convenios sensu stricto y contratos. Cuando no tienen como finalidad la creación, la modificación, la transmisión o la extinción de consecuencias de derecho, reciben el nombre de hechos jurídicos....." (Introducción al Estudio del Derecho; T.I., No.101 de la Primera Edición por Jus).

Con las líneas anteriores de nuestro distinguido jurista queda confirmado nuestro punto de vista relativo a la parcial apreciación de la doctrina clásica francesa sobre el papel de la voluntad en el acto jurídico. Pensamos con Carnelutti que son los actos jurídicos el grupo más copioso y relevante de los hechos jurídicos.

Borja Soriano, después de explicar la tesis clásica censurada por nosotros, pasa a exponer la teoría negativista de Duguit, al cual rechaza la idea de que la voluntad esté investida del poder creador de consecuencias jurídicas. Como exponente del positivismo jurídico, Duguit sostiene que en el acto jurídico el efecto de derecho, no es objeto inmediato del querer sino que es objeto mediato en el sentido de que el sujeto sabe que si quiere y ejecuta determinado acto corpóreo el derecho objetivo le atribuye ciertas consecuencias. (véanse Borja Soriano opus.cit. pág.124).

Hemos de hacer notar que esta posición, no obstante su negativismo con respecto a la capacidad de la voluntad para producir efectos jurídicos, puede implicar el reconocimiento de que su declaración integre el supuesto originador de las consecuencias de derecho -- previstas por la norma. Tal punto de vista tiene, a nuestro entender, la ventaja de no separar tajantemente, la voluntad de otros supuestos normativos.

El Maestro Borja Soriano, cita a continuación -

la tesis de Bonnacase, distinguiendo las funciones inmediata y mediata del acto y del hecho jurídico. Parece que nuestro jurista se adhiere a su pensamiento al opinar que la teoría del Catedrático de la Universidad de Burdeos se "formula con gran claridad". Copiadespués lo esencial del pensamiento de éste y dice -- que el acto y el hecho jurídico tienen por función poner en movimiento, en contra o en provecho de varias personas, una regla de derecho o una institución jurídica. Solamente que mientras el acto jurídico tiende directamente y de una manera reflexiva a este resultado, el autor del hecho jurídico lo sufre y que es ésta una de las razones que han conducido a la doctrina clásica a asimilar la función del acto jurídico a la de la ley. Afirma que la voluntad considerada en sí misma, es impotente para engendrar consecuencias de derecho y que solo desempeña el papel de fundamento dentro de los límites de la ley. Para Bonnacase estas es la función inmediata e invariable del acto y del hecho jurídico. Después el jurista galo, al amparo -- del título, "función mediata del acto y del hecho jurídico", despliega su conocimiento e interesante tesis de las situaciones jurídicas abstractas y concretas, según él, las primeras consisten en meras vocaciones o posibles maneras de ser teóricas o eventuales, expresadas en la regla del derecho, las cuales habrán de actualizarse mediante las vías del acto o del hecho jurídico, creándose así, las situaciones jurídicas concretas. Podíamos decir, que la situación jurídica abstracta es la norma, integrada por el supuesto jurídico y el anuncio de las consecuencias que se podrían derivar de su realización. La situación jurídica concreta viene a ser la producción de las consecuencias indicadas una vez cumplidos los supuestos -- normativos. Fundándose en la tesis anterior, concluye el maestro Borja Soriano diciendo que "la ley y el acto o el hecho jurídico juntamente producen los efectos de crear, transmitir, modificar o extinguir las obligaciones y los derechos" (Véanse la obra cit. del autor mexicano, págs. 125, 126 y 127).

Después de la dilatada exposición de las teorías alemana y francesa sobre las declaraciones de voluntad y el acto jurídico, se impone conceder que las tesis francesas han pecado de parciales y que, por -- falta de sistematización de los conceptos fundamentales del Derecho se antojan radicalmente insuficientes para explicar con profundidad muchos institutos. Entre ellos, siempre nos pareció que el de la representación quedaba carente de amplio fundamento dentro de -- las ideologías derivadas de las doctrinas francesas y en general en los sistemas legales en ellas inspirados. Concluida la excursión a través del tema troncal de -- los actos jurídicos se verá como no es ya difícil aceptar que la función de la voluntad en la vida del dere

cho consiste en que su exteriorización es, o bien, una parte del supuesto de hecho de la norma jurídica o bien, en ciertos casos, lo es por sí sola; pero que en ningún caso ha de pretenderse interpretar su declaración como un algo capaz de tener eficacia fuera del ordenamiento jurídico.

Las incompletas concepciones que inspiraron a los juristas franceses del Derecho privado, causaron toda esa polémica que hemos descrito y cuya complejidad se desvanece después de tener en cuenta las vigorosas explicaciones de la teoría jurídica germánica mediante la cual, se consiguen en la actualidad, benéficos resultados en los ensayos de sistematización de conceptos que antes aparecían inconexos y como reflejos de precipitados históricos.

Es indudable que Gilbert Madray es, entre los autores más conocidos en nuestro ambiente quien mejor ha abordado el tema de la representación. Nos hemos preocupado por comparar las tesis alemana y francesa sobre el acto jurídico porque este autor y Bonnetcase se han esforzado con sus valiosas aportaciones, por proyectar la claridad necesaria en esta materia. Sin embargo, a pesar de la óptima calidad de estos juristas, vimos que aún muestran huellas de las ideologías liquidadas por la doctrina general del Derecho, nutrida en las corrientes contemporáneas. Nos sorprendió mirar como después de haber logrado estos autores enforcar, con ejemplar acierto, el tema de la representación hayan incurrido en la omisión de ahondar en lo relativo a la mecánica de las declaraciones de voluntad a la luz de las nuevas ideas.

Para justificar nuestra desviación del tema entrando al estudio comparativo de las Doctrinas del acto jurídico y de la función de la voluntad, volveremos a Gilbert Madray quién expresa:

"La representación es una institución que consiste en la sustitución de una persona (el representante) por otra (el representado) con objeto de formar una relación de derecho entre el representado y un tercero..... Así, el carácter específico de la representación reside en la producción de efectos de derecho, respecto de una o varias personas que no han figurado en determinado acto. Encontramos en esto un efecto anormal del contrato que no podría explicarse sin trastornar los principios generales del derecho..... Hasta hoy se ha persistido en limitar el fenómeno, al estudio de uno de sus aspectos; cuando se ha blaba de su extensión, únicamente se consideraba el mandato... cuando se deseaba anali-

--zar su mecanismo, se estudiaban únicamente las reglas del contrato. Las numerosas aplicaciones de la representación jurídica que se han impuesto a nuestra observación nos --prohíbe adoptar la misma actitud, la cual --nos induciría a resultados incompletos. Los hechos mismos que constituyen la exposición-descriptiva que hacemos, demuestran cuan vano sería que pretendiéramos reducir la representación a los límites del contrato; con ello --única y solamente se lograría desnaturalizarla. La --representación no se analiza en el contrato --sino en el acto jurídico.....En realidad, --nos encontramos en esta materia, ante un vestigio lejano, pero de los más perjudiciales, de la tendencia de los autores a reducir toda la vida jurídica al dogma contractual, de suerte que los hechos demuestran la verdad --de una nota hecha ya antes, la necesidad de --separar dos nociones que tradicionalmente se fundían en una sola la de contrato y acto jurídico. Si uno de estos dos conceptos se reduce, íntimamente, uno a otro, la representación continuará siendo una monstruosidad lógica. El contrato no comprende en su seno el acto jurídico en su totalidad; simplemente es uno de los aspectos de este acto. El acto jurídico tiene su alcance mucho más amplio, --comprende al contrato, como la representación --comprende al mandato.....Tratar de explicar el mecanismo de la representación por el contrato, equivale a pretender que el todo sea comprendido por la parte....." (Opus cit. Ver también Bonnacase "précis de Droit Civil, Ed. Rousseau Etc. Cie; T.I., No. 309).

Es asombroso que des pues de haber señalado estos autores (pues Bonnacase se adhiere a Madray) tan juiciosos puntos de vista, mostrando anteriores yerros, haya quedado intocada una explicación que se imponía, --cual es la relativa a la verdadera función de la voluntad. Creemos que la falta solo podrá hacerse recaer en la influencia de las antiguas ideas clásicas. Sin ánimo de gratuita censura, pensamos que en nuestro medio, también sobrevive algo de ese confusionismo.

Nuestro Código Civil reglamenta la representación dentro de la regulación del contrato y ello, ha --causado que nuestros tratadistas lo aborden al estudiar esta fuente de obligaciones. En cambio, el tema --queda en ocasiones ausente de la enseñanza de la Doctrina general del Derecho Civil y del curso de Introducción al Estudio del Derecho.

No es nuestro objetivo hacer crítica destructi-

--va ni menospreciar a nuestros autores que se ocupan de esas disciplinas. Se desea tan solo verificar, como todavía no se hace, suficiente claridad en el tema. No se ha conseguido, en nuestro ambiente (nos referimos a las tendencias docentes y a la práctica judicial; todo ello probablemente motivado por deficiencias de nuestra legislación al respecto) ascender hacia un principio unitario que sea al modo de punto de convergencia de las dos formas de representación especificadas con los calificativos de legal y voluntaria. Ya decíamos, al iniciar el presente apartado de este Segundo Capítulo, que tanto la representación legal como la voluntaria y entre ambas, la que emerge de la constitución de las personas jurídicas, ostentar fundamentos legales - volitivos. Pues bien, en el transcurso del extenso desarrollo que llevamos en este primer punto, hemos demostrado que tratase ya de la legal, ya de la que deriva de la constitución de las personas jurídicas o de la voluntaria se esté, en última instancia, frente a un efecto jurídico que puede ser producido por supuestos diversos. La representación legal, la de las personas jurídicas o la llamada voluntaria hacen referencia a su génesis dentro del ordenamiento jurídico. Nada impide que un mismo efecto pueda obedecer a diversos supuestos ni tampoco, inversamente, que el mismo supuesto sea susceptible de producir distintos efectos; ni que dos hechos jurídicos, emanados de un acontecimiento, engendren cada uno, sus propios efectos jurídicos. Ennecerus-Nipperdey escriben:

"Diversos supuestos de hecho pueden tener el mismo supuesto jurídico (por ejemplo adquisición de la propiedad), el mismo supuesto de hecho puede tener diferentes efectos jurídicos (conurrencia de leyes). Nada se opone tampoco a que dos hechos jurídicos derivados del mismo hecho natural, produzcan sus respectivos efectos jurídicos (efectos dobles). Lo que según este pertenece o no pertenece a al supuesto de hecho es cosa que, naturalmente, solo puede indicarse al tratar de los supuestos de hecho y de los efectos jurídicos-singulares....."(opus recientemente cit. -- pág. 6).

De tal guisa, queda fuera de duda y por ende de debate, que el concepto de representación sea un algo unitario a pesar de su pluralidad de fuentes, es decir, aún cuando pueda originarse por la realización de distintos supuestos. En esta dirección, la tesis de Madray es válida.

Desafortunadamente en nuestro medio todavía se insiste en vincular la representación voluntaria al contrato de mandato oponiéndose esta especie a las o-

--tras señaladas. Así, la teoría queda en solución de continuidad por falta del descubrimiento del hilo de unión. En efecto, Rojina Villegas escribe que:

"La representación se clasifica en dos formas: la legal y la voluntaria. Existe representación legal cuando por virtud de una norma jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, y se reconoce validez a los actos que realiza para afectar el patrimonio del representado. En cambio, existe representación voluntaria cuando una persona puede actuar en nombre y por cuenta de otra, por un mandato expreso o tácito que ha recibido de esta..... Los casos de representación voluntaria se representan fundamentalmente en el mandato en sus diversas formas: general y especial..... En nuestro concepto debe separarse radicalmente la representación voluntaria de la legal, no solo en cuanto a la causa que la motiva sino en cuanto al problema jurídico de su justificación. Así como es evidente que la causa de la representación voluntaria es esencialmente distinta de la representación legal, así también debe ser muy diversa la justificación legal que se proponga..... (Teoría General de las obligaciones o Derechos de Crédito"; Edición "el Nacional". T.I. Nos. 282 y 290).

Consideramos que este nuestro autor, a pesar de exhibir una nutrida información sobre la problemática contemporánea de la Teoría General del Derecho, no aplica con acierto sus vastos conocimientos. Deja ver que tiene la convicción de que las dos especies de representación poco tienen en común y su opinión, en el sentido de que ambas formas del instituto deben ser radicalmente separadas, nos deja sencillamente, perplejos. ¿Que acaso por tener diferentes génesis no participande la misma esencia?. Nos parece bien que se distingan lo que él llama "La causa que las motiva" suponemos -- que alude a causa eficiente; pero nos parece inconsecuente que, por que sean varias las posibilidades generadoras de un mismo producto se pretenda desconocer la identidad de este.

Tampoco es aceptable que se quiera establecer -- diferencia desde el punto de vista de la justificación. Una cosa es la estructura de un instituto y otra su -- justificación. Tenemos nosotros, reconocidas en el Código Civil, tres variedades del divorcio: el necesario; -- el voluntario ante autoridad judicial y el voluntario -- que se efectúa ante la autoridad administrativa. Las -- tres variedades tienen a no dudarlo, distinta justificación, y, no obstante, son tres formas de un solo ins

--tituto. De la misma manera, cada una de ellas tiene supuestos jurídicos diversos. Los contratos translativos de dominio pueden ser venta, permuta, donación etc. pero no por tener distinta justificación económica y social, dejan de transmitir la propiedad. Ahora bien, la circunstancia de que un mismo instituto tenga diversos supuestos que lo determinen, no autoriza para pretender su diferenciación esencial. Ese tipo de argumentación, llevaría a clasificar por los accidentes y haría imposible la sistematización científica.

Pensamos que el maestro está aún dentro de las influencias del dogmatismo contractual. Su propensión a explicar la representación voluntaria en función del contrato de mandato así lo acusa. Veamos otra vez el pensamiento del distinguido profesor:

"Hasta ahora las teorías analizadas fracasan, por que si dieron una solución correcta a la representación voluntaria, fueron absolutamente inadecuadas para explicar la representación legal. La tesis de Bonnacase que Madray aplicó, indicando que cuando se cumplen los supuestos de la norma jurídica que estatuye la representación, la situación jurídica y abstracta se convierte en concreta y por esto se explica que el representado se vea afectado en su patrimonio por actos del representante; que la condición para que se transforme la situación abstracta se concreta;explica simplemente el proceso normativo para transformar la situación jurídica abstracta en concreta; pero no se justifica que los actos del representante deban obligar al representado..... En nuestro concepto unque ambas instituciones (la representación legal y la voluntaria) pertenecen al mismo género, como las causas que las motiva y la necesidad jurídica que vienen a satisfacer son radicalmente distintas, la justificación también debe ser diversa. La representación voluntaria se justifica, por el principio de la autonomía de la voluntad.....Fundamentalmente lo que existe en toda representación voluntaria es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre actos jurídicos. Como la representación voluntaria supone la capacidad plena del representado, debe respetarse esa voluntad autónoma y soberana...(opus cit. pág. 612).

En este pasaje se advierte cómo el autor, después de haber propugnado (en el párrafo que copiamos -

en primer lugar), por separar radicalmente la representación legal y la voluntaria, reconoce que ambas figuras pertenecen al mismo género; ¿a cuál género?, suponemos que no puede ser otro que el instituto de la representación ya que del concepto in genere de ésta, desprenden varias especies. Evidentemente que el tratadista que nos ocupa incurre en contradicción al sostener dos pretensiones opuestas. Pero hay más; al acogerse a la representación voluntaria, queda colocado dentro de la postura, ya caduca, de la teoría clásica del acto jurídico dentro de la cual se asigna a la voluntad; según hemos visto, cualidad para crear por sí misma, efectos de derecho. Esto es de llamar la atención, pues el autor, en la Doctrina General del Derecho, muestra acertadas concepciones al respecto.

En la página 200 de su libro citado, afirma al criticar la teoría clásica, "que la manifestación de voluntad es un hecho condicionante, un supuesto lógico para que pueda el acto jurídico, producir consecuencias, pero de ahí no se desprende que la voluntad sea la causa única, ni menos aún la causa eficiente, porque supuesta la voluntad, habrá o no consecuencias según el derecho en cada caso que los reglamente....." "Luego, en la página 406 parece aceptar el dogma de la autonomía de la voluntad escribiendo que para la escuela clásica "en los contratos el efecto jurídico se produce por la manifestación de voluntad, por que las partes son soberanas para crear consecuencias de derecho....."

No deja de extrañar que después de dar una opinión más o menos exacta sobre las manifestaciones de voluntad, al exponer la teoría general del acto jurídico, se adhiera después a la tesis de la autonomía de la voluntad de la teoría clásica y la acepte para fundamentar la representación voluntaria. Al continuar explicando esta, dice:

"El representado se obliga por que ha querido obligarse previamente, autORIZANDO POR ADELANTADO los actos que haga su representante, y así como encontramos que en la declaración unilateral de voluntad, el que la emite bajo ciertas condiciones queda obligado, así también debemos aceptar que el que la emite en la representación voluntaria, aceptando de antemano los actos que lleve a cabo el representante dentro de los límites del mandato, quedará jurídicamente obligado; podríamos decir que la representación voluntaria no constituye una excepción, una anomalía, como sí implica la representación legal. Si en el contrato el principio de la autonomía de la voluntad es la ley fundamental, en el manda-

--to, que es un contrato y que constituye la forma típica de la representación voluntaria, sigue siendo este principio de la autonomía de la fuente, la explicación y justificación jurídica del problema....."

En éste párrafo hallamos afirmaciones inexac--tas aun cuando se entrevea un débil principio de apro--ximación a la verdad. En primer lugar, no se distin--gue la representación del mandato. Decir que el manda--to es la forma típica de la representación voluntaria es confesar implícitamente que se rehusa a penetrar - en el estudio esencial que alcance a envolver otras - formas no típicas. En segundo lugar, pensamos que en la representación legal nada existe de anómalo y por lo tanto no hay razón para decir que la representa--ción voluntaria sea un algo normal en comparación --- con aquella. Aquí sospechamos que el pensamiento del--autor juega con el equívoco de mirar a las razones de carácter fenoménico, contingente, en vez de preocupar se por la forma pura, esto es, por la estructura lógi--ca. En tercer lugar si bien es cierto que la represen--tación voluntaria supone la capacidad plena del repre--sentado hay ocasiones en que la llamada legal también la supone (persona jurídica). Lo que hace nuestro ju--rista es analizar los diferentes supuestos que radi--can en fenómenos, descuidando su reducción a un esque--ma lógico. Es pertinente acentuar que en las opinio--nes del autor que comentamos, no se intenta la unifi--cación sino la mutilación de una figura jurídica que--siempre se nos ofrece como idéntica fisonomía ya sea--con el nombre de representación legal o con el de re--presentación voluntaria. La mecánica es idéntica en - ambos casos.

No obstante, destacamos que hay, como veremos, aproximaciones a la verdad solo que pierden relevan--cia por antojarse más intuitivas, lo que no deja de valer, que meditadas. Así, al hablarse de autorización--ya se apunta hacia un buen principio para encaminarse a una solución satisfactoria. Igualmente, no debemos--olvidar el símil que se establece con la declaración--unilateral de voluntad.

También entre nuestros autores se ha ocupado - de este punto, si bien lacónicamente, el maestro Bor--ja Soriano, Escribe él:

"Representación legal y voluntaria, para - que un contrato pueda celebrarse válidamente por un representante es necesario que éste - tenga poder de obrar en nombre del represent--tado. Este poder se confiere por la ley a -- los representantes de los incapaces como son los padres de los menores y los tutores de -

éstos y de otros incapacitados o por voluntad del mandante y del mandatario". (opus cit. No 408).

En este punto de vista se observa la identificación de la representación voluntaria con el mandato. - Las censuras que Bonnacaso y Madray han lanzado contra tal doctrina serían aptas para rebatir el parecer del maestro. Sin embargo, se hace resaltar la fijación en un elemento valioso como lo es el "poder de representación".

Antes de pasar adelante, dejamos sentado que ya es tiempo oportuno para abandonar la confusión entre representación voluntaria y mandato. Este es un contrato y aquella es una figura autónoma la que, si bien puede originarse mediante varios supuestos e ir adherida a algún contrato, posee esencia propia y, en nuestros días, está acotada con singular precisión por las doctrinas más autorizadas. No cabe, para los fines de desechar la adaptación de las modernas tendencias, decir que en el tiempo en que se legisló, eran otras las ideologías imperantes. Muchas son las instituciones que reguladas por el derecho positivo, se comprenden mejor a la luz de las doctrinas actuales. (Así, las doctrinas de la personalidad jurídica, de la irretroactividad de las leyes, de la contratación a favor de tercero...etc.). Lo mismo ocurre en materia de representación. Dice Nicolas Coviello que:

"no debe confundirse la representación voluntaria, como se hace comunmente, con el mandato: así también hay mandatarios que no son representantes..." (opus Cit. pág. 435).

Se ha marcado ya la urgencia de unificar el concepto de representación. Se ha procurado la reunión de los elementos, que a manera de viático, coadyuven para la consecución de nuestro propósito y, para ello, nos hemos visto constreñidos a fortalecer contactos con temas generales de la ciencia Jurídica, máxime cuando el sitio que corresponde a nuestro tema roza el campo de los conceptos jurídicos fundamentales. Ahora, podríamos decir, vamos a iniciar la construcción que a nuestro modo de ver explica la integralmente el instituto de la representación.

II.- El poder de Representación y la Representación sin poder.

Del concepto de poder jurídico en general, nos hemos ocupado ya en el Capítulo primero, cuando hicimos el estudio relativo a la actuación de la voluntad del representante.

Recordemos que el derecho objetivo se le denomi

--na también ordenamiento jurídico y que se polariza frente a la noción de derecho subjetivo como facultad. Así que, en principio, el concepto de derecho subjetivo se traduce en el poder que al individuo concede el derecho objetivo, (u ordenamiento jurídico). Es este el que otorga al hombre las posibilidades según las cuales le es jurídicamente posible dominar. No hay que confundir el poder como fenómeno; como hecho, con el poder jurídico. Precisamente de una tal equivocación nació la plémina en torno a si el poder ha tenido prioridad existencial sobre el derecho objetivo; causando la errónea afirmación de que el derecho subjetivo ha sido anterior al objetivo. Lo ocurrido fue que se pensó en el poder como hecho. Es indisputable que el poder como tal, ha existido con anterioridad al derecho objetivo; pero el ordenamiento jurídico lo hizo "poder jurídico"; es decir, derecho subjetivo, al regular y proteger ese poder. Por ello, el origen y la existencia del derecho objetivo y del derecho subjetivo han de tratarse como algo simultáneo. Así que, según hemos sentado ya, el poder, contenido de los derecho, ha de entenderse como relación fija de poder de la propia persona; y tal sucede cuando ese poder se atribuya a esta como algo suyo. Recuérdese también que la nuda existencia de normas jurídicas, por sí misma, no brinda a la persona licencia o facultad de actuar su voluntad en determinada forma. Las reglas jurídicas de mera protección no otorgan derechos subjetivos. Ni tampoco lo son las pretensiones que nacen de las violaciones a un bien jurídico. Con razón dice García Maynez que "la esencia de todo derecho estriba en una posibilidad jurídica-no en un interés o en un querer - sino en un estar autorizado o facultado para hacer algo o abstenerse de algo en aquellos casos en que se dan los supuestos que condicionan la facultad en cuestión....." (opus cit.pág. 248).

Ya sabemos que si bien el poder así considerado, es el contenido de los derechos, no es por ello su fin. Coincidiendo con lo esencial del pensamiento del jurista filósofo mexicano han dicho, si mal no recordamos, Ennekerus-Nipperdey, que, en último término, la finalidad de los derechos coincide con el fin del derecho objetivo el cual, tiende a la seguridad de los intereses humanos; pero que, las facultades de obrar, no tienen como contenido esencial el interés, ya que muchas veces el derecho permite el poder obrar sin interés y aún, en ocasiones contra el propio interés; sin que esto, quiera decir que el poder jurídico no haya de ser siempre adecuado para la satisfacción de los intereses humanos ni que no tenga poder de servir estos.

El poder de Representación, es un reflejo de esta concepción unitaria del poder jurídico que es el contenido de los derechos subjetivos.

Ya hemos puntualizado cómo puede revelarse en la vida jurídica el poder de representación; es decir, cómo puede fundarse en la regla de derecho; en alguna ordenación pública; en la constitución de persona jurídica o en el negocio jurídico que toma el nombre de "poder" en sentido muy estricto según hemos de ver adelante.

Coordinando esto con lo que llevamos dicho en el presente inciso, y a la vez, teniendo presente todo lo expuesto con anterioridad, repetimos que, para actuar en nombre y por cuenta de otro, debemos estar autorizados por él o por la ley. Por esta alterna posibilidad, se ha dividido la representación en voluntaria y legal. Ahora bien, en ese estar autorizado por la ley o por otro (voluntad ajena), es donde radica el poder de representación.

El concepto "poder de representación", es lo que permite unificar las diversas manifestaciones de la representación y afirmar que se está ante una noción unitaria, sea cual fuere la fuente de donde procede. Habría "representación propia" siempre que el que actúa a título de representante de otro pueda basarse en la autorización de la ley, de una ordenación pública, en el acto constitutivo de una persona jurídica (o en sus estatutos o en el negocio jurídico que conoce comúnmente con el "nombre de poder"). La autorización para obrar -- por otro, puede provenir de diversos supuestos jurídicos que, a su vez se enlacen con otros radicados en distintas disposiciones del ordenamiento jurídico las que, a su vez se enlacen con otros radicados en distintas -- disposiciones del ordenamiento jurídico las que, no son sino emanaciones del concepto del poder jurídico -- en concordancia con los fines del derecho objetivo. Pero el fundamento jurídico inmediato para poder obrar -- en nombre de otro, es la autorización que puede derivarse directamente de las normas contenidas en disposiciones legales o de la actuación de la voluntad particular permitida para ese fin por la regla del derecho; en este caso la actuación jugará siempre como supuesto jurídico al cual, el derecho objetivo, considera como base del efecto jurídico querido que es la actuación -- del representante, efecto que se produce también en -- las otras hipótesis generadoras de la representación -- y en las cuales no intervienen la declaración básica -- de la voluntad particular.

Aplicando todo lo antes expuesto, y mirando hacia nuestro derecho positivo proyectamos nuestra atención sobre los artículos 1800 y 1801 del Código Civil -- ya mencionados, para otros fines en anterior repartado.

Artículo 1800.- "El que es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por me--

--dio de otro legalmente autorizado".

Artículo 1801.--"Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la Ley".

Es en el requisito de la autorización, donde arraiga la facultad o "poder de representación".

Hasta ahora creemos que poco, muy poco o casi nada, se ha hecho en el ambiente jurídico de nuestra patria para desentrañar la significación de este vocablo "autorización"; y, sin embargo, es pronunciado por todos, profanos y peritos en Derecho, como algo tan de finido que ni siquiera se preocupan por la delimitación de su verdadero alcance en el lenguaje jurídico. Que tengamos noticias, solo el eximio jurista español Joaquín Rodríguez y Rodríguez (q.e.p.d.) se ocupó en México de esto incidentalmente; pero, a pesar de ello, mostró su sólida preparación al no pasar por alto cuestión de tan prominente sitio en el tecnicismo del Derecho. Este jurista, constreñido por la necesidad de explicar el negocio autorizativo, al tratar sobre el cheque, después de mencionar sintéticamente las tesis de Nattini; (expuesta en "II negozio autorizzativo"), y la de Forti (expuesta en "Gli acquisti dei corpi morali a l' autorizzazione governativa"), se acoge a la del segundo escribiendo:

".....La elaboración de Forti tiene vigorosos caracteres de originalidad que justifican su exposición, siquiera sea a muy grandes rasgos.....El fin preventivo de la autorización no depende del otorgamiento de que ésta sea discrecional o no lo sea. La autorización lo mismo se refiere a la realización de actos materiales que a la de actos jurídicos.....Debe descartarse la idea de que las conductas sujetas a autorización estén incursas en una prohibición general, cuyas excepciones estén representadas por autorizaciones concedidas, pues en la práctica pueden darse cuenta todas las autorizaciones solicitadas, lo que haría ridículo hablar de excepción de las mismas. Más correcto es hablar de una prohibición condicionada.....Debe quedar claro que el sujeto que antes no podía no carecía de capacidad jurídica ni de derecho. Tampoco puede hablarse de falta de capacidad de obrar, Menos aún puede tratarse de casos de capacidad limitada, por que este es un concepto que no resiste un análisis crítico, ni puede configurarse la autorización -

como una condición jurídica. Según Forti, la autorización es un requisito de legitimidad para las conductas que estén subordinadas a la misma. Su falta motiva la invalidez -- del negocio jurídico, porque tiene un cierto efecto constitutivo; en realidad se trata de una situación jurídica..... La construcción que acabamos de resumir presenta algunos puntos dudosos, que dificultan su admisión sin reservas. Así, sus razonamientos sobre la capacidad de obrar y sobre la capacidad limitada, por no citar más dejan mucho que desear, para llegar a ser convincentes. -- Sin embargo, hoy por hoy, no hallamos en el panorama jurídico que nos es conocido, ningún esfuerzo constructivo que pudiera substituir al de Forti...." (Rodríguez y Rodríguez Joaquín; "Derecho Bancario", nota 1 de la pág. III).

Es el momento de traer a la vista la parte que la exposición de la tesis de Rojina Villegas nos pareció un principio de aproximación a la verdad. Cuanto este Civilista dice: "....el representado se obliga -- porque ha querido obligarse previamente, autorizando -- por adelantado los actos que haga su representante..." es indudable que dice algo absolutamente cierto y profundo.... Es de lamentarse que nuestro erudito profesor haya caído después, en lugares comunes que le impedirían hacer luz en tan compleja cuestión. También se con funde cuando considera que la "representación legal" es una "situación de excepción" y sobre todo, al afirmar -- que "la representación legal se justifica como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio...." (opus cit. pág. 615) de haberse calibrado al máximo -- de exactitud el concepto de autorización, a la manera -- como lo hace Forti, seguramente nuestro autor habría -- conseguido la deseable sistematización de todos los aspectos de la problemática que se plantea e intenta resolverse.

De la misma manera, Borja Soriano al hablarnos de la representación legal y de la voluntaria, se refirió al "poder obrar en nombre del representado", pero cayó en los yerros que hemos marcado al profesor Rojina Villegas; incluso, en el de incluir, a guisa de prototipo, la representación legal y la incapacidad de obrar.

En cambio, nos ha causado muy grata impresión -- recordar que el Jusfilósofo García Maynez ha escogido las palabras "estar autorizado" al formular la definición del derecho subjetivo la cual ya insertamos en este apartado. No podemos resistir a copiar otro párrafo de su tesis que viene a ser la continuación del aquí -- transcrito:

"..... En el ámbito de la naturaleza no hay autorizaciones ni permisos; solo encontramos fuérazas; o atributos. Quien dice facultad -- (en sentido jurídico) refiérese a una posibilidad de fenómenos volitivos. Si una norma me concede la facultad de obrar de tal o -- cual manera, no es necesario que mi comportamiento coincida efectivamente con aquella, y mi derecho. Aún cuando no haga uso de las facultades que la hay me concede, estas subsisten, ya que su existencia no depende de que yo las ejercite....."(opus Cit.pág.248).

De todo lo antes expuesto es forzoso concluir - que el "poder de representación" consiste en tener autorización para representar. O, en otros términos, usando las palabras de los traductores de Ennecerus-Nipperdey, representar equivale a obrar en nombre de otro y poder de representación quiere decir tener la facultad de representar a otro. Dicen los indicados juristas españoles Pérez González y Alguier al anotar - la obra de los alemanes que:

"La representación y el poder de representación son categorías jurídicas distintas. Representar a una persona es actuar en nombre de ella. Tener poder de representación significa estar investido de la facultad de representar a otro. Cabe que el acto de la representación se realice con poder o sin el como admite -- nuestro Código Civil en los artículos 1725 y 1727 ap. 2. Puesto que los efectos son muy distintos en uno y otro caso..... Por ello en este lugar hemos de ocuparnos -- del supuesto normal de la representación con poder de representación.....(Ennecerus-Nipperdey, Opus últimamente cit.pág.255).

(Los artículos citados del Código Civil Español, coinciden en su esencia con los artículos 2560, 2561 y 2583 del nuestro).

Ahora bien, el poder de representación, puede basarse en la ley, en acto de autoridad, en la constitución de la persona jurídica o en negocio jurídico (poder). Ya hemos hablado de esto. De todas esas fuentes, puede brotar ese poder y por ello se llama a veces bases del poder de representación. La extensión de este poder, se determina en función de cada una de sus posibles bases.

Hay casos en los que "se representa" a otro, sin que se tenga poder de representación o extralimitando se del que se tiene (es decir se obra en nombre de -- otro sin poder hacerlo). Entonces, en principio el -

negocio es inoperante aun cuando es posible regularizarlo mediante la ratificación que es un sustitutivo de la autorización, es decir del poder de representación.

Nuestro Código Civil acepta esta doctrina en principio, en el artículo 1802 del tenor siguiente:

"Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrate".

Este precepto es el que regula los casos en los que no existe poder de representación. Aquellos en los que se trata de extralimitación de facultades de ese poder, nuestra Ley Civil, inspirada en la mala técnica que confunde el mandato con la representación voluntaria, prevé la posibilidad de convalidación de los actos por ratificación, en el artículo 2583, así redactado:

"Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos sino los ratifica expresa o tácitamente....."

Nuestro objetivo, no es estudiar los detalles del instituto de la representación, sino describirlo en sus notas esenciales para estar en condiciones de delimitarlo relativamente a otras figuras con las que se le ha venido confundiendo: el negocio jurídico llamado "poder" y el contrato de "mandato".

Creemos haber realizado, en los dos primeros capítulos de este trabajo, el empeño consistente en la caracterización del instituto de la representación dentro del actual estado de la Ciencia jurídica. Ahora, utilizando lo hasta aquí logrado, vamos a abrir, casi a manera de corolario, un tercer capítulo para acotar el negocio jurídico llamado "poder y el contrato de "mandato".

C A P I T U L O T E R C E R O :

PODER / APODERAMIENTO - MANDATO .

Hemos llegado por fin, a lo que sería pertinente llamar el núcleo de nuestra tesis. Indudablemente, no vamos a proceder en su exposición bajo la influencia de una inmodesta pretensión de originalidad. Nuestra-

divisa ha sido principalmente subrayar errores y propugnar porque con la contribución de nuestras investigaciones queden esclarecidos y rectificadas, siquiera parcialmente; mientras estudiosos mejor dotados consiguieren resultados más precisos y más próximos a la realización de la siempre deseada claridad completa:

En el capítulo precedente intentamos circunscribir el concepto del poder jurídico, y de asignarle la calidad de elemento unificador de representación en sus varias manifestaciones. Ahora nos vamos a ocupar del negocio jurídico llamado "poder". Por la frecuente confusión de este tipo de acto jurídico con el contrato de mandato, aseguramos que nuestro esfuerzo tendrá algún valor práctico y motivador de interpretaciones de la ley más congruentes con el estado actual de la doctrina general del Derecho la cual, en fin de cuentas, ha recibido en unas ocasiones directamente y en otras de manera refleja, las influencias de los --firmes adelantos de la Filosofía del Derecho. Los estudios de Derecho privado en el día, bien poca cosa serían de no iluminarse con las brillantes conquistas que se han conseguido dentro de la órbita de la difícil actividad jusfilosófica. Bien poca sería también la profesión jurídica, si los que la ejercitamos no procurásemos luchar contra el dogmatismo y la exégesis desordenada.

I.- Del Poder y del Apoderamiento. -- El concepto de "poder jurídico", elemento del derecho subjetivo y subyacente, a modo de base de sustentación en la figura de la representación, ha de ser conferido de una persona a otra con el objeto de que esta realice en su nombre y por su cuenta actos materiales o actos jurídicos que la vinculen con terceras personas. Ya nos referimos a su origen, usando el vocablo autorización. También ya nos ocupamos de acotar la significación de esta palabra que implica la posibilidad legal directa de obrar en nombre y por cuenta de otro o la posibilidad que se configura a través de una declaración de voluntad particular.

Estados dos formas de autorización participan de la misma esencia. Para que resalten más los puntos de vista que en capítulos anteriores hemos insertado y expuesto por nuestra cuenta, a guisa de complemento y de propedeútica, a la vez, vamos a vaciar, a continuación, una valiosa explicación al respecto:

"El derecho objetivo regula las relaciones de la vida, pero llama también al particular a coopeñar en una medida amplia a configurar sus propias relaciones de derecho mediante negocios jurídicos, dándole la llamada autonomía privada, (que por cierto, solo funda derechos subjetivos, por lo cual, no-

debe confundirse con la autonomía que estatuye derecho objetivo).....La fuerza creadora solo puede fundarse en el derecho objetivo pues los efectos jurídicos que el hombre intenta producir por su propio y exclusivo poder, carecerán del reconocimiento de la voluntad colectiva, y, por tanto, no serán efectos jurídicos. A las normas jurídicas que invisten al hombre de determinar efectos jurídicos las denominamos NORMAS JURÍDICAS DE AUTORIZACION. (La existencia y especial naturaleza de estas normas jurídicas la señaló Biillow....., siendo Eisele el primero en calificarlas de normas jurídicas, de autorización. El punto de vista, que es base de esta denominación y de lo desarrollado en el texto, en el sentido de que la voluntad privada autorizada -- por la ley produce el efecto del negocio jurídico, si bien no es necesario lógicamente con igual razón cabe decir que la ley es la causa que produce el efecto jurídico cuando media la voluntad privada es el predominante tanto en el derecho romano como en el actual, aparece en numerosos giros del lenguaje: yo me obligo; yo enajeno, nombro heredero....y sirve para explicar algunas manifestaciones importantes de la evolución jurídica.....Desde el punto de vista de la lógica pura, solo puede calificarse de causa del efecto del negocio jurídico al conjunto de sus condiciones, o sea a la ley y al negocio conjuntamente considerados. Rara vez se pronuncian de un modo expreso, pero resultan de otras disposiciones, especialmente de aquellas que regulan negocios jurídicos concretos y les atribuyen determinadas consecuencias jurídicas, o en virtud de que en cuanto a las categorías mayores de negocios jurídicos, por ejemplo, la constitución de obligaciones, el derecho se limita a establecer requisitos de carácter general, declarando tácitamente su validez si concurren estos requisitos no medien disposiciones especiales limitativas....."(Enneccerus-Nipperdey, opus, cit. Vol. Primero No.45 y nota 1).

Dentro de esta doctrina y en la comprendida en el paréntesis de la cita sobre todo, se centra la fundamentación del negocio autorizativo, ensamblando a -- las posibilidades del negocio jurídico. Sabemos que el eje de los negocios jurídicos está constituido por las declaraciones de voluntad; las que a su vez, son partes del supuesto de hecho de la norma jurídica o, que en -

veces (cuando tomadas en cuenta por sí solas, el derecho objetivo les asigna eficacia) agotándose ese supuesto y conjugándose en la en la disposición generarán la eficacia jurídica. Entre las dichas declaraciones hay que distinguir aquéllas que tienen que emitirse a alguna persona determinada para que las conozca y las que no se dirigen a un destinatario determinado. Estas reciben el nombre de declaraciones no recepticias, y se contraponen a las primeramente descritas que toman el nombre de declaraciones de voluntad recepticias.

Ahora bien, las declaraciones de voluntad pueden ser contenido de los negocios jurídicos unilaterales y de los bilaterales. En los primeros, se trata de la declaración de una parte, no en el sentido de declaración de una persona sino en el de expresar un mismo interés aunque esté representado por varias personas. En los segundos, se trata de dos declaraciones o de varias correlativas y recíprocas, de dos o más partes en el sentido de que estas tengan distintos intereses. No debe olvidarse que en los negocios jurídicos hay que distinguir entre partes y personas; dos o varias personas -- con un solo e idéntico interés, serán una sola parte; dos o más personas con diferentes intereses serán, dos o más partes.

En nuestro medio jurídico, se ha venido creyendo ya fuera de ello, difundiéndose, la idea de que la declaración unilateral de voluntad es un instituto sumamente limitado y no ha llegado a extenderse la doctrina según la cual, dentro de las declaraciones de voluntad, hay que distinguir las recepticias y las no recepticias. Estas últimas se perfeccionan sin que sea necesario que se tome conocimiento de ellas bastando que se exteriorice la voluntad y que convenientemente se haga posible su conocimiento. (ejemplo: oferta al público derrelición, ocupación, promesa de recompensa.....Las declaraciones de voluntad recepticias, tiene lugar --- cuando llegan a la esfera de poder de otra persona distinta de la que la emite. Muy exactamente dice Coville al teorizar con acierto sobre el negocio jurídico que:

"Los negocios unilaterales se distinguen en dos especies según que consistan en dirigirse a persona determinada que deba conocerlas (como el reconocimiento de un hijo natural, el testamento, el acto de defunción o bien en manifestaciones de voluntad que, si bien no requieren una correspondiente aceptación, han de monester ir dirigidas a una o más personas determinadas, que deben conocerlas) (como los requerimientos, las protestas, los despidos, por haber terminado un arrendamiento, la revocación del mandato...) (opus Cit. págs. 345- y 346).

De acuerdo con las construcciones expuestas en esta sección, la doctrina actual del negocio jurídico llamado poder, indebidamente confundido con el contrato de mandato y por ello reglamentado generalmente dentro de éste, ha llegado a apreciar que el poder es la facultad de representación por negocio jurídico en cuya virtud adquiere el apoderado la potestad de producir efectos jurídicos en favor o en contra del poderdante mediante los negocios jurídicos que el primero realice en nombre del segundo. En esta definición están presentes los requisitos de la representación estudiados ya en el capítulo primero: a) la eficacia de la actuación de la voluntad del representante; b) la necesidad de que este obre en nombre de otro (alieno nomine); c) que el representante esté autorizado; esto es, facultado, para obrar en nombre ajeno (poder de representación). Con la anotada definición, omnicomprensiva de los elementos de representación, queda deslindado el significado del poder en la representación voluntaria.

El acto de conferir el poder se llama Apoderamiento.

El poder, es pues, la facultad de representar nacida de un negocio jurídico. El apoderamiento, es el otorgamiento de ese poder.

La noción de poder es congruente con los conceptos de "poder jurídico" y de derecho subjetivo.

Ahora, nos queda por desentrañar la naturaleza jurídica del apoderamiento. Mientras no despojemos esta incógnita, nos sentiremos obstaculizados para proseguir hacia nuestra meta. Fieles al método que hemos elegido y a los efectos de ir apoyándonos al amparo de la autoridad de prestigiosos juristas, anunciamos, de antemano, que Coviello define el apoderamiento como "el otorgamiento de poder de representación considerado en sí mismo"; e involucrando al definirlo, la descripción de su naturaleza jurídica, afirma que "es siempre una declaración de voluntad por la cual una persona autoriza a otra para obrar en su nombre y en su interés y, por lo mismo, tiene reglas jurídicas propias, ya se dirija a la persona que debe ejercitar al poder de representación, ya a un extraño que debe tratar con aquel, ya simplemente al público (como puede suceder con las circulares o avisos dados por un comerciante) y ya se encuentran unida a un mandato, o a otro negocio." (opus cit. pág. 435).

Más exactamente todavía, dicen Ennecerus-Nipperdey :

"El otorgamiento del poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento y se hace como este, mediante declaración uni-

--lateral de voluntad recepticia. Constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que el mismo ha de recibir en nuestro nombre han de surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio. El apoderamiento no es una parte del negocio o de los negocios, cuya conclusión eficaz para el poderdante posibilita, sino que es un negocio jurídico con sustantividad propia..... El poder se otorga o bien frente al apoderado (poder interno), o bien frente al tercero con relación al cual ha de tener lugar la representación (poder externo) Es válido aunque el apoderado este limitado en su capacidad de celebrar negocios con el tercero al cual es declarado...."(Opus Cit.- no.171).

A nuestro juicio, queda bien claro que el apoderamiento es un negocio jurídico autónomo y que su naturaleza verdadera, consiste en ser un acto de autorización para obrar en nombre ajeno. La declaración unilateral de voluntad del poderdante, confiere al apoderado que la conoce, poder jurídico para actuar en nombre ajeno y crear así, vinculaciones jurídicas entre el otorgante del poder y los terceros. Difiere del consentimiento en que el poder para obrar en nombre ajeno, existe desde el momento en que se conoce su otorgamiento y desde entonces es fundamento suficiente para obrar así con eficacia... En cambio el consentimiento, se forma con la yuxtaposición de otra recíproca declaración de voluntad recepticia denominada aceptación y, como se expresa por los autores últimamente citados, su campo de acción es el de los negocios que se concluyen a nombre propio. El apoderamiento y otorgamiento de poder está en la Ciencia jurídica contemporánea considerado como un negocio jurídico semejante a la figura denominada asentimiento que consiste en la conformidad de una tercera persona que no ha intervenido en la conclusión de un negocio jurídico.

Dicen Ennecerus-Nipperdey que:

"No es raro que los negocios concluidos por una o varias personas necesiten para su eficacia el asentimiento de una tercera persona que no toma parte de la conclusión del negocio. Este asentimiento se exige a veces en interés, de los sujetos del negocio (o de las personas a quienes representan) para resguardarlas de daño (a), a veces, en intereses del mismo que lo presta, por el negocio se -

concluye en su nombre, (b) por que en virtud del negocio se despoje de sus derechos. (c) o porque, al menos de un modo mediato es afectado en sus derechos o intereses.....

(d).....

El negocio que uno concluye en nombre de otro requiere para su eficacia a favor y en contra del representado, que este asiente. Este asentimiento al negocio se llama P O D E R" (Opus Cit. Vol. II pág. 383).

Los interesante de la exposición de estas doctrinas estriba en que, no obstante su filiación germánica, arrojan luz en la dogmática de tipo latino. Ya será fácil adivinar el por qué de muchas dudas que surgen en la aplicación del derecho positivo. La falta de sistematización de las instituciones y el abandono de los adelantos doctrinales o el desprecio con que son tratados, calificándolos de especulaciones metafísicas, causan el estancamiento de nuestros juristas y hacen que en la vida de los negocios y en la jurisprudencia se repitan inveretarados yerros que ahora no podrán disculparse.

II.- El poder y las relaciones causales.

La práctica viciosa de confundir el apoderamiento con el mandato, deja de tener justificación si atendemos a la discriminación que venimos efectuando..... La relación contractual de mandato puede ir o puede no ir acompañada de apoderamiento. Ya sabemos que muy eminentes juristas han incurrido en esa dificultad pero también, que hay otros que han superado esos añejos puntos de vista mediante las proyecciones de ideologías más satisfactorias para los reclamos de una mejor actitud científica.

Dice al respecto Coviello:

"Precisa distinguir exactamente el acto del otorgamiento del poder de representación de la relación jurídica que constituye..... Las reglas propias del mandato, de la sociedad, del arrendamiento o de otros negocios jurídicos, no influyen en la naturaleza y eficacia del otorgamiento del poder de representación, el cual está siempre destinado a producir la eficacia con respecto a terceros; pero sirven para determinar de diversas maneras las relaciones internas entre el que confiere el poder, y aquél a quien se confiere..... y si la doctrina común considerara el mandato y el mandato y el otorgamiento de la representación como equivalentes, ello se explicaría solo porque el mandato es el negocio jurídico que más a menudo contiene aquel otorga---

--miento, pero no es que sea el único y que se confunda con el mismo acto del otorgamiento del poder de representación..... (opus Cit.pág.436).

De esto, que no es sino un corolario de los análisis efectuados a través de todo nuestro trabajo, podemos decir que estamos en condiciones para dejar sentado que el apoderamiento es un negocio jurídico abstracto - en el que no se expresa la causa en que se apoya. En semejante dirección, afirman Enneccerus-Niperdey (opus cit. últimamente pág. 268) que "no existen distintos apoderamientos (poder de servicios, poder de mandato, poder sociedad etc.) sino un solo apoderamiento que consiste en el otorgamiento de poder de representación y nada más y que por tanto, el poder no depende de la validez de la relación que dió motivo a su otorgamiento sino -- que puede ser válido a pesar de que esta relación sea nula por una causa no afecta al "poder". Nada más convincente que estas afirmaciones. La relación jurídica-viviente, nos demuestra que todas son verdaderas a pesar de que la mecanización del ejercicio profesional - no permita, las más veces, darnos explicaciones lógicamente ordenadas sobre tan incontrovertibles juicios.

C A P I T U L O Q U A R T O .

A P L I C A C I O N E S .

I.- En los artículos 1800 y 1801 del Código Civil mexicano, se da la coyuntura para adoptar la doctrina - que venimos sosteniendo, la consagración en ambos preceptos del término AUTORIZACION conduce a aceptar, sin discusión, la tesis del negocio autorizativo que hemos preconizado en los dos anteriores capítulos. Autorizar, significa: estar en condiciones de poder jurídicamente. Y, es posible poder jurídicamente hablando, cuando se tiene una facultad legal o una facultad particular.

En las disposiciones que ahora nos ocupan se comprenden las dos fuentes del poder jurídico para representar,

En el artículo , 1802, al ofrecerse la oportunidad de ratificar un negocio concluído sin poder pero a nombre de otro, se acepta también el adevenimiento, a posterior del poder con eficacia retroactiva.

Tanto la autorización como la ratificación, son aspectos del asentimiento y corresponden a las declaraciones de voluntad recepticias en el sentido que hemos explicado.

Basta que se tenga conocimiento de la facultad - de poder representar, para que se obre dentro de ese poder, sin necesidad de una declaración de aceptación. El

poder se tiene porque se confiere.

II.- El artículo 2546 de nuestro Código Civil, define el mandato como un contrato. Y, el artículo 2561 - implícitamente permite que al mandato se le incorpore o no se le incorpore el poder, al señalar solo como mera posibilidad, la actuación del mandatario "a nombre del mandante "; lo cual, es consecuente con la definición - del mandato en el que se trata del encargo que el mandante hace al mandatario para que realice por su cuenta actos jurídicos.

A este respecto, no debe escapar a nuestra atención que el mandato se ha de contraer a actos jurídicos y que el apoderamiento para representar puede abarcar éstos y también los actos materiales.

III.- La redacción del artículo 2567 del Código Civil, al decir que se reputa perfecto el mandato por la aceptación de mandatario, si bien corrobora que es tratado por nuestro cuerpo legal como un contrato, deja entrever que hubo en el legislador cierta inseguridad sobre la indentidad de este contrato y el poder.

Hubiera bastado que se dijera, como se dice, que el mandato es un contrato, para no insistir sobre el momento de su perfeccionamiento ya que este, quedaría gobernado por las disposiciones generales sobre contratación. Este mismo precepto, en su segunda parte, al establecer la presunción de aceptación del mandato por el hecho de no rehusarse dentro de los tres días siguientes, reconoce implícitamente que hay una autorización para obrar en nombre de otro, la cual se supone conocida por aquél a quien se ha conferido y no lo protesta, lo que viene a confirmar la tesis de que en el fondo se trata de un apoderamiento mediante declaraciones unilaterales de voluntad (recepticia). Esto queda notorio -- con mayor relevancia, si atendemos a que el mismo precepto reputa aceptación tácita a cualquier ACTO DE EJECUCION DEL MANDATO. Si en el pensamiento del legislador hubiera reinado la claridad, no tenía, repetimos, porque haber reproducido las reglas contenidas en las normas comunes a todos los contratos.

IV.- Que el poder es un negocio jurídico abstracto, queda evidenciado por el tenor del muy conocido artículo 2554 del Código Civil. Se menciona en él, los poderes generales para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de disposición, sin que se concreten estos y sin que se requiera la actualidad de ciertos negocios relativamente al otorgamiento del poder.

Por otra parte, el artículo 2255, al tratar sobre las formalidades del mandato, habla (fracción "II") del negocio para que se confiera". Dónde se dice: "Mandato",

en este artículo, debe entenderse "poder".

V.- Que el "apoderamiento" es una declaración unilateral de voluntad recepticia, queda indudable. Precisamente en esta nota se fundan las facultades de revocación y de renuncia, que son declaraciones unilaterales de voluntad recepticia y constituyen el reverso o contrapartida de la facultad de representación. Esas facultades de revocación o de renuncia se consagran en los artículos 2595 y 2596 del Código Civil. En este último, se pone otra vez de relieve la calidad de abstracción del poder, toda vez que al establecerse que el mandato puede ser irrevocable en los casos en que su otorgamiento (se dice "mandato", en vez de "apoderamiento" que es como debe decirse), se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para -- cumplir la obligación contraída. Dentro de esta hipótesis, el poder es también irrenunciable. Todo esto quiere decir, o bien que se trata de una limitación impuesta por el poderdante al conceder la autorización o facultad para obrar, o bien, cuando así se infiere del negocio causal que motivó el otorgamiento del poder de representación.

VI.- Que el poder tenga como función proyectarse hacia terceros para que ellos conozcan la facultad del apoderado de quedar vinculados por el poderdante, se infiere del artículo 2597 el cual impone a este la obligación de notificar al tercero con quien habría de tratar el apoderado, la revocación del poder pues no tendría esa imposición del deber de notificación si no se supiera tácitamente que con anterioridad se les habría notificado el otorgamiento del poder.

VII.- Al hablar nuestro Código Civil del "Mandato Judicial", en los artículos 2585 y siguientes, se refiere, no obstante el título, del Capítulo, al poder, en casi todas las disposiciones, lo cual revela una vez más la confusión de los legisladores.

" C O N C L U S I O N E S "

A.- El concepto de representación, es unitario; - las clasificaciones actualmente conocidas han atendido a los accidentes y no a la esencia de la institución.

B.- Los fundamentos de dicho instituto son los -- conceptos primarios de poder jurídico y de autorización que radican en la estructuración de los conceptos jurídicos fundamentales relativos a ordenamientos jurídicos, derecho subjetivo y acto y negocio jurídico.

C.- Las llamadas representación legal y voluntaria no deben separarse sino distinguirse, solo en cuanto a sus supuestos jurídicos.

D.- La llamada representación impropia y voluntaria no deben separarse sino distinguirse, solo en cuanto a sus supuestos jurídicos.

E.- La llamada representación impropia carece del elemento esencial de la representación consistente en la necesidad jurídica de obrar en nombre ajeno. Debe distinguirse de la representación sin poder el negocio simulado.

F.- El mandato es un contrato que regula las relaciones entre el mandante y el mandatario. Y, en cambio el apoderamiento y otorgamiento de poder, tiene como función hacer del conocimiento de los terceros que el apoderamiento otorga facultades de "representación" propia; esto es, que por su voluntad declarada en nombre ajeno, habrá el apoderado, de vincular a los terceros con su poderdante.

G.† Nuestra nueva legislación del porvenir, y nuestra doctrina en nuestra práctica judicial y extrajudicial deben tener en cuenta estas ideas para esclarecer actuales confusiones.

H.- Deben distinguirse las calidades de nuncio y las de representante cuya equiparación abre la puerta a litigios inútiles.
