



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**REPRESENTACION, REPRESENTACION VOLUNTARIA Y MANDATO
"IN NOMINE PROPRIO"**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL PASANTE:
JORGE MARTINEZ MUÑIZ**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

PROLOGO

La naturaleza jurídica y las consecuencias que la representación produce en Derecho Privado, ha sido, y es hoy en día, uno de los temas que más han inquietado a los estudiosos de este, y principalmente en la especialidad correspondiente a la Teoría General de las Obligaciones.

En el Capítulo Primero del presente estudio nos pondremos partiendo de referencias históricas, ofrecer una visión general de lo que han sido la representación y el mandato a través de las distintas épocas de la historia.

En el Capítulo Segundo, buscaremos, partiendo de nociones generales y de las principales construcciones jurídicas acerca de la representación, llegar a una conclusión que sin pretensiones de insuperable, por lo menos satisfaga -que si se quiere en forma parcial- las inquietudes nacidas al respecto.

La conclusión general nos permitirá llegar, en el Tercer Capítulo, a una de las tradicionales categorías en que se ha dividido la representación en Derecho Privado: la representación voluntaria. Tendremos que distinguir conceptos que se han confundido en el decurso histórico y deberemos darle al poder de representación su verdadera y propia connotación.

Una vez efectuado ello, tendremos que analizar si la representación voluntaria admite división por los efectos que el acto representativo produce, y en especial, procu--

raremos alcanzar el verdadero sentido que la doctrina ha -
atribuido a la denominada representación indirecta.

Por último, habiendo fijado los límites de tal repre-
sentación indirecta, pasaremos al estudio de una figura tí-
pica considerada como el principal ejemplo de ésta: el man-
dato " in nomine proprio " .

He aquí, a grosso modo, lo que será materia de estu-
dio que hoy emprendemos.

- - - - -

CAPITULO PRIMERO
REFERENCIAS HISTORICAS

SÚMARIO:

I.- Derecho Romano.

II.- Edad Media:

- 1.- Derecho Inglés.
- 2.- Derecho Canónico.
- 3.- Derecho Castellano.

III.- Código Napoleón de 1804.

IV.- Proyecto del Código Civil Español de 1851.

V.- Derecho Positivo Mexicano.

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
 - 2.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.
- - - -

CAPITULO PRIMERO

REFERENCIA HISTORICAS

I.- DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano no fué conocida una doctrina general de la representación: "alteri stipulari nemo potest", " por liberam personam nobis adquiri nihil potest ". (1)

Ihering, comentando la Teoría del acto jurídico, nos dice: " El principio de la representación no es otra cosa que la separación de la causa y el efecto del acto: de la causa, porque la acción concierne a la persona del representante; del efecto, porque el derecho concierne al representado. Existe, pues, aquí una separación artificial de lo que en el estado natural de relación es uno. No busquemos, por lo demás, el motivo de la exclusión de la representación en una razón técnica o de pura forma ". Más adelante y como epílogo a sus especulaciones sobre el acto jurídico apunta: " El acto jurídico, como todo lo que la jurisprudencia antigua ha formado, lleva en sí el carácter de una individualidad fuertemente marcada ". (2)

El sui juris o paterfamilias podía adquirir por ministerio de los esclavos y de los hijos de familia; sin embargo éstos, entre los romanos, se consideraban como formando parte, junto con aquél, de una sólo persona jurídica.

(1).- Véase: SOHM, Rodolfo. - "Instituciones de Derecho Privado Romano". - Historia y Sistema". - Págs. 221 y 222. - Madrid, 1928

(2).- IHERING, Rudolf Von. - "El Espíritu del Derecho Romano Págs. 191 y 192. - MADRID, 1891.

Sohm, por su parte, comenta en materia de representación: "... Toda la vida económica romana gira en torno a la institución de la esclavitud y se basa en un régimen de -- acusada economía doméstica. El paterfamilias para hacerse representar en los actos y contratos que no celebra personalmente, se valió, por lo general de un esclavo o de una -- de las personas sujetas a su patria potestad ". (3)

Otro obstáculo que impedía el desarrollo de la representación, venía a ser precisamente la religión: " si el -- rito crea la obligación, los que no intervienen personalmente en este rito no pueden convertirse en deudor y acreedor " . (4)

En opinión de Trabucchi, en Derecho Romano estaban tachados, expresamente, los supuestos en que podía concederse la representación (5) y Ennecerus nos confirma ésta asociación al afirmar que la representación se reconocía con carácter general " en cuanto a la posesión, los negocios reales y respecto a la adición de la herencia; pero la excluía en cuanto a los negocios obligatorios, sustituyéndola sólo de un modo incompleto por la responsabilidad del -- representado como accesoria a la del representante..." (6)

La mayor parte de los comentaristas reconocen que no existió en Roma la representación directa, pero sí se desarrolló la representación indirecta . (7)

(3).- SOHM.-Op. Cit.-Págs.223 y 224.

(4).- Floris Margadant, Guillermo.-"Derecho Privado Romano" Esfinge.- Pág.331.-MEXICO,1965.

(5).-TRABUCCHI,Alberto.-"Instituciones de Derecho Civil".- Trad. de la 15a Ed. Italiana.-Ed. Revista de Derecho Privado.- MADRID,1967.-Pág.154

(6).-ENNECERUS,Ludwig.-"Derecho Civil"-Revisado por Nipperdey.-Trad. de Pérez González y Alger.-BOSCH.-Barcelona,1935.-Pág.236

(7).-IGLESIAS,Juan.-"Derecho Romano".-Págs.161 y 162.-

LA REPRESENTACION INDIRECTA

" La llamada representación indirecta no es, pues, en realidad tal representación, y cuando se dice que el Derecho Civil Romano sólo admite, por lo general, esta clase de representación de la cual no nacen de momento, derechos y obligaciones, sino para el que personalmente contrata, - tanto vala afirmar que, en principio, se mantiene adverso a la institución representativa ".(8)

A) Situación en el Derecho de Familia.

Afirma Floris Margadant que los romanos conocieron la representación indirecta desde la época pre-clásica. Tal - Representación se muestra en la tutela: "En el caso del infante, el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la gestio negotiorum. En tal caso, las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor ya que éste no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno. El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo, y en el momento de la rendición de cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los -- traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas con--traídas por él en el ejercicio de la gestio negotiorum. Este sistema se califica como de representación indirecta".(9).

B) Situación en el Derecho de las obligaciones.- El Mandato.

§ 40

(8).- SOHM.-Op.Cit.-Pág. 225

(9).- FLORIS MARGADANT.-OP.Cit.-Pág.164

El mandato supone en Roma la confianza recíproca entre mandante y mandatario. Por su etimología (*manus datio*) viene a significar que el estrechamiento de manos era "*symbolum fidei dotae*". (10)

Conforme a las Institutas de Gayo, el mandato es la asunción contractual de la gestión de negocios ajenos.

Max Kaser considera que el origen histórico del mandato se encuentra en los deberes morales de actuación, en interés de los parientes e impuestos por las normas sociales romanas al individuo. (11)

El mandato romano era un contrato consensual, que al igual que la venta, el arrendamiento y la sociedad derivan del Derecho de Gentes. Se le clasificaba dentro de la categoría de los contratos sinalagnáticos imperfectos, a diferencia de los antes enumerados que eran sinalagnáticos perfectos. Las acciones que sancionaban al mandato eran de buena fé.

El contrato de mandato nació bajo la inspiración de una relación de confianza y de buena fé, con ello el carácter del contrato tenía que ser gratuito. La gratuidad era elemento esencial; si por el encargo dado se retribuía a la persona que lo ejecutaba, los romanos regulaban tal hecho por la "*locatio conductio operis* (contrato de arrendamiento de servicios) y la "*locatio conductio operarum* (contrato de obra)". Con la evolución, en tiempos de la República, se vino a permitir que el mandante pudiera ofrecer a su mandatario un "*honorarium*" o "*merced*". Pero ello no -

(10).- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.-Tomo II.-Editorial LABOR.- BARCELONA,1950

(11).-KASER,Max.-"Derecho Romano Privado".-Versión directa de la 5a. edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro.- Reus.-MADRID,1968.-Págs. 201 a 204.

llegó a significar que el elemento de gratuidad se disipara, pues el mandatario no podía exigirlo por medio de la acción contraria de mandato. Este "honorarium" a partir de los finales de la época clásica podía exigirse y hacerse efectivo, no por la acción contraria de mandato, sino por el procedimiento de la cognitio extraordinaria; y Kaser -- nos muestra como en el Derecho post-clásico vulgar desaparece el carácter de gratuidad en el mandato. (12)

En tanto el mandato era un contrato de buena fé, implicaba el que las eventuales contiendas se resolvieran según los lineamientos de la equidad. Hemos dicho que se reconoció en el mandato un contrato sinalagmático imperfecto en principio, sólo el mandatario se obligaba y sólo el mandante tenía acción contra él, pero haciéndose patente que la gestión amistosa trajera aparejado un daño al patrimonio del mandatario (pues se obligaba personalmente con las personas con quienes negociaba), se dió la acción contraria de mandato al mandatario; pero las consecuencias en el ejercicio de las acciones eran diferentes. La acción directa cuando era condenatoria traía aparejada, respecto al mandatario, la nota de infamia, mientras que la acción contraria no era infamante respecto al mandante. La nota de infamia no suprimía la personalidad jurídica civil del ciudadano, como sí ocurría con la "capitis deminutio". La infamia suponía en el ciudadano la pérdida de la "existimatio", que era la consideración o dignidad pública que aquel ostentaba frente a la sociedad, de donde resultaban consecuencias más o menos graves, bien fuera por imposición de la Ley, o por el edicto del pretor, o bien podía ser la imposibilidad de ser "cognitor", o sea la denega-

ción del derecho de "postulare" (pedir en justicia por otro) o aún la imposibilidad de ocupar cargos públicos. La nota de infamia duraba hasta la muerte, a menos que hubiere sido borrada por el Senado o por el Emperador. (13)

Otros requisitos para la validez del mandato eran que tuviera por objeto un acto lícito y que el mandante tenga un interés pecuniario en la ejecución del mandato; el mandato que interesare sólo al mandatario no es sino un mero consejo.

El mandatario queda obligado a dar cuentas a su mandante; si ha adquirido en propiedad bienes debe transferirle la propiedad por tradición, mancipación o in jure cessio. Si ha adquirido un crédito deberá cederle las acciones. Si el mandatario ha contraído obligaciones debe el mandante asumir las deudas por novación, en razón de que en el Derecho Romano el deudor, en principio, no podía ceder su deuda y si lo hacía, existía una novación.

Carente el Mandato romano de toda idea de representación, se entendía 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". "...Esta teoría, lógica 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 de-

(13).- FETIT, Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editorial Nacional.- Págs. 153 y 154.- MÉXICO, 1966.

desaparecido nunca en Derecho Romano, las consecuencias han sido atenuadas en interés de la equidad". (14)

La regla a la que nos hemos referido, de no adquisición para otro, tuvo lógicamente su más clara expresión -- cuando se mantuvieron las formas solemnes de adquirir por mancipación y por in jure cessio. Petit nos enseña que tal principio se transformó a partir de la época clásica, "para los modos de adquirir que tienen como base la posesión, a saber, la tradición y la usucapión..." y explica la evolución en razón de que se llegó a admitir la adquisición -- de la posesión por intermedio de un tercero, "corpore alieno", de donde viene a resultar que cuando el objeto del -- mandato es una adquisición: "desde que el propietario vendedor ha entregado la cosa al mandatario, en ejecución de la venta, el mandante adquiere su posesión aún antes de haber sido informado de ello. Pero como hay en él la voluntad de adquirir y, en el tradens la voluntad de enajenar -- en su provecho, el mandante llega a ser al mismo tiempo, -- por el efecto de la tradición hecha al mandatario, no solamente poseedor, sino propietario ". En resumen: en la época clásica, la regla, según la cual no se puede adquirir la propiedad por una persona extraña, no subsiste ya más que para la mancipatio y la in jure cessio (modestino L. 53, . D., de adq.der. dom., XLI,1). Pero bajo Justiniano, cuando esos modos de transmisión han caído en desuso así como la distinción de las cosas mancipi y nec mancipi ha cesado -- realmente de ser exacta, puesto que con la ayuda de la tradición o de la usucapión el mandante puede adquirir la pro

(14).- Véase PETIT, Op. Cit.-Págs. 308,412 a 415.

piedad por el mandatario". (15)

El Derecho Pretoriano vino a atenuar la rigidez del Derecho Civil, no bajo la forma de una derogación de principios, sino bajo la forma de una solución práctica que - la equidad exigía.- (16)

Si el Derecho Civil Romano nunca dió el paso definitivo de reconocer en forma general la posibilidad de la - representación, tuvo sin embargo que atribuir efectos al "cognitor" o representante procesal, que aparece ya en forma clara bajo el procedimiento formulario. El cognitor -- era nombrado ante el magistrado y en presencia de las partes; aceptado, vendría a constituir, para los efectos subsiguientes, una misma personalidad con su cliente. (17)

Con la evolución se vino, asimismo, a conceder acción al tercero contra el mandante, y también a éste contra el tercero. El progreso se debió al Derecho Pretoriano que reconoció y sancionó las siguientes acciones:

1a.- La Acción Institoria, por la que el tercero convertido en acreedor al contratar con el institor (esclavo o hijo de familia), tenía el derecho de ejercitar tal acción contra el jefe de familia.

2a.- La Acción Quasi-institoria, llamada así porque el Quasi-institor era un esclavo ajeno a un hombre -

(15).- PETIT.- Op. Cit.-Pág. 311

(16).- "Para consagrar la libertad de representación, al menos en el campo de los derechos reales, fue preciso que el Jus Gentium transplantase al Derecho Civil sus actos - libres de formas".- (SOHM, Rodolfo.-Op. Cit.-Pág. 222).

(17).- "Mandatam, por su etimología, vale tanto como dación de Poder; pero el mandato romano no tiene efectos de representación directa; los efectos de la gestión recaen exclusivamente sobre el mandatario, y deben ser luego ---

libre. Cuando éste era una persona libre, el tercero hecho acreedor tenía contra el mandante esta acción quasi-institorial; pero si el tercero resultaba deudor no tenía acción el mandante contra él, y solamente podía exigir al mandatario que le cediera las acciones. La equitativa solución vino a ser el conceder al mandante una acción "utilitatis causæ" contra el tercero. (18)

3a.- La Acción Exercitoria, para el caso de que un capitán obrara como mandatario del armador.

Estas acciones recibían el nombre de "adjectitiæ qualitatis". (19)

(+).- transferidos por éste al mandante (representación indirecta). En algunos casos, sin embargo, los efectos recaen directamente sobre el representado, como se ha dicho a propósito del representante procesal (cognitor) y de la adquisición de la posesión". (D'ors, Alvaro.-"Elementos de Derecho Privado Romano".-Pág. 345.-PAMPLONA, 1960)

(18).- PETIT.-Pr. Cit.-Págs. 415, infine y 416; IGLESIAS, - Juan.- Op. Cit.-Págs. 161 y 162; y MANFREDI, Marcos.-"Compendio de Derecho Romano".-Pág. 241.-MEXICO, 1901.

(19).- Véase: FLORIS MARGADANT.-OP. Cit.- Pág. 418.

II.- EDAD MEDIA

A).- Derecho Inglés

Rodolfo Batiza (20) señala, que en el Derecho Medieval Inglés, el mandato con dificultad se distinguió, en su origen, de lo que vino a ser el "uso" y después el "trust"; la expresión "uso" no deriva del latín "usus", sino de "ad opus" que significa "en su representación"; Ennecerus (21), por su parte, nos dice que la "agency" del Derecho Inglés comprende la gestión de negocios por otro, sea como apoderado, sea como mandatario en nombre propio.

B).- Derecho Canónico.

Los pueblos bárbaros tampoco conocieron la idea general de la representación; existen, sin embargo, referencias aisladas y excepcionales de vestigios de representación en el mandato.

Vino a ser el Cristianismo, a través del Derecho Canónico, donde encontramos el origen de la representación. Las referencias tienen por fuente las Decretales de los Papas Bonifacio VIII (Siglo XIII) y de Gregorio IX; y el cánón 1089 permite, desde principios de la Edad Media, el matrimonio contraído por procurador. "...por influjo del Derecho Canónico, fue posible fundar la representación en la voluntad privada de las personas, que podían nombrar representantes siempre que lo consideraran oportuno". (22 "potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum".

C).-Derecho Castellano.

(20).- BATIZA, Rodolfo.-"El Fideicomiso.-Teoría y Práctica Asociación de Banqueros de México.-Segunda Edición

Es en el Derecho Castellano con la gran obra de Alfonso el Sabio, Las Siete Partidas, donde encontramos expresamente admitida la representación, tanto judicial como en el mandato. En éste último aparece ya la representación como elemento esencial e indisoluble.

(+).- Pág 28.- MEXICO, 1973.

(21).- ENNECERUS.- Op. Cit.- Pág. 239.

(22).- TRABUCCHI.- Op. Cit.-Pág. 154.- En el mismo sentido: J. Gaspar Alfaro citando a Binder.- Op. Cit.- Pág. 316.

III.- CODIGO NAPOLEON DE 1804.

El artículo 1984 del Código de Napoleón definía al mandato como un acto y no como un contrato. Acertadamente considera Castán Tobeñas, que, al desaparecer la gratuidad como elemento esencial del mandato, pasa a serlo la representación; encarna esta dirección el Código Civil Francés que en el artículo citado confunde al mandato con el poder, "poniendo la esencia de aquel en la representación del mandante por el mandatario". (23)

IV.- PROYECTO DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851.

El Proyecto del Código Civil Español de 1851 sigue incurriendo en el error, al igual que el Código Napoleón en donde tuvo gran parte de inspiración, de asociar necesariamente la idea de representación en el mandato.

Autores como Sánchez Román y Valverde ven en la representación un elemento esencial del mandato. El mismo comentario es reproducido posteriormente por Manresa en vistas al Artículo 1709 del Código Civil Español, pese a que más adelante comenta el artículo 1717 en que se acepta expresamente la actuación del mandatario a nombre propio.

J. Gaspar Alfaro expresa que a mediados del Siglo XIX, Ihering reaccionó contra las legislaciones que habían pensado que mandato y representación eran términos sinónimos y que se implicaban. Puede existir representación sin mandato (el tutor) y de mandato sin representación, y que se debe a Laband (Revista de Derecho Mercan-

(23).- CASTAN TOBENAS.-Op,Cit.-Tomo IV,9a Edición.-Pág. - 475.-MADRID,1961.

til, 1860) el mérito de haber separado completamente los dos conceptos de representación y mandato. La causa remota de su construcción -dice- hay que buscarla en el Derecho Mercantil, concretamente en la comisión. (24)

El vigente Código Civil Español de 1899 distingue -- perfectamente ambos términos.

Para Roberto de Ruggiero: "El mandato verdadero y -- propio no va nunca separado de la idea de representación, sino que es la fuente más importante de la representación voluntaria". (25)

Otras opiniones en contrario las tenemos en Planiol y en Pérez González y Alguer: "En realidad, la representación que es la regla general en el mandato civil, puede -- sin embargo quedar suprimida sin que por ello deje de haber mandato; es lo que se da en el caso del testafiero -- (prête-nom)". En materia mercantil el contrato de comisión: es igualmente un mandato, aún cuando el comisionista contraiga una obligación personal. El corredor sólo es mandatario en ciertos casos. (26)

Pérez González y Alguer, comentando y concordando la obra de Ennecerus, dice: "En primer término, no es característica del mandato la facultad de representación del -- mandante por el mandatario". (27)

(24).- ALFARO, J. Gaspar.-Op. Cit..-Págs. 313 y ss.-Véase VALVERDE Y VALVERDE, Calixto.-"Tratado de Derecho Civil Español".-Tomo III.-Pág. 461.-VALLADOLID, 1920.

(25).- RUGGIERO, Roberto.-"Instituciones de Derecho Civil"-Tomo II, Vol. I.-Pág. 462

(26).- PLANIOL Y RIPERT.- Op. Cit.-Tomo XI.-Págs. 765 y 766

(27).- PEREZ CONZALEZ Y ALGUER.-Op. Cit.-Vol. II, Pág. 323

V.- DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Antonio Pérez y López, en su obra "Teatro de la Legislación Universal de España e Indias".- Nos muestra cómo se definía el mandato sin hacer alusión a la representación: "El mandato o mandamiento, es un contrato de buena fé, por el cual uno encarga su negocio a otro gratuitamente, y él lo recibe".(28)

En la Novísima Recopilación tenemos noticias ciertas del desarrollo de la procuración o representación procesal. (29)

En la "Curia Filípica Mexicana" (30), en la sección correspondiente a la Jurisprudencia mercantil, se nos dice: "Comisionista o Comisario según se llama de las Ordenanzas de Bilbao, es el que ejerce o negocia, ya con su nombre, ya bajo una razón o nombre social, por cuenta de un comerciante". El mismo precepto se establece en el Artículo 91 del Código Mercantil Francés. La Jurisprudencia hasta 1850 vino a permitir la actuación del comisionista en nombre propio, y las disposiciones vigentes del Código de Comercio Mexicano reproducen aquellos comentarios.

En el número 41 de la obra que estamos estudiando se expresa: "Teniendo un comisionista orden o mandato especial de su comitente para comprar mercaderías, si éstas -- fuesen designadas, aunque las compre a su propio nombre -- (como sucede a veces cuando el comisionista ve que puede resultarle ganancias) no serán para él sino para el comitente en cuyo nombre se entienden compradas, y así deberá dar cuenta de ellas. Lo contrario sucederá si la orden o el mandato fuese general, esto es, para comprar cualesquiera cosas o mercaderías sin expresarlas; pues entonces si las comprare en su nombre el comisionista, se entiende

que son para él". (pág. 665).

1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.

El Artículo 2474 del Título Duodécimo del Código Civil de 1870, definía el Mandato de la siguiente forma: "El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa".

2.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

El Artículo 2342 de éste Código contiene la misma definición que el Artículo 2474 del Código anterior.

En ambos Códigos la representación es elemento esencial del contrato de mandato. (31)

(28).- PEREZ Y LOPEZ, Antonio. "Teatro de la Legislación Universal de España e Indias". - Tomo XIX. - MADRID, 1797. - Op. Cit. - Pág. 307

(29).- Véase. - RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. "Pandectas Hispano Mexicanas". - Tomo I. - Págs. 923 y ss. - MEXICO 1852.

(30).- Oera publicada por Mariano Galván Rivera. - Núm. 35, Pág. 662 y Núm. 41, Pág. 665. - MEXICO, 1850.

(31).- "El Código de 1884, al referirse al mandato, le llama acto y no contrato (ART.-2342). El acto jurídico bilateral que regulaba el Código anterior era el mandato representativo..." (MUNOZ, Luis. "Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales". - Ediciones Lex. - Pág. 540, MEXICO, 1946.

CAPITULO SEGUNDO
LA REPRESENTACION

SUMARIO

- I.- Concepto de representación. Punto de vista del sus--
tentante.
- II.- La representación en la doctrina extranjera.
- 1.- Doctrina Francesa.
 - 2.- Doctrina Italiana.
 - 3.- Doctrina Alemana.
- III.- Importancia y utilidad de la representación.
- IV.- Teorías que explican la naturaleza jurídica de la re--
presentación.
- 1.- Teoría negativa de León Duguit.
 - 2.- Teorías positivas:
 - A) Teoría de la ficción.
 - B) Teoría del nuncio.
 - C) Teoría de la cooperación.
 - D) Teoría de la sustitución real
de la personalidad del repre--
sentado por la del represen--
tante.
- V.- Distinción entre la representación y otras figuras --
afines:
- 1.- Representante y nuncio.
 - 2.- Representante y auxiliares.
 - 3.- Representante y órgano de la perso--
na jurídica.
 - 4.- Representante y fiduciario.
 - 5.- Representación y estipulación en fa--
vor de tercero.
- VI.- Fuentes de la representación:
- 1.- Representación voluntaria.
 - 2.- Representación legal o necesaria.
- VII.- Casos en que no se admite la representación.
- VIII.- Crítica general, necesidad de adoptar una doctrina
Conclusión.

CAPITULO SEGUNDO

LA REPRESENTACION

I.- CONCEPTO DE REPRESENTACION. PUNTO DE VISTA DEL SUSTENTANTE.

La representación debe ser entendida como una institución, con una forma y un contenido de derecho específicos (32). Es peligroso, en lo jurídico, explicarse una figura reduciéndola a una mera estructura lógica. (33)

"La representación implica un concepto contrario a la realidad estricta, dentro de la idea de la voluntad y de sus efectos; equivale a estimar ajeno al acto al que lo hace, y presente y obligado al que no ha tomado parte en él..." (34)

"Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico) de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero". (35)

La representación es la figura jurídica que permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra capaz, quien actúa siempre a nombre de la primera.

(32).- En contra, HUPKA, Josef: "La representación no es -- precisamente un concepto material, sino un concepto jurídico formal, que abarca toda la forma de actuación en nombre de otro, cualquiera que sea el --

II.- LA REPRESENTACION EN LA DOCTRINA EXTRANJERA.

1.- Doctrina Francesa.

Henri Capitant nos dice que la representación es: - "el hecho de cumplir un acto jurídico en nombre o por cuenta de otra persona, en mérito a un poder legal o convencional y estableciendo para la persona representada un derecho u obligación...". Señala, asimismo, la definición del mandato contenida en el artículo 1984 del Código Civil, que es del tenor siguiente: "Acto por el cual una persona da a otra poder para hacer alguna cosa para ella y en su nombre", (36)

Pianiol y Ripert enseñan: "...la representación se revela como el medio de que dispone una persona para obtener, utilizando la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado por sí misma;" reconocen que el principio por el cual las obligaciones contractuales son "per se" personales no impiden el reconocimiento y desarrollo de la representación. (37).

2.- Doctrina Italiana.

Para Messineo la representación tiene como base la colaboración o cooperación jurídica, dice: hay que admitir que el representante no contrata sólo, y que el representado no contrata de manera exclusiva, sino que ambos contratan jurídicamente y los dos producen el acto jurídico. No hay que hacer caso de la voluntad del representante, sino en la medida en que la ha manifestado psicológicamente; hay que tomar en consideración, por consiguiente las instrucciones que ha recibido del representado. En la medida de estas instrucciones, es este último el que quiere; en cuanto a lo demás, es el representante. Tal viene a ser la hipótesis de la representación. (38)

3.- Doctrina Alemana.

Para Lehman, representación: "es la emisión o recepción de una declaración para otro en nombre de éste, es decir, de tal modo que los efectos del negocio repercutan directamente sobre el representado". Por ello el Código Civil Alemán reconoce esa voluntad y le atribuye efectos. (39).

-
- (+).- fin y el interés en virtud del cual tenga lugar".- "La Representación Voluntaria en los negocios jurídicos".- Revista de Derecho Privado.-Pág.11, Nota 1. MADRID, 1930.
- (33).- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael.- "Lecciones de Filosofía del Derecho".- Sexta Edición.- Jus.-Pág. 35, - número 1.- MEXICO, 1970.
- (34).- GARCIA, Trinidad.- "Apuntes de introducción al estudio del Derecho".- Décimaséptima edición.- Porrúa.- Pág. 172.- MEXICO, 1968.
- (35).- BORJA SORIANO, Manuel.- "Teoría General de las Obligaciones". Tomo I, sexta edición.- Edit. Porrúa, MEXICO 1969.-Pág. 280.
- (36).- CAPITANT, Henri.- "Vocabulario Jurídico".- Trad. Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone.- DEPALMA.- Pág. 482 y 483.- BUENOS AIRES, 1980.
- (37).- PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés".- Trad. al español -- por Mario Díaz Cruz. Tomo VI. Cultural.-Págs. 76 y 77.- LA HABANA.-1936.
- (38).- MESSINEO, Francesco.- "Manual de Derecho Civil y Comercial".- Trad. de Santiago Sentís Melendo.- Tomo II.- Ediciones jurídicas Europa.- Págs. 404 y 405.- BUENOS AIRES, 1964.
- (39).- LEHMANN, Heinrich.- "Parte General" (Manual).- Vol. I.- Trad. al español por José María Navas.- Edit. Rev. de Der. Priv.-Pág. 428.- MADRID, 1956. Ver en el mismo sentido: ENNECERUS, Ludwig.- "Derecho Civil".- Rev. - por NIPPERDEY.- Trad. de Pérez González y Alger.- BOSCH.- Pág. 231.- BARCELONA, 1935.

III.- IMPORTANCIA Y UTILIDAD DE LA REPRESENTACION.

La representación sirve para suplir la falta de capacidad de ejercicio, como es el caso de quienes se encuentran en el supuesto del art. 450 del Código Civil:

Tienen incapacidad natural y legal:

- 1.- Los menores de edad.
- 2.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- 3.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.
- 4.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes.

También sirve la representación para el caso de que una persona siendo hábil para contratar, es decir que, -- siendo capaz, (capacidad de ejercicio) no puede comparecer físicamente a un mismo tiempo en varios lugares, haciéndose por consiguiente representar por otra persona capaz.

IV.- TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION.

Dada la índole del presente estudio, no expondré, -- en forma exhaustiva, las construcciones jurídicas relativas a la representación. Me referiré a las doctrinas que, a mi juicio, muestren una mayor relevancia para los concretos aspectos que me propongo estudiar. En la exposición seguiré fundamentalmente a Planiol, Bonnecase, Lehmann, Messineo y Borja Soriano.

- 1.- Teoría negativa de León Duguit.

Según este autor la representación debe rechazarse -- porque no es sino un producto del espíritu que no contiene nada de real: Es la consecuencia, según él, de un aná-

lisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico. Esta teoría ha sido combatida por Mardray, porque la representación tiene una existencia real.

2.- Teorías positivas:

A) Teoría de la ficción. (Pothier, Laurent, Planiol, Labbé, etc.)

Planiol relata como Pothier sostuvo esta teoría fundándose en la premisa de que las obligaciones nacidas de contrato sólo se dan entre las partes que hubiesen intervenido, y que solamente, por una "ficción", se entiende que el representante tome la personalidad y lleve la voluntad del representado, considerando a éste último como el verdadero contratante. (40)

Demogue critica esta teoría diciendo que si la misma puede ser válida con respecto a la representación voluntaria, indudablemente que no lo es con relación a la legal, por la sencilla razón de que "el representado carece de voluntad eficaz". (41)

B) Teoría del nuncio.- (Savigny)

Su promotor es Savigny, para quien el representante no es sino un simple mensajero, un nuncio, que lleva la palabra del representado.

Esta teoría, que nadie defiende hoy, la critica Posesco-Ramniceano afirmando que "decir de un representante que no es otra cosa que un mensajero, es decir simplemente que un representante no lo es", además de que no explica la representación legal, en que no hay voluntad del representado, y "conduce a no tener en cuenta, para las condiciones de capacidad y para los vicios del consentimiento, sino a la persona del representado". (42)

C) Teoría de la cooperación.- (Mittels y Dernburg)

A la doctrina de estos autores se le ha denominado -

"Teoría de la mediación" (vermittlungstheorie). Para ellos la acción representativa no viene a ser sino la consecuencia del obrar conjunto del representante y el representado; los requisitos de validez del acto se dividen, según la participación, tanto en la persona del representante - como en la del representado. (43)

Esta teoría ha sido objeto de profundas críticas por lo que no nos merece un estudio analítico. Bástenos con - afirmar que no explican satisfactoriamente los fenómenos representativos y, en especial, a la representación legal.

El propio Popesco-Ramniceano critica la teoría, al - decir de Borja Soriano, "porque produce complicaciones -- sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y - subdistinciones que no hacen sino hacer más obtuso el -- problema". (44)

La conclusión para Lehman es que el Código Civil Alemán (BGB) ha seguido los lineamientos trazados por la -- "teoría de la mediación"; en consecuencia, los requisitos del negocio se establecerán de acuerdo con la persona del representante, y los efectos se producirán en la persona - del representado motivados por las declaraciones de voluntad del representante y de la otra parte del negocio y, - asimismo, debido al reconocimiento que la Ley da a esas - voluntades. (45) (46)

(40).- PLANIOL.-Op.Cit.-Págs. 78 y 79

(41).- ORTIZ URQUIDI, RAÚL.- "Derecho Civil". (Parte Gral) Pág. 262.-Edit. Porrúa.-2da. Edición.-MEXICO, 1982.

(42).- ORTIZ URQUIDI, RAÚL.-Op. Cit.-Pág. 263.

(43).- LEHMANN.-Op. Cit.-Págs. 435 y 436.

(44).- ORTIZ URQUIDI, RAÚL.-Op. Cit.-Pág. 263.

(45).- LEHMANN,- Op.Cit.-Pág. 436.

D) Teoría de la substitución real de la personalidad del representado por la del representante.- (Pilón, Colín y Capitant, Ripert y Esmein, Levy-Ullmann, Bonnacase, Ennecerus y Niperday).

Según ella, "es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa directa y realmente en la formación del contrato, que producirá sus efectos en el patrimonio del representado". (47)

Planiol califica de "afortunado" el cambio en la doctrina moderna francesa; o sea, a la explicación de nuestra institución en atención a una verdadera substitución de la personalidad del representado por la del representante. Esta substitución que implica la emisión de la propia voluntad del representante y la nota esencial de que los efectos del acto celebrado se produzcan, directamente, en la esfera jurídica del representado, vienen a ser los requisitos fundamentales para la existencia de la representación. Añade Planiol que en la representación deben coexistir, simultáneamente con los requisitos fundamentales ciertas condiciones que son las siguientes:

- 1a. Exteriorización de la propia voluntad del representante.
- 2a. La "contemplatio domini".
- 3a. Que el representante ostente poder para esa representación.

La primera condición sirve para distinguir al representante del nuncio. Es éste un mero portador de la voluntad ajena; es aquél un sujeto que exterioriza su propia voluntad.

La segunda condición consiste en la intención que debe haber en el representante y las personas con las que él negocia, de hacer producir los efectos del acto en la

persona y patrimonio del representado.

La tercera condición consiste en que la ley o el mismo representado confiere al representante la facultad o poder para representar.

Concluye Planiol que el contrato así celebrado viene a formar un todo; o sea, no podrá el representado dividir los efectos del acto beneficiándose del crédito y liberándose de las obligaciones; quedará obligado personalmente respecto al tercero contratante. El representante no adquiere derechos, no queda obligado. El tercero contratante sólo quedará facultado y obligado frente al representado. (48)

PILON.

Para éste autor, según enseña Madray en la obra de Bonnecase (49), lo único que nos permite explicar satisfactoriamente el funcionamiento de la representación, está en la inadmisibilidad de la noción tradicional de la obligación (50). "En realidad un patrimonio es el que debe una prestación a otro patrimonio; la persona únicamente es el órgano del patrimonio. Cuando actúa el representante, pone su voluntad al servicio de otro patrimonio, que ya no es obligado por su órgano normal". Esta teoría, fundada en las ideas de Saleilles no tuvo éxito, en opinión de Madray, por estar fuera del Derecho Positivo. Pilon, agrega que se vio obligado a aceptar esa tesis porque, apoyándose en la teoría de la autonomía de la voluntad, no podía explicarse que el representado resulte obligado contra su voluntad; por ello dice entonces que no es la voluntad la obligada, sino el patrimonio. (51)

El Maestro Borja Soriano (52) ubica la doctrina de Pilon dentro de las teorías de la substitución de la vo-

luntad del representado por la del representante, y cita a Popesco Ramniceano y a Madray como fuente. Sin embargo, en mi opinión, tal doctrina podría muy bien quedar encuadrada dentro de la teoría de la ficción, pues el suponer que la relación jurídica puede, y mejor dicho, se da entre los -- patrimonios y no entre personas, es una de las graves consecuencias a las que se llega en esa doctrina.

MADRAY Y BONNECASE.

Considera Bonnecase que la definición que puede darse sobre la representación es la siguiente: "...es una --- institución jurídica en virtud de la cual, fundada en elementos de hecho convencionales o legales, una persona tiene el poder de realizar directamente, por cuenta de otra, ope raciones materiales y jurídicas". (53)

Gilbert Madray expuso su doctrina en el libro "De la Representation en Droit Privé.- Theorie et Pratique", 1931 Págs. 157 y s.

Sus ideas, aceptadas por Bonnecase podemos resumirlas de la siguiente manera:

1.- Parten de la afirmación de que el carácter específico de la representación consiste en la producción de efectos de Derecho respecto de una o varias personas que no han -- figurado en determinado acto.

(46).- Como partidario de la "Teoría de la Representación en el Derecho Suizo, véase a: VON TUHR, Andreas.- - "Tratado de las obligaciones",.- Traducido y concordado por W. Roces.- Tomo I, pág. 229.- MADRID.

(47).- ORTIZ URQUIDI, Raúl.- Op.Cit.-Págs. 262 y 263.- A-- firma al decir del maestro BORJA SORIANO, que ésta teoría es la mejor de todas desde el punto de vista doctrinal, ya que nuestros Códigos de 1870, 1884 y a través de éste por el de 1928; la teoría imperante era la de la ficción. (Tradicional Francesa).

2.- Ven en ello un efecto anormal del contrato que no podría explicarse sin trastornar los principios generales -- del Derecho. El artículo 1165 del Código Civil (francés), establece el principio de la relatividad de los efectos -- del contrato en cuanto a las personas que intervienen en el acto. Sin embargo, las consecuencias serán las mismas, bien sea porque las partes hayan intervenido personalmente, o por el contrario, que hayan figurado en él por medio de un mandatario. Esta última consideración viene a ser -- una comprobación de los efectos que produce la representación, pero no consiste en una explicación.

3.- La construcción técnica de la representación no puede encontrarse paralizada por un texto fundamental del Derecho Civil Francés.

4.- Cuando se hablaba de su extensión, únicamente se consideraba al mandato previsto por los artículos 1984 y siguientes del Código Civil, y cuando se deseaba analizar su mecanismo únicamente se estudiaban las reglas del contrato.

5.- No podemos aceptar tan limitada connotación debido a las múltiples aplicaciones que la representación jurídica ha impuesto a nuestra observación.

Vistas las premisas de que parten, llegan a las siguientes conclusiones:

1a.- "La representación no se analiza en el contrato, sino en el acto jurídico". Si la noción del acto jurídico viene a seguir siendo reducido, íntimamente, a la noción del contrato, la representación continuará siendo una "monstruosidad lógica". "...tratar de explicar el mecanismo de la re-

(48).- PLANIOL.-Opc.Cit.-Pág. 90.

(49).- BONNECASE, Julien.- "Elementos de Derecho Civil". - Traducción del Lic. J.M. Cajica.- Tomo I.- Pág. 391 Puebla, 1945.

presentación por el contrato, equivale a pretender que el todo sea comprendido por la parte".

2a.- En consecuencia, los efectos del acto jurídico serán más extensos que los del contrato; esto lo demuestra Ma---dray citando la definición que Bonnacase ha dado del acto jurídico: "...es una manifestación exterior de voluntad, - bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en crear, fundada en una regla de Derecho o en una institución jurídica, a favor o en contra de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y gene---ral, o por el contrario, un efecto de derecho limitado, -- que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho". (54)

3a.- "El representante manifiesta la voluntad de celebrar un acto cuyas consecuencias se producirán únicamente para otra persona y el tercero acepta. Una regla de derecho se pone en movimiento y se aplica porque las partes han sa---tisfecho los requisitos necesarios para ello; sus resultados son engendrar efectos de derecho a favor o en contra - de varias personas determinadas, que en este caso son el - representado y el tercero...".

4a.- "...debe darse una sola solución al problema de la re presentación; el lazo de derecho que une inmediatamente al tercero con el representado se debe, en todos los casos a la Ley; sólo cambian, según las hipótesis, los elementos -

(50).- En contra, Bonnacase: "La obligación puede muy bien permanecer como la define la doctrina clásica: una relación de derecho por virtud de la cual una persona se encuentra sometida en su actividad a otra, en la forma de una prestación por ejecutar..." (Op. Cit. Pág. 391)

(51).- BONNACASE.-Op.Cit.-Pág. 391

de hecho tomados en consideración para recibir fuerza obligatoria en el dominio jurídico..." (55)

La Teoría de la Substitución real de la personalidad del representado por la del representante ha sido sostenida en Alemania bajo la escueta denominación de "Teoría de la Representación" y sus principales sostenedores han sido Windscheid y Jhering. (56)

En Italia Vittorio Neipp ha llegado a la misma conclusión fundándose en una doctrina causalista. (57)

Concientemente he preferido limitarme a apuntar las teorías principales sobre la representación; ello obedece a que más adelante expongo los comentarios y la crítica -- general pertinente.

V.- DISTINCION ENTRE LA REPRESENTACION Y OTRAS FIGURAS AFINES.

1.- Representante y nuncio.

Desarrollando Messineo la construcción de la colaboración o cooperación jurídica, señala que la forma más simple y elemental es el caso del nuncio o mensajero; éste se

(52).- BORJA SORIANO, Manuel.- "Teoría General de las Obligaciones".-Tomo I.- quinta Edición.- Porrúa.- Pág. 285.- MEXICO, 1966.

(53).- BONNECASE.-Op, Cit.-Pág. 387

(54).- Con algunas variantes en la traducción de la definición, Vid. GARCIA MAYNES, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho".-Décimoquinta Edición.-Porrúa. Pág. 184.- MEXICO, 1978.

(55).- BONNECASE.-Op, Cit.-Págs. 390, 391 y 392.

(56).- LEHMANN.-Op. Cit.-Pág. 435.

(57).- NEIPP, Vittorio.- "Causalidad Jurídica y Representación".- Ediciones Jurídicas Europa-América; Pág. 115 BUENOS AIRES, 1962.

(58).- MESSINEO.- Op. Cit.- Pág. 405.-Vid, en el mismo sentido: VON TUHR, Op. Cit.-Págs. 230 y 231; y a TRABU-

limita a llevar al destinatario un documento que contiene la declaración de voluntad del sujeto; o bien a comunicar de viva voz al destinatario, o sea, a reproducir la declaración de voluntad que el sujeto le ha comunicado a él, a su vez, la refiera al destinatario ("Mensaje y Embajada"). (58).

El nuncio desempeña una mera función material, es un instrumento vehículo de que se vale una persona para hacer llegar su voluntad a otra; no es, pues, representante.

2.- Representante y auxiliares.

"La prestación de servicios en la formación de una declaración ajena hasta que llega su emisión es función auxiliar, mientras que la transmisión de la declaración ya emitida es función de nuncio o mensajero". (59)

Como otras formas de cooperación en los negocios ajenos señala Messineo los siguientes: la asistencia a sujetos parcialmente incapaces; ciertas actividades del notario y de otros funcionarios públicos; la participación de testigos en el contrato; la actividad del mediador y la del consultor técnico. (60)

La gestión o dirección de los negocios ajenos puede reunirse en la misma persona de quien es representante, pero puede subsistir tal actividad en forma independiente. (61)

3.- Representante y órgano de la persona jurídica.

La distinción entre ambas figuras es clara. No todos los representantes de una persona moral son órganos, así como el órgano social no implica necesariamente la idea de representación; la asamblea, por ejemplo, es un órgano des provisto de facultades representativas. (62)

4.- Representante y fiduciario.

La relación fiduciario se da cuando el fiduciante con fía al fiduciario un objeto de su patrimonio, es decir, le transfiere su propiedad, de tal suerte que el fiduciario - puede usarlo en su propio beneficio; tal situación no ocurre en la representación. (63)

5.- Representación y estipulación en favor de tercero

En los contratos a favor de tercero sólo se crean uno o más créditos a favor de éste último, pero sin que los de más efectos del contrato repercutan en él; éstos, conforme al negocio, deberán recaer en los contratantes; no puede ser considerado alguno de los mismos como representantes - del tercero. (64)

VI.- FUENTES DE LA REPRESENTACION.

El origen del poder conferido al representante, es, o la voluntad del representado o la ley.

Se puede afirmar que la representación es admisible - en todos los negocios jurídicos, y que solamente se prohibirá cuando el acto así lo requiera por su naturaleza, por la calidad de las personas que intervienen, en fin, por una disposición legal.

1.- La representación voluntaria.

Se sustenta en el hecho de que alguien quiera, siendo capaz de obrar y por cualquier motivo lícito, confiar en otro para la conclusión de actos o negocios. A la representación voluntaria se le ha dividido en directa e indirecta (65). Por el momento sólo dejamos apuntada tal división, ya que el análisis de la segunda, habiendo hecho referencia a la primera, será el objeto del tercer capítulo del -

presente estudio.

2.- La representación legal o necesaria.

Esta va a tener como presupuesto la imposibilidad jurídica en que se encuentra una persona -aún cuando él tenga la posibilidad material de hacerlo- de declarar una voluntad idónea, y ello motivado por su incapacidad de obrar ante tal hecho, la ley suple tal incapacidad y confía a -- otra persona nábil la conducción de los negocios y el cuidado de los intereses del incapaz, de donde resulta que el representante legal declara su propia voluntad en nombre y en interés de su representado.

Señala Messineo que la peculiaridad de la representación legal consiste en que los poderes del representante -- nacen y son fijados por la ley, y aún por ésta puede estar predeterminada la persona del representante legal. (66)

Otra peculiaridad apuntada por Von Tuhr, consiste en que la representación legal tiene el carácter de la "exclusividad"; o sea, que el representado no puede celebrar personalmente los negocios jurídicos que se encomiendan --

(59).- LEHMANN.- Op.Cit.- Pág. 429

(60).- MESSINEO.- Op.Cit.- Pág. 406; en el mismo sentido -- VON THUR, Op. Cit.- Pág. 230.

(61).- IDEM.- Op.Cit.-Pág. 411

(62).- MESSINEO.- Op.Cit.- Págs. 412 y 413. Las personas -- jurídicas a diferencia de las personas físicas "o-- bran y se obligan siempre por medio de las personas que las representan". (RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joa-- quín.- "Curso de Derecho Mercantil".-Tomo I.- 10a. Edición.- Pág. 55.-MEXICO, 1972). Véanse los artícu los 146 y 148 de nuestra vigente Ley General de So-- ciedades Mercantiles.

(63).- LEHMANN.-Op.Cit.- Pág. 436.

(64).- Vid. VON TUHR.- Op.Cit.-Pág. 229, nota 5.

(65).- MESSINEO.-Op.Cit.-Pág. 400. Véase en el mismo senti do: LEHMANN.-Op.Cit.-Pág. 431 y ss.;VON TUHR.-Op. -

al representante. Anora bien, además de explicarse la representación legal por el hecho de la incapacidad de obrar le son aplicables sus principios a aquellos supuestos en que la persona se encuentra separada de la administración de una masa de bienes y derechos, como acontece en la herencia y en la masa del concurso. (67)

Ante la división clásica de la representación en voluntaria y legal o necesaria, el Maestro Sánchez Medal considera una tercera categoría: "la representación Judicial", teniendo como antecedente el poder emanado de una resolución judicial. (68)

VII.- CASOS EN QUE NO SE ADMITE LA REPRESENTACION.

En principio, la representación es admisible para toda clase de negocios jurídicos del Derecho Privado, inclusive para los del Registro Civil, según lo establece el artículo 44 del Código de la materia.

Sin embargo, existen negocios que por su naturaleza requieren la intervención personal del directamente interesado y que por consecuencia no pueden admitir la representación.

Tal es el caso del artículo 2548 del propio Código, que así dice: "Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado". Entre éstos figuran el otorgamiento de un testamento, que siendo, "un acto personalísimo", por disposición del artículo 1295 del repetido Código

(+).- Cit.-Pág. 229 y ss.; PLANIOL.-Op.Cit.-Pág. 79, nota - No. 2.

(66).- MESSINEO.- Op.Cit.-Págs.418 y 419.

(67).- Véase VON TUHR.-Op.Cit.- Pág. 250.

indudablemente que no puede ser objeto de la representación; las juntas de aveniencia en los divorcios voluntarios, en lo que de acuerdo al artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, "Los cónyuges no pueden hacerse representar", y, en general, los actos que, como el declarar como testigo en un proceso determinado, obviamente que de ninguna manera pueden ser objeto de la representación. (69)

VIII.- CRITICA GENERAL. NECESIDAD DE ADOPTAR UNA DOCTRINA. CONCLUSION.

Los juristas que han estudiado la naturaleza y los efectos que la representación produce, han dividido la doctrina en razón de que:

Primero: Han elaborado sus estudios fundándose en la premisa fundamental de la voluntad, y han obtenido sus conclusiones basados en las manifestaciones típicas de ella, bien sea en las nociones y principios del contrato, del negocio jurídico y del acto jurídico.

Segundo: Muchos de ellos niegan el que por la doctrina y la técnica jurídica pueda explicarse el porqué de la producción de efectos en la persona de quien no interviene directamente en una cierta relación jurídica; y los que admiten tal explicación se han limitado a atribuir a la voluntad los efectos producidos, al ministerio del ordenamiento positivo, o bien, a ambos pero sin dar una explicación satisfactoria.

Tercero: Han sido congruentes estas ideas a excepción de ciertas doctrinas negativas como la de Duguit (70), en atribuir a la representación el carácter de situación ficticia, y no real partiendo de la observación directa de apremiantes necesidades que imperan en el grupo al que el -

Derecho ha tenido en consideración para el reconocimiento

En suma los juristas, observan, perciben y reflexionan sobre algo que existe sin haber podido dar el paso final de solución.

Las diversas críticas que se han efectuado a las doctrinas de la representación han partido de la base de la voluntad; así, unos piensan que existen ficciones de voluntad, cooperación de ellas, substitución, etc.; y es aquí donde las corrientes contemporáneas elevan sus discrepancias, y ello motivado por la no explicación de otros fenómenos representativos unánimemente aceptados como ocurre con la representación legal de los incapaces.

El llevar la idea de la voluntad y de sus efectos a sus más recónditos extremos, lejos de haber explicado la representación la ha obscurecido. La conclusión del investigador que se apoye en tal base llega al extremo de que no le queda otra guía de solución que la afirmación de que la "Teoría de la Representación" carece de una explicación, o mejor dicho, de una justificación; punto que a nadie convence y que demuestra la no adecuación de los conceptos fundamentales del Derecho aplicados a una institución en particular.

La voluntad en su acepción física viene a constituir una potencialidad humana, aptitud intrínseca que al exteriorizarse actualizándose, previas las etapas producidas en el entendimiento, motiva que en el grupo social que se interrelaciona con el autor de esa voluntad se entienda y comprenda el querer interno de esa persona.

Pero resulta que ese querer interno para ser jurídicamente eficaz requiere de circunstancias o exigencias que el propio grupo social impone a sus miembros, en vista a la ordenación y regulación de una conducta valiosa.

La voluntad en su acepción jurídica no se agota en el --- querer; tenemos que añadir un elemento más: el obrar, y - el obrar en Derecho requiere en múltiples supuestos la ex- teriorización de la determinación volitiva. Por la propia naturaleza humana no todos los sujetos pueden querer u o- brar de la misma manera; es aquí donde el Derecho suple - tal deficiencia, y ello viene a formar una parte importan- te de la función que él mismo desempeña en el vida social.

La evolución jurídica nos muestra que la representa- ción ha nacido debido a necesidades socioeconómicas; pero tal dato resulta común y muy general, pues lo mismo puede ser afirmado de todo lo que el Derecho ha procurado a los destinatarios de la normatividad. Nuestros Códigos Civiles, fundándose en las incapacidades de obrar han erigido y re- gulado instituciones que la propia sociedad ha erigido; - la tutela, la patria potestad, etc., no son sino exigen- cias que justamente interesan al Derecho. Ante esas situa- ciones no va a esgrimir el Derecho, so pena de injusticia, la prevalencia de la autonomía decisoria en los padres, - ni consagrará el absolutismo potestativo del tutor. Las - limitaciones impuestas a la voluntad no son injustifica- das en la medida que sean necesarias para la satisfacción del interés común; cuando son justas reflejan el verdade- ro ideal de la libertad, ello nos vendrá a demostrar nítí- damente la eficacia de la generalidad con la que es apli- cada la norma.

Es importantísimo el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas, pero por no consti- tuir un concepto inmutable el devenir jurídico lo ha he- cho objeto de revisión. Conocida resulta su significación expresada en la fórmula de que todo lo que no está prohi- bido está permitido.

La autonomía de la voluntad debe entenderse como el reconocimiento que el orden jurídico concede a la aptitud de los sujetos de realizar actos jurídicos con eficacia. Sus límites deberán quedar encuadrados en posibilidades de actuación que no impliquen la intromisión en los intereses que el Derecho reconoce respecto a los terceros, en atención al interés social que protege y defiende. En tanto se respete el orden jurídico, la voluntad resultará idónea para producir el efecto querido.

Emilio Betti después de analizar las figuras afines de la representación llega a la siguiente conclusión: -- "...la representación corresponde siempre a la actuación de la autonomía privada", y apunta, como presupuesto específico de aquella al poder. En opinión de este autor, la representación legal se explica no bajo los principios de la autonomía privada, sino bajo el desarrollo de las ideas de "oficio o cargo de Derecho Privado". "en el oficio de Derecho Privado se ejerce, aún si en nombre propio una función en interés ajeno, conforme a un deber y en virtud de un poder propio;...". Concluye: "La representación necesaria postula, conceptualmente, un cargo de Derecho Privado que se enlaza a una relación familiar o una providencia del juez; pero, inversamente, puede existir cargo sin representación". (71)

De aquí puede deducirse:

- 1o. que la representación voluntaria se explica con fundamento en el negocio jurídico por implicar esta noción la más alta expresión en el concepto de la autonomía de la voluntad.

- 2o. que la representación legal o necesaria se explica por el oficio o cargo de Derecho Privado.
- 3o. que no se explican igualmente.

El pensamiento de este distinguido jurista nos merece un encomio, que divide el problema de la representación dando a cada una de sus categorías reglas propias y diferentes, por partir, asimismo, de supuestos también diferentes; no va a pretender explicar la representación en general siguiendo únicamente los lineamientos de la voluntad. Dada la índole monográfica de su obra, no se ocupa a fondo de la representación legal o necesaria, y cita como especialista en tal problema a Messineo.

En el tercer capítulo del presente estudio profundizaré en las brillantes reflexiones de Betti sobre el negocio jurídico. Sin embargo, debe dejar aquí apuntado, -- que tal concepto nació en Alemania y se extendió a Italia, y que su noción no está arraigada entre los juristas mexicanos.

La representación voluntaria y la representación legal poseen de común, permitiéndose la redundancia, el ser representación; el concepto más general de ésta debe necesariamente abarcar a ambas. La división de la representación no ha estado exenta de críticas; así se ha dicho que la voluntad en forma aislada no es idónea para producir -

-
- (69).- OKTIZ URQUIDI, Raúl.-"Derecho Civil".-Parte General 2da. Edición.-Porrúa.-Pág. 262.-MEXICO, 1982
 - (70).- Vid. BORJA SORIANO, Manuel.-Op. Cit.-Pág. 281
 - (71).- BETTI, Emilio.-"Teoría General del negocio jurídico" 2da. Edición.-Trad. por A. Martín Pérez.-Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.-Págs. 429, 431 y s; 440 y 441.

efectos, y por ello la representación siempre tiene el carácter de legal. Este último argumento nos viene a corroborar la necesidad de explicarnos nuestra institución en base a conceptos y principios más generales que los que han empleado, como punto de partida, los demás tratadistas.

Pero antes de exponer nuestras ideas, pienso que es conveniente hacer algunos comentarios a la "Teoría de la Representación" que en la actualidad prevalece.

El Maestro Borja Soriano considera que la teoría que nos explica mejor la representación desde el punto de vista doctrinal es la de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante. Considera, en forma acertada, que los artículos de nuestros códigos de 1884 y de 1928 proceden del Código Civil de 1870; época en la que prevalecía la teoría de la ficción; y propone que la interpretación de nuestros preceptos vigentes se hagan a la luz de tal doctrina, siguiendo los lineamientos de Geny. (72)

(72).- BORJA SORIANO.-Op.Cit.-Pág. 287.

"Teoría de la ficción...411.Geny... ha parecido -- que convenía reconocer directamente, mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer, en la persona de un tercero, los derechos creados por la voluntad de un contratante que se convierte así en extraño a sus propios actos... no se puede escapar a la dificultad, sino a aceptando aquí la ficción de la representación por otro, de la cual se apartarán los excesos, sometiéndola a las circunstancias y condiciones necesarias...". Más adelante, continúa el autor: "Geny adopta una posición intermedia, entre los defensores y los disidentes de la Teoría de las ficciones en Derecho, diciendo que hay que conservar la ficción evitando las exageraciones y los abusos". (Op.Cit.-Pág. 281)

Por otra parte, Bonnecase ha sostenido que la única fuente de las obligaciones es la ley; una doctrina general nos lleva a afirmar que es parcial dicha afirmación, pues en la ley no se agota el Derecho. Prueba de ello lo encontramos en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que ordena que las decisiones por los órganos jurisdiccionales civiles deberán ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y permite faltando ésta, la fundamentación en los principios generales del Derecho. - Tal disposición es reproducida por el artículo 19 del vigente Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Nuestro Código Civil trata de la representación en los artículos 1800, 1801, y 1802 (preceptos que corresponden, respectivamente, a los numerales 1283, 1284 y 1285 del Código Civil de 1884). (73)

(73).- "Artículo 1800.- El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado". Este precepto consagra la representación voluntaria. La crítica fundamental que se hace a este artículo consiste en que no señala la situación de los que son "inhábiles" para contratar. Conforme al artículo 1798 son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley (la capacidad es la regla, la incapacidad la excepción).

El artículo 450 nos dice quienes tienen incapacidad natural y legal (menores de edad, locos, idiotas, imbéciles, sordomudos, analfabetas, ebrios -- consuetudinarios y drogadictos). Las incapacidades legales especiales se encuentran dispersas en nuestro código.

"Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley". El precepto aludido, interpretado a contrario sensu, nos diría que sólo cuando se esté autorizado por una persona o por la Ley se podrá contratar v_á

La Teoría de la substitución real de la personalidad del representado por la del representante, ha sido criticada. Se ha dicho que es incompleta, que no explica ya no digamos a la representación legal, sino ni aún a la voluntaria, y en concreto la figura del mandato representativo donde el mandatario obra con el poder, es decir, con instrucciones expresas a las cuales debe ceñirse y por ello, se ha dicho que es en realidad la voluntad del representado la que concurre a la formación del negocio jurídico. Esto nos viene a demostrar el círculo vicioso en que se ha incurrido, pues pensándose que con esta Teoría se salvaban las ficciones en Derecho, se vuelve, por otro lado, a ellas.

La substitución se entiende como un obrar en el lugar de otro. Así se habla de substitución en el mandato, donde el mandatario puede, si tiene facultades para ello, hacerse substituir por otro (véanse artículos 2547, 2575 y 2576 de nuestro Código Civil vigente).

El representante obra en nombre de otro, no en su lugar. Es aquí donde resulta criticable el hablar de substituciones de voluntad como elemento específico y esencial de la representación.

Valiéndose la repetición, podemos decir que la voluntad es un factor psicofísico de la persona; sin embargo, no debe confundirse con su exteriorización. El representante declara su propia voluntad; el tercero que con él negocia conoce, por la acepción material del poder de representación, las instrucciones y las autorizaciones recibidas; por ello es dable afirmar que tanto el representante como el tercero ostentan la "contemplatio domini", a la cual ya nos hemos referido.

Decir que cuando existe el poder de representación -

es, en realidad, la voluntad del representado la que concurre, implica el absurdo de pretender que una relación jurídica representativa pudiera establecerse entre dos -- personas por intermedio de un "pedazo de papel o documento" llevado o transmitido por un mensajero o nuncio, lo cual implicaría que el representante fuera un mero instrumento de la voluntad ajena; se confundirían ambas figuras (nuncio y representante) y se llegaría a retroceder en el desarrollo del derecho de representación.

Es muy distinto afirmar que el representante manifiesta solamente, por instrucciones expresas, la voluntad del representado, que afirmar que el representante manifiesta su propia voluntad restringiéndola a ciertos límites, en atención a la relación que motivó el apoderamiento. El representante se autorestringe voluntariamente al -- aceptar el poder, pues el acto sólo puede ser realizado -- en los términos precisados, pero la voluntad sigue siendo la del representante y pese a que los términos en que se exprese un poder coincidan o no con el querer interno o -- voluntario del representado (en el capítulo siguiente seña-

(+).- lidamente con efectos en la esfera jurídica de quien no intervino en la celebración del acto.

"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 los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha 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 contrató". La disposición imperativa contenida en el artículo 1801 viene a quedar contradicha con el infortunado precepto contenido en este artículo 1802.

laremos expresamente las relaciones y diferencias que -- existe entre el poder, la representación y el mandato).

La teoría que venimos comentando tampoco explica la representación legal, pues resulta incongruente afirmar -- que el representante legal sustituye la voluntad del incapaz.

La elaboración de nuestro Código Civil de 1928 tuvo como antecedente político el movimiento revolucionario; -- su Exposición de Motivos señala expresamente, como punto de orientación, la firme creencia de elaborar lo que se ha dado en llamar Derecho Privado Social. Ante tales acontecimientos, viene a resultar la intervención directa y cada vez más frecuente del Estado en las relaciones privadas; el Derecho viene a quedar publicizado; la justificación de ello es materia propia de la Ciencia Política y -- de la Filosofía del Derecho. El somero esquema anterior -- nos lleva a reconocer la insuficiencia de lo que ha venido a ser limitado; la voluntad.

Por mucho tiempo el contrato de mandato y la representación vivieron confundidos; no se explicaba el uno -- sin el otro. Su separación conceptual ocurre en el siglo XIX, gracias a Ihering y a Laband. Ello vino a demostrar que la representación no se explicaba por la figura general del contrato, y, específicamente, por el mandato; las reglas de éste no vendrán a ser más aplicables a aquella.

De aquí que el entorno jurídico haya puesto su atención ya no en el contrato, sino en el acto jurídico o en el negocio jurídico, pues en ambas figuras la voluntad -- aparecía con suma potestad, dentro de sus límites pertinentes, para el reconocimiento jurídico. Pero se llegó a la solución del problema, pues si bien dichas nociones -- explicaban la representación voluntaria, no acontecía lo

mismo con la representación legal. Aquí las pretendidas doctrinas generales sobre la representación en Derecho -- Privado se quebrantaban y ello motiva al estudioso para encontrar una solución que armonice lo que para todos debe de entenderse por representación, pues aún no obteniéndose una satisfactoria teoría general, se intuye que el "substratum" en ambas representaciones es el mismo.

La "trama" de la vida del Derecho le denomina De Pina al mundo de los hechos trascendentes al derecho. El hecho, en general, consiste en una modificación del mundo exterior, y se le califica de jurídico cuando viene a ser precisamente el Derecho el interesado en procurarle o reconocerle los efectos o consecuencias.

Nuestra explicación a la representación en general girará en torno a dos conceptos jurídicos fundamentales: el hecho jurídico en sentido amplio y en la legitimación.

La doctrina que aceptaremos para la explicación del hecho jurídico en sentido amplio es la predominante en -- Francia, su noción en nuestro medio tiene hondas raíces; para ello seguiré la clara sistematización que el Maestro García Máynez ha logrado:

"Los Hechos Jurídicos pueden consistir en hechos o estados de hecho independientes de la voluntad humana, o en acciones humanas voluntarias e involuntarias". (73). -- Como ejemplos de los primeros tenemos el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte.

La modificación que produce el hecho no siempre se identifica con el concepto de la realidad sensible, sino aún abarca la otra cara de la realidad: la inteligible; -- así, un hecho meramente físico, como el caso fortuito, o una relación incorpórea físicamente como la obligación -- traerán consecuencias en la medida que el derecho las re-

conozca o imponga; y se impondrán o reconocerán, lógicamente, en tanto cuanto se refieran a los destinatarios -- de la norma de derecho con vistas al fin perseguido (principio de la juricidad).

Lo hechos jurídicos en sentido amplio divídense en -- actos jurídicos y en hechos jurídicos. Los actos jurídicos se dividen en unilaterales y bilaterales; y los actos bilaterales se dividen en convenios y en contratos.

Los hechos jurídicos se dividen en hechos físicos o involuntarios y hechos jurídicos en sentido estricto o -- voluntarios. En Francia se habla, como ejemplos de éstos últimos, de los cuásicontratos, delitos y cuasidelitos. -- Tal conceptualización, en éste último punto no coincide con -- nuestro Derecho Mexicano, pero independientemente de las subdivisiones de los hechos jurídicos en sentido estricto puede afirmarse que se dividen en voluntarios e involuntarios, en ambas las consecuencias son las mismas; los efectos se siguen independientemente de la voluntad. Cosa muy distinta ocurre en el acto jurídico: las consecuencias se siguen por voluntad de la o las partes.

La representación, tanto la voluntaria como la legal, poseen el "substratum" de ser un hecho jurídico en sentido amplio. Su diferencia específica es que la primera nace del acto o negocio jurídico y la segunda del hecho jurídico en sentido restringido. (strictu sensu).

Afirma Carnelutti que el acto jurídico, en comparación con el hecho jurídico, viene a resultar una noción -- de especie. (74)

Un concepto íntimamente unido al hecho jurídico, pero diferente de él, es el supuesto de hecho. Recordando -- algunas nociones podemos decir que toda norma jurídica es una regla obligatoria que impone un deber (75), y de la --

y de la cual surge un derecho (Derecho Subjetivo). Formalmente: "es un juicio de valor en modo imperativo que atribuye a un supuesto una consecuencia". (76)

De lo anterior se infiere que en la norma se distingue:

- a) Su supuesto o hipótesis, o sea la posibilidad de realización en el mundo exterior.
- b) Su realización.
- c) Intimamente unida a la realización prevista en la hipótesis vendrán las consecuencias que el Derecho Positivo prevea para tal conducta. En esto último descansará la idea de la juricidad.

García Máynez (77) opina que la relación entre la realización de la hipótesis normativa y las consecuencias constituye una relación necesaria, a diferencia del supuesto o hipótesis con la realización, donde la vinculación es contingente (el supuesto pudo haber sido uno u otro).

Representación resulta ser la acción de representar; por lo tanto, aquella es el hecho jurídico, mientras que lo segundo es el supuesto de hecho; en otras palabras, la hipótesis es el representar, mientras que la realización de la hipótesis es la representación.

Madray y Bonnacase, como anteriormente tuvimos ocasión de señalarlo, encuentran en el mecanismo del acto jurídico la solución a nuestro instituto. Tal afirmación es en mi parecer, valiosa pero incompleta. Decir que el fundamento de la representación está en el acto jurídico es decir mucho (porque anteriormente se le ubicaba en el contrato) y es decir poco, pues la representación parte aún de supuestos en que, o bien no existe voluntad o, más aún, pese a la oposición de la misma se da un auténtico fenó--

meno representativo, como ya hemos apuntado respecto de la representación legal.

La capacidad de goce o de derecho, viene a ser un atributo de la persona; y se es persona, siguiendo a nuestro Código Civil, desde que se nace hasta que se muere, - pese a que desde antes las leyes. (Art. 22). El art. 23 - del Código citado se refiere precisamente a la forma a la que el Derecho ha recurrido para salvar el obstáculo de la incapacidad de obrar o de ejercer de las personas físicas: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

El artículo 24 nos señala a la mayor edad como el acontecimiento necesario para que el individuo pueda disponer libremente de su persona y de sus bienes, con las limitaciones establecidas por la Ley.

La distinción entre hechos y actos jurídicos tendrá como fundamento la valoración que el Derecho tenga reservado a un hecho cualquiera; si el Derecho reconocer una voluntad y una conducta y en base a ella le atribuye efectos, se estará en presencia de un acto jurídico; a la inversa, si el Derecho toma en consideración el hecho "natural" y desliga, por el momento, toda referencia a la voluntad, se estará en presencia de un hecho jurídico en sentido restringido.

(73).- GARCIA MAYNEZ.-Opc.Cit.-Pág. 183

(74).- CARNELUTTI, Francesco.-"Lecciones sobre el proceso penal".- Tomo III.-Trad. por Santiago Sentís Melendo.-Págs. 7 y 8.

El hecho jurídico en sentido lato se divide, a su vez, en simple y complejo. Es simple aquel que consta de un sólo supuesto fáctico; es complejo el que consta de dos o más. La representación viene a entrar en ésta última categoría

En ambas representaciones (voluntaria y legal) se -- parte del presupuesto esencial de la capacidad de goce; -- sin embargo, los presupuestos subjetivos del representar son distintos: en uno la capacidad y en otro la incapacidad de obrar. El presupuesto objetivo del representar lo venarán a constituir la realización de las hipótesis previstas, los hechos; y aquí se produce la representación, cuyos efectos vendrán a ser los mismos pese a que se haya partido de presupuestos subjetivos distintos.

El siguiente problema que se nos presenta viene a -- ser el investigar que medio jurídicamente reconocido produce que, tanto por la voluntad del representante se afecte el patrimonio de su representado; y cómo los terceros, -- conociendo el poder de representación (convencional o legal) quedan vinculados con quien no intervino personalmente en el negocio.

La solución, a mi parecer, nos la da la doctrina de la legitimación. Carral y de Teresa, citando las ideas de J. Ladaria Caldentey ("Legitimación y Apariencia Jurídica" --Barcelona, 1952), nos dice: "Legitimar, según el diccionario, es justificar conforme a las leyes la verdad y la calidad de una cosa. Lo legítimo es lo que está conforme a las leyes, lo que es genuino y verdadero... Pero en un sentido jurídico más preciso y técnico: Legitimación es -- el reconocimiento hecho por la norma jurídica, del poder de realizar un acto jurídico con eficacia". (78)

La legitimación, a diferencia de la capacidad y la incapacidad de obrar es, a la vez, objetiva y subjetiva.

La legitimación, como acertadamente la entiende el Maestro Sánchez Meda (79) es un presupuesto legal de eficacia. . El Derecho legitima a la persona que ha reunido los requisitos necesarios para comportarse debidamente. La capacidad es cualidad previa a la legitimación, pues el Derecho no legitima los actos de quienes no son capaces. El representante legal queda legitimado en atención a que el ordenamiento positivo impone y reconoce, a la vez, la idoneidad de su actuación para hacer eficaces los actos celebrados a nombre de su representado. La legitimación se proyecta hacia el caso concreto que se pretende realizar; -- consecuencia de esto último viene a ser que en múltiples supuestos, pese a que se tenga la capacidad de obrar, el Derecho no venga a legitimar el acto concreto que los autores del mismo se propusieron alcanzar.

Del concepto de la legitimación se desprende que explica satisfactoriamente los supuestos que vienen a ser de la voluntad de la o las partes el "móvil motor" del -- reconocimiento jurídico. El Derecho legitima, asimismo, -- la actuación de los llamados representantes legales, pero con la diferencia específica de que en éstos últimos supuestos la creación de la representación se produce únicamente por ministerio de la ley y sin que la voluntad tenga necesariamente que manifestarse.

Ante ello podría afirmarse que son dos diferentes he

(75).- Vid. PRECIADO HERNANDEZ: "...el deber constituye -- la estructura real o el contenido de toda norma".-- Op.Cit.--Pág. 81

(76).- IDEM.- "Siendo la norma la expresión imperativa de una relación necesaria moralmente, su estructura -- formal o lógica corresponde a la de un juicio..." Op.Cit.--Págs. 78,119 y ss.

(77).- GARCIA MAYNEZ.--Op.Cit.--Pág. 175.

chos jurídicos los que el Derecho reconoce para atribuir las mismas consecuencias; en uno, la voluntad idónea de la persona capaz queda legitimada, en la otra se prescinde, en cuanto a la creación de la representación, de la idea de la voluntad. Por ello pueden presentarse dos hipótesis:

Primera: La representación voluntaria y la representación legal son dos realidades diametralmente opuestas en atención al diferente presupuesto subjetivo que se tuvo en consideración, por lo que cada una de ellas obedece a reglas particulares y pese a que, objetivamente, produzcan las mismas consecuencias.

Segunda: Con fundamento en que las consecuencias son las mismas, ambas realidades deben quedar reducidas a un común y último denominador que justifique ampliamente los mismos efectos.

En el desarrollo de ideas que he expuesto, pienso conciliar ambas posturas.

La utilidad práctica de la división de la representación en voluntaria y legal es indudable, pues sirve de un sólido punto de partida que delimita ambas realidades; pero cierto es también que poseen un mismo "substratum", pese a que se manifiestan en forma diferente.

Dentro del desarrollo de la moderna Teoría del Negocio jurídico se ha afirmado que, en atención a una legitimación ordinaria y directa, deben quedar adecuados el sujeto que quiere el efecto (el autor o autores) y el que lo resiente (sujeto del interés). Tal principio no viene a ser obstáculo para que en múltiples ocasiones el sujeto que resiente los efectos o consecuencias no sea el mismo, no coincida con la persona del querer o autor. Se dice --

que ello resulta eficaz en atención a una legitimación ordinaria pero de carácter indirecto. En la Representación el Derecho legitima indirectamente a la persona que ni -- sufre ni se aprovecha del efecto producido y ello queda -- motivado por el interés tutelado.(80)

La voluntad no es exclusivamente la fuente de la legitimación, sino que aquella se legitima cuando se adecua a Derecho.

La representación voluntaria encuentra su fundamento inmediato en las nociones, bien sea del acto jurídico o -- del negocio jurídico.

La representación legal es un hecho jurídico en sentido estricto.

En cuanto a la actuación del representante, es pertinente afirmar que éste manifiesta su propia voluntad, -- no la sustituye. La voluntad del representante legal que produce efectos en el patrimonio de su representado, que no intervino en el acto, se nos viene a mostrar como la -- más fiel expresión de tutela y protección, por parte del orden positivo, a una situación de incapacidad derivada -- del hecho mismo del nacimiento, del no cumplimiento de -- ciertos requisitos o bien, que debido a factores congénitos o patológicos, el individuo no pueda comportarse debidamente en el grupo social. Queda fuera de lugar el problema de si el incapacitado tiene o no voluntad; lo objetivo resulta ser que su persona no es idónea para producir actos jurídicos eficaces, con las excepciones establecidas por la ley. La ley legitima al representante legal,

(78).- CARHAL Y DE TERESA, Luis. - "Derecho Notarial y Derecho Registral". - 2da. Edición. - Porrúa. - MEXICO, 1970
Pág. 251.

tanto al conferirse el poder de representar como en el -- desarrollo de la gestión representativa.

El acto jurídico y el hecho jurídico en sentido es-- tricto participan de una naturaleza común:

Primero: Se comprenden en un concepto más amplio, que -- es la noción del hecho jurídico en sentido lato.

Segundo: Participan del reconocimiento jurídico (legiti-- mación).

El hecho jurídico en sentido amplio es una noción -- más extensa que el concepto de la representación; sin em-- bargo, es un pilar sólido para la conclusión satisfacto-- ria de los fenómenos representativos.

(79).- SANCHEZ MEDAL, Ramón.-Op.Cit.-Págs. 48 a 50.

(80).- Véase: CAHRA Y DE TERESA.-Op.Cit.- Pág. 252

CAPITULO TERCERO

LA REPRESENTACION VOLUNTARIA

SUMARIO :

- I.- El negocio y el acto jurídico .
- II.- El poder de representación .
- III.- Diversas especies de representación voluntaria :
 - 1.- Representación directa .
 - 2.- Representación indirecta .
- IV.- Poder de representación y representación indirecta .
- V.- Los efectos directos , indirectos y reflejos de la representación .
- VI.- Crítica y conclusión .

CAPITULO TERCERO

LA REPRESENTACION VOLUNTARIA

I.- EL NEGOCIO Y EL ACTO JURIDICO .

Congruente con las ideas de Betti, Neipp distingue entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto. Los negocios jurídicos vienen a ser la más alta expresión de la autonomía jurídica privada, resultan : "el medio jurídico más eficaz con que provee el particular a una autoreglamentación de sus propios intereses, presentan siempre una sustancia material cuyas modalidades pueden ser siempre fijadas de manera más o menos extensa, libremente por sus autores". La diferencia específica entre ambas figuras vendrá a consistir en que : "...en los negocios, es siempre posible a su autor decidir acerca de la oportunidad o no de concluirlos, - el paso que los actos jurídicos en sentido estricto no es - infrecuente el caso de que el sujeto esté taxativamente obligado a cumplirlos" . (81).

Hans Kelsen, partiendo de sus nociones sobre el derecho subjetivo privado, afirma que por el negocio jurídico del contrato las partes intervienen en la formación de la voluntad estatal : "...pues en ese hecho --conocido con el nombre de 'autonomía privada'-- no existe otra cosa que una delegación de la Ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales, es decir, para continuar el proceso de creación jurídica". (82).

(81).-NEIPP.-Op. Cit.- Págs.150,151 y 152;y en el mismo sentido véase a Messineo.- Op. Cit. Tomo 11,Pág. 333.

(82).-Cit. Por GARCIA MAYNEZ.-Op. Cit.- Pág.203.- Kelsen.-Teoría General del Estado traducido por Legaz-Lacambra,Pág." 200.

A. Martín Pérez, en el Prólogo de la obra de Betti, nos dice que la voluntad en el negocio jurídico pasa a un segundo plano : "decir que el negocio es manifestación de voluntad es, mas aún que incorrecta, insuficiente", y por su parte, Betti afirma que tal definición del negocio, en atención en forma - exclusiva a la voluntad, es producto de un verdadero "dogma"; la esencia del negocio jurídico vendrá a ser la autoregulación de intereses propios que tiene dos elementos esenciales: el querer y el actuar objetivamente . (83).

La norma jurídica posee un supuesto de hecho ("fattispecie") y una consecuencia (efectos producidos) . Las consecuencias en Derecho serán, como atinadamente opina Betti, -- creaciones del espíritu humano con vistas a una reacción sobre la realidad social . (84).

A esta necesidad se le ha denominado el enlace de causalidad en lo jurídico, pero debe utilizarse ese término (el de causalidad) con las debidas reservas, ya que su empleo se ha - motivado con el símil de las consecuencias jurídicas y los - efectos propios de las ciencias de la naturaleza . Reconoce Betti que las normas de Derecho Privado frecuentemente están orientadas a resolver los conflictos de intereses interindividuales .

Para la elaboración de la Teoría del Negocio Jurídico se ha partido de la base de que, antes de que exista cualquier regulación normativa por parte de un orden jurídico - positivo, se dan relaciones meramente de "iniciativa privada"

(83).- BETTI .- Op. Cit. Pág. 22 .

(84) .- IDEM .- Pág.5.

o de "autoregulación de intereses". Viene a sintetizarse tal pensamiento en que antes que el Derecho Positivo sancione -- una conducta, la conciencia social, el uso y la buena fé han podido contribuir a una relación el carácter de vinculatoria, cuando el Derecho reconoce el ámbito en que se desarrolló -- tal conducta de autonomía privada, la sanciona o reconoce y el hecho resulta ser un negocio jurídico . Indudablemente -- que nuestro Derecho Positivo reconoce la autonomía privada, pues es la base de la vida jurídica negocial . La autonomía privada se muestra como un reconocimiento a la libertad, pero libertad jurídica no es libertinaje, de donde resultan las - limitaciones impuestas .

Ha afirmado Betti que es necesario, para la eficacia - vinculante reconocida al negocio, que el sujeto del mismo se identifique o coincida con el sujeto del interés del propio negocio, admitiendo que excepcionalmente se reconoce una ingerencia en asuntos ajenos . (85).

II.- EL PODER DE LA REPRESENTACION . (86).

Para la existencia de la representación voluntaria se requiere, como elemento fundamental, la manifestación de una voluntad cuya exteriorización concede a una persona (el re-- presentante) el poder de actuar en el nombre y por cuenta de

(85).--BETTI.- Op. Cit.-Pág.24.- La definición que nos da el autor del negocio jurídico es la siguiente: "...es el acto con el cual el individuo regula por sí solo los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo..."

(86).--Para TRABUCCHI.- Op. Cit.- Tomo 11, Pág.155. "...el poder de representación puede encontrar su origen en la ley (representación legal de los incapaces y de las personas jurídicas; denominada también esta última representación intitucional u orgánica), o en la voluntad del dominus mediante el negocio jurídico del poder".

otro (el representado). Tal requisito del poder obedece a la naturaleza intrínseca de la idea de la voluntad y de los efectos que ella produce, viniéndose a ubicar el fenómeno en el mecanismo del acto jurídico.

Se desprende la necesidad de distinguir el poder de representación del negocio en el que aquel se da. Esto nos permite distinguir el mandato como contrato y la representación, entendida ésta última como una posibilidad o una obligatoriedad, bien sea contenida en el contrato o bien pudiendo subsistir con independencia de él.

El poder de representación tiene como función principal, el ser un acto de comunicación proyectado al mundo de los terceros. La representación no debe quedar "inter partes", sino trascender, atenta su finalidad, a la facilidad, conveniencia o comodidad de atribución de efectos por una declaración ajena en la órbita jurídica del poderuante y vinculando a éste y sólo a él, frente a su contratante. (87)

El poder de representación posee límites; éstos se vienen a identificar con las restricciones a la propia voluntad pudiendo ser materiales o formales.

Decimos restricciones materiales, porque no toda la actuación en la vida jurídica puede desempeñarse a través de

(87).- BETTI.-Citado por NEIPP.-Op.Cit.-Pág.109.-Sostiene -- que el poder de representación es "el medio de transmisión de la eficacia jurídica de un negocio llevado a cabo por un sujeto (representante), a otro sujeto (representado). Betti.-Teoría Generali del Negozio Giuridico.-Pág. 653 "Poder es la facultad de representación otorgada mediante negocio jurídico".(LEHMANN.-Op.Cit.-Pág.454)."Llámase poder a la autorización que el representado da al representante por medio de un negocio jurídico para que contrate en su nombre" (VON TUHR.-Op.Cit.-Pág.234)

de un representante, vgr, los actos personalísimos, como el testamento .

Decimos restricciones formales, porque el poder de representación deberá manifestarse, para su eficacia, en la forma prevista por la ley .

El ámbito legal de validez del poder de representación se originará y desarrollará, paralelamente, a lo que el legislador haya reservado a la esfera del particular, como consecuencia de la cada vez más frecuente limitación a la autonomía absoluta en la voluntad .

El actuar volitivo, junto con el objeto y el fin perseguido, llegan a formar un todo al que el Derecho imputa consecuencias . La volición, al querer interno no exteriorizado, es imposible de tener relevancia jurídica . No se regula el fuero interno de la persona, pero cierto es que las situaciones objetivas creadas por la voluntad son contempladas teniendo en consideración ése querer interno; la presentación del hecho exterior nos lleva a entender y comprender lo que la volición se propuso . En este sentido sí interesan al Derecho las actitudes subjetivas; prueba de ello lo tenemos en los conceptos de buena y mala fé en la contratación .

Debemos distinguir tres conceptos íntimamente unidos pero claramente diferenciados :

- A) Procura u oferta de poder .
- B) El poder de representación propiamente dicho .
- C) La gestión representativa .

La procura o conferimiento de poder viene a resultar una declaración unilateral de voluntad del poderdante; una autorización en sentido genérico .

El poder de representación es el resultado de ésa autorización en la órbita del apoderado. Este es libre de aceptar o no el poder; mientras no se produzca la aceptación o el conocimiento de la autorización, se presenta la imposibilidad práctica de cumplir, respecto a terceros, los actos al apoderado encomendados. El poder, por ser producto de una sola voluntad, existe independientemente de la aceptación -- del apoderado; existe , pero si no se acepta está condenado irremediabilmente a ser ineficaz.

Al aceptar el poder debe el apoderado cumplir con el -- encargo recibido . El poder de representación trasciende a -- la esfera de las partes para hacer conocer a los terceros -- que con el apoderado negocien, el carácter con que éste actúa, o sea obrar a nombre y por cuenta ajena (contemplatio -- domini).

Toda representación supone la existencia de un poder, -- pero sin confundirse con éste; el poder consiste en la facultad de representar; la representación en la acción de representar, o sea el ejercicio de la facultad o poder conferido.

El poder de representación viene a ser un verdadero derecho subjetivo por el que, ante el derecho jurídico en sentido amplio de la acción de representar o representación, -- concede a tal actuación reconocida por una norma, efectos -- idóneos por virtud de la legitimación.

Ha sido en la dogmática jurídica muy polémica el concepto del derecho subjetivo . Bernardo Windscheid afirmaba que consistía en el poder o señorío de la voluntad reconocido -- por el orden jurídico; y Rudolf Von Ihering expone su doctrina del interés jurídico protegido, en oposición a las ideas de Windscheid . Jellinek viene a afirmar una teoría --

eclética por la que pretende unificar los criterios de Windscheid y Vón Ihering; y Hans Kelsen identifica el derecho subjetivo con el derecho objetivo. (88)

Por ser la Tesis Kelsiana la más atractiva por su doctrina logicista, bástenos con seguir la crítica que ha efectuado el Maestro García Máynez.

La Tesis de Kelsen nos lleva a confundir la norma y la facultad. "La circunstancia de que todo derecho derive de una norma no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El Derecho Subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona..." . Un ejemplo muy claro y precisamente en nuestra materia de Derecho Privado, nos lo proporciona -- García Máynez al tratar de la división de las obligaciones -- en civiles y las naturales. En ambas existe el Derecho Subjetivo, pese a que en las segundas no sean exigidas judicialmente, pero, el que paga una deuda prescrita no puede repetir contra su acreedor. Concluyendo su crítica afirma el -- Maestro: "Lo único que podemos decir, tratándose de los derechos de crédito, como de cualquiera otros, es que el Derecho Subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, o varias, o de todas las personas" . El Derecho Subjetivo, o facultad derivada de la norma, implica la posibilidad de actuar o de omitir lícitamente algo por parte del titular. Sucede que el representante voluntario tiene la facultad, por su propio derecho, de hacerse representar: "La esencia de todo derecho estriba en una posibilidad jurídica --no un interés ni un querer-- sino un estar autorizado o ----

facultado para hacer o no hacer algo, en aquellos casos en -- que se dan los supuestos que condicionan el nacimiento del -- mismo derecho" . (89)

En el rubro "abuso de un poder de representación", analiza Betti, las figuras del contrato consigo mismo y el su-- puesto del representante y de los representados . Reconoce -- tal autor que a pesar del conflicto objetivo de intereses, -- no existe "abuso de representación" cuando la situación haya sido prevista y aceptada anticipadamente por el o los repre-- sentantes mediante específicas autorizaciones . (90)

La Doctrina moderna ha separado, acertadamente, las --- nociones de poder, representación y mandato . El mandato vie ne a ser una figura típica en la que puede o no existir el -- poder de representación . El poder, repetimos, es facultad -- o autorización; mientras que en el mandato cobran preeminen-- cia, por su carácter autónomo, las relaciones obligatorias -- de las partes.

En nuestro Derecho el Maestro Sánchez Medal ha diluci-- dado perfectamente las tras nociones apuntadas, así nos dice: lo.- Puede existir el poder (entendido como facultad) y no -- existir representación (actualización o ejercicio de la fa-- cultad) ni mandato.

Vgr. El tutor que tiene el poder legal para dar en arrenda-- miento por un año un inmueble de su pupilo, se abstiene de -- celebrar el contrato y prefiere esperar un tiempo.

2o.- Puede existir poder y representación, pero sin mandato.- Vgr. Un padre que a nombre de su menor hijo cobra y recibe --

(89).- GARCIA MAYNEZ.-Op.Cit.-Pág.196,197 y 200

(90).- BETTI.-Op.Cit.-Págs. 449 a 455.

el pago de un legado a favor de dicho menor .

3o.- Puede existir poder, representación y mandato .

Vgr. El mandato representativo .

4o.- Puede existir un mandato sin poder ni representación .

Vgr. Cuando el mandante expresamente no ha facultado al mandatario para que obre a nombre de él, sino que una y otra -- parte han convenido en que los actos jurídicos sean realizados por el mandatario a nombre propio y sólo por cuenta del mandante . (91). Sobre éste último supuesto se desarrollará el capítulo tercero del presente estudio .

III.- DIVERSAS ESPECIES DE REPRESENTACION VOLUNTARIA .

"...se puede ocupar el lugar de otro de dos modos, que dan lugar a dos clases diversas de representación:

1.- Representación directa . En la que el representante realiza el acto a nombre del representado, de tal modo -- que los efectos se producen de manera automática para éste último .

2.- Representación indirecta . En la que el representante realiza el acto en nombre propio, aunque por cuenta de otro, de tal modo que los derechos y las obligaciones se -- producen en el representante, siendo preciso un nuevo acto (cesión, asunción de deuda, novación, etc.) para derivar

(91).- Véase . SANCHEZ MEDAL .- Op. Cit.- Pág. 223 .

esas consecuencias en el representado" . (92).

En la anterior cita vemos que la representación voluntaria se ha dividido, por los efectos que produce, en directa e indirecta . En la primera --se dice-- por la actividad del representante, o sea, por su poder de representación, --actuando a nombre y por cuenta de su representado, se producen los efectos del acto inmediatamente en la persona de --este último . En la segunda se contempla el supuesto en que el representante negocia en nombre propio y por cuenta o en interés de un tercero; luego, los efectos recaerán en el patrimonio del representante, pero ello sólo en forma inmediata, ya que, en definitiva, será la persona del representado en atención a la relación subyacente, donde se producirán --los derechos y las obligaciones y esto motivado por la transferencia que el representante deberá hacerle por vía de cumplimiento, de las obligaciones por él contraídas .

De Buen, tratando de explicar la naturaleza de la representación indirecta, nos dice: "es una representación que produce efecto entre las partes; pero no respecto del tercero. El representante indirecto queda obligado con la persona con quien convino; pero entre representante y representado - se producen todos los efectos de la representación" . (93).

-
- (92).- CASTAN TOBEÑAS, José.- "Derecho Civil Español, Común y Foral". 10a-Edición.- Tomo 1.-Pág.737.- Reus.- MADRID, 1963.- En el mismo sentido: Neipp, Op. Cit.- Pág.124; Ennecerus, Op. Cit.-Págs. 239 y 240. Lehmann, Op. Cit.- Pág.431. Reconoce que son mejores las expresiones de representación abierta, para la directa; y de representación tácita u oculta, para la indirecta.
- (93).- Citado por Castán Toboñas.- Op. Cit.- Pág.737, nota 1.

No ha existido unanimidad doctrinaria en la división de la representación voluntaria en atención a los efectos que produce. Así, Ennecerus y J. Gaspar Alfaro (94)(95), cántan a Sclossman como el principal impugnador de esta división. Para él, sólo hay una representación, "que consiste en el cuidado de asuntos ajenos a riesgo y por cuenta del interesado. Es improcedente querer distinguir, a tenor de la voluntad del representante y del representado, y a tenor de la manera de producirse exteriormente, si los efectos deben recaer en el representante o en el representado, sino lo decisivo es únicamente el derecho, los puntos de vista objetivos. Los conceptos de obrar en nombre propio y en nombre ajeno carecen de contenido y el concepto del poder se basa en una tautología". Ennecerus, reconociendo la agudeza de la exposición de Sclossman, lo critica, afirmando que la doctrina de la representación para éste autor es de "razón" y que por ello ha tenido muy pocos partidarios.

Otros disidentes de la división de la representación voluntaria son: en Italia, Pugliatti, Parraro y Ravá; en España, Nart y González Enríquez.

Pero pese a las impugnaciones a los disidentes, los partidarios de la división llegan a la conclusión de que la auténtica representación es la directa y que la indirecta es una representación "mediata", "impropia", etc . (96)

(94).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág.240, nota 1.

(95).- ALFARO, J.Gaspar.-"La Representación Indirecta", en Estudios de Derecho Privado.-Vol. 1,MADRID,1962,Págs. 313 y ss.

(96).- Se ha hablado también de una representación de intereses ajenos, distinta a los supuestos de representación indirecta; en el siguiente capítulo tendremos oportunidad de referirnos a la misma.

IV.- PODER DE REPRESENTACION Y REPRESENTACION INDIRECTA .

El poder de representación, como ya lo hemos dicho, es el móvil motor de la representación voluntaria; pero el destinatario del poder es la persona con la que el representado pretende vincularse jurídicamente . La representación no se agota en la única relación de dos partes (representante y -- representado) determinadas que intervienen personalmente . La "ratio" del poder vendrá a consistir en una "contemplatio dominii", que debe existir en el representante y en el ter-- cero que con él negocia; o sea, sabedor éste último de la -- forma en que actúa aquél como razón del vínculo que lo unirá con el representado . (97).

Con la existencia del poder de representación queda di lucidada la relación: el representante, habiendo declarado - por sí pero en nombre de otro, queda, al concluir el acto, - desligado de todo efecto .

Con tal antecedente, el supuesto de la representación indirecta viene a ser la ausencia de ése poder de representación . (98).

(97).- MESSINEO.- Ha calificado de esencial la existencia del poder en la representación voluntaria . (Op. Cit.- Pág. 404).

(98).- " El representant^e indirecto puede obrar asistido de mandato, mas no de poder, son conceptos distintos . El mandato determina las relaciones internas entre gestor e interesado , mientras que el poder trascien- de a los de éste con terceras personas . El mandato obliga personalmente al gestor encargado del

negocio, para lo cual se requiere un contrato, con la consiguiente aceptación del mandatario . El poder, en cambio, le da derecho a contratar con un tercero, en nombre del interesado, o de hacerse cargo de sus declaraciones, para lo cual basta con una manifestación unilateral del "dominus negotii" en que le autorice . Puede otorgarse mandato sin poder --así ocurre en los casos de representación indirecta-- , como también es posible la existencia de un poder sin mandato, basado en un contrato de sociedad o de arrendamiento de servicios . Las relaciones con un tercero, es decir, los efectos de un negocio jurídico celebrado con éste, rigen siempre, exclusivamente por el poder . En Derecho actual si existe poder, el negocio concluido en nombre del representado sólo para éste produce efectos jurídicos .

En otro caso, si el representado en cuyo nombre se contrata no ratifica el negocio después de celebrado -tati habitis- , sólo nacen derechos y obligaciones, así en la legislación romana como en la actual para el falsus procurator; es decir , para el presunto representante" .

(Lenel.-.Citado por Sohm.- "Instituciones de Derecho Privado Romano".- Pág. 225, nota 1 .

Congruente con ésto, Ennecerus na reconocido que en el Código Civil Alemán (BGB), no hay disposición alguna sobre el representante indirecto, "de ahí resulta que sólo él ad-- quiere derechos y sólo él se obliga, en virtud de los nego-- cios con los terceros y que la relación con aquél en cuyo in-- terés contrata se determina únicamente por la relación jurí-- dica, por ejemplo, de mandato o de servicios, que media en-- tre ambos". (99)

El "representante indirecto" habiéndose obligado perso-- nalmente transfiere los efectos del acto de su representa-- do, en atención del cumplimiento de las obligaciones que él contrajo.

Sin embargo, no se debe perder de vista que el posible afec-- tado con tal transmisión puede ser el tercero, mismo que por haber permanecido ajeno a la relación, le es inoponible la - misma que preexiste entre el representante y el representado indirectos. (100)

Aún cuando intente el "representante" ser titular de -- derechos y obligaciones en forma transitoria, o si se quiere momentánea, su relación con el tercero será personal y las -- consecuencias se regirán bajo el principio de la relatividad de los efectos a las partes que celebraron un contrato.

Bien puede afirmarse que el representante está faculta-- do para ceder al representado los derechos derivados del acto

(99).- Sin embargo, el representante podrá ejercitar los de-- rechos del representado cuando tenga poder para ello; y eventualmente, puede contraer obligaciones para con el tercero, como cuando resulta fiador de las obliga-- ciones de su representado.

(100).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág.240.La misma opinión la sos-- tiene LEHMANN.-Op.Cit.-Pág. 431

sin consentimiento del tercero (resuotándose las disposiciones legales sobre incesibilidad); pero cosa muy distinta -- será el que pretendiera trasmitirle las obligaciones; en éste caso es necesario el consentimiento del acreedor, que viene a ser precisamente el tercero .

Las consecuencias que esto traería serían graves para el "representado", ya que se frustraría si "intentio" de hacer recaer los efectos del acto en él y ello motivado en una actuación lícita del tercero; además, ello implicaría la imposibilidad de cumplimiento para con él de parte de su "representante indirecto" .

Pero también podrían ser graves las consecuencias para el "representante", pues habiéndose obligado personalmente con el tercero, quizás haya sido en consideración a su persona por lo que el negocio se pudo realizar; o sea, lo que vino a constituir el motivo determinante de la voluntad del --tercero fué su calidad o cualidad (contrato intuitae personae).

En los supuestos de la representación "indirecta", la voluntad del que actúa en nombre propio, si bien por cuenta de otro, no coincide con la manifestación de la misma frente al tercero; y por seguridad en el tráfico debe prevalecer ésta última y de ahí que el "representante" se obligue personalmente . (101).

V.- LOS EFECTOS DIRECTOS, INDIRECTOS Y REFLEJOS DE LA REPRESENTACION .

Esta división de la representación voluntaria por los

(101).- Así ha sido resuelto por Ennecerus, para el Derecho Alemán. Véase obra citada, Pág. 240 .

efectos que produce en directos e indirectos, tiene como antecedente el principio de la relatividad de los efectos del contrato a las partes que lo han celebrado (102) y, si como hemos visto, la representación vivió confundida con el contrato en que se contenía, no es de extrañar que siempre se le hayan querido aplicar los mismos principios generales de éste y en especial los del mandato.

Por otra parte, se reconocieron en los negocios jurídicos los llamados efectos indirectos, o sea, consecuencias que se producían en una persona en tránsito a otra, en definitiva.

En la exposición del presente apartado seguiré, fundamentalmente, las ideas de Luis Díez Picazo y las de Emilio Betti.

Díez Picazo enseña cómo Ihering habló de unos "efectos reflejos" de los negocios jurídicos en relación con terceras personas, reconociendo que no es siempre posible aislar los efectos de un hecho jurídico sobre las personas de los interesados directos y muestra como Giovene, -partiendo de estas ideas de Ihering, trató de sistematizar los posibles supuestos de una eficacia indirecta del contrato respecto de los terceros. (103) (104).

A continuación, me voy a permitir transcribir las ideas fundamentales de Díez Picazo para no desvirtuar su profundo contenido.

Los efectos directos -nos dice- "consisten fundamentalmente en la creación del deber de observancia de la re

(102).- Así lo reconoce nuestro Código Civil vigente para el D. y T. F.-Vid. arts. 1796,1835,1836,1837 y 1838. En Derecho Español, vid.art. 1257 del Código Civil.

gla contractual y en la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato".

"Al lado de ésta eficacia directa, hay, sin embargo, una eficacia indirecta, que es aquella que se desarrolla a través de las situaciones creadas o modificadas por el contrato".

"La eficacia directa -eficacia constitutiva, modificativa preceptiva, declarativa o extintiva- se desarrolla normalmente en la órbita de las partes. Sólo de una manera excepcional un contrato produce eficacia directa en la esfera de los terceros".

"El principio de la eficacia relativa es, por consiguiente, cierto referido a la eficacia que llamamos directa. Una eficacia semejante solamente se produce en la esfera de los terceros cuando una norma jurídica así lo preceptúa y en la medida en que lo preceptúa".

(103).- DIEZ PICAZO, Luis.-Op. Cit.-Pág. 265

(104).- "Permitásenos una distinción fundamental entre efectos directos y efectos reflejos, o consecuencias, solamente los primeros, que son generalmente los queridos por las partes, no trascienden. En esta distinción entre efectos directos y consecuencias indirectas se encuentra el problema más delicado de la relatividad del contrato".-TRABUCHI, Alberto.-"Instituciones de Derecho Civil".- Trad. de la 15a. Edición Italiana.-Edit. Revista de Der. Priv.-Tomo II; MADRID, 1967.-Pág. 189

(105).- "Se alude -con estos- a aquellas hipótesis en que, al celebrar un contrato y precisamente a causa de la celebración del contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con éste específico propósito, es decir, si existe coincidencia de ambos contratantes con tal finalidad como si es sólo uno de ellos quien desea la producción del daño" (Díez Picazo.-Op. Cit.-Pág 280).

"Como supuestos en que un contrato determina una eficacia directa para terceros, se señalan los llamados contratos a favor y en dano de terceros (105) y la promesa del hecho de un tercero..."(106).

En seguida, trata de sistematizar las formas de los llamados efectos indirectos y para ello, distingue entre eficacia refleja y eficacia de provocación.

"Puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de los terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. La eficacia refleja no es una 'incidencia', sino una 'repercusión'. La idea de repercutir indica precisamente la producción de un efecto ulterior o de segundo grado".

"La repercusión nace de la conexión entre diversas relaciones jurídicas preexistentes. Una conexión entre las relaciones jurídicas puede existir en tres casos; en primer lugar, cuando tales relaciones jurídicas se encuentran entre sí respectivamente supra y subordinadas en un orden jerárquico de valoración (vgr. El fiador respecto de la relación entre acreedor y deudor); en segundo lugar, cuando las diferentes relaciones jurídicas coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente (vgr. La concurrencia de acreedores en la liquidación concursal o en la quiebra del deudor común; los derechos de los comuneros en la comunidad); en tercer lugar, cuando una de las relaciones deriva y descansa en otra que le sirve de base (vgr. El subarriendo respecto del arrendamiento).

"El contrato celebrado por los sujetos de una cualquiera de las relaciones jurídicas en conexión determina una eficacia jurídica directa en la relación inter partes y una eficacia refleja o de repercusión en la relación derivada, subordinada, o coexistente. Un convenio entre el

acreedor y el deudor puede extinguir la fianza; un acuerdo de la mayoría de los acreedores concursales o de la -- mayoría de los comuneros puede obligar a los disidentes; un convenio extintivo del arrendamiento determina también la extinción del subarriendo".

Podemos hablar de una "eficacia provocada" del negocio jurídico en relación con los terceros, cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de cualquiera -- de los titulares de los intereses en juego. Pueden presentarse estos dos diversos fenómenos:

1.- Que las partes del negocio o una cualquiera de ellas funden en el negocio jurídico que han celebrado, una pretensión dirigida contra un tercero o bien que opongan la celebración del negocio a la pretensión mantenida por el tercero frente a ellas.

2.- Que sea el tercero quien se sirva del negocio -- como fundamento de su pretensión contra las partes o de su contestación a una pretensión de las partes.

En el primero de estos casos hablamos de "oponibilidad" del negocio jurídico frente a terceros; en el segundo caso, de "utilización", o, mejor, de "utilizabilidad" del negocio por el tercero. En la primera de estas hipótesis las partes ejercitan una pretensión contra el tercero tomando como base su propio negocio, en la segundo, es

(106).- Señala Trabucchi la posibilidad de que el "contrato por persona a designar" pueda también producir efectos directos en favor de tercero.--(Op.Cit.-- Pág. 191)

el tercero quien se sirve, quien utiliza el negocio en apoyo de su pretensión frente a las partes. Estas dos actitudes radicalmente diversas están, por ejemplo, perfectamente matizadas en los artículos 24 y 29 del C. de C. (Código de Comercio): Las escrituras de sociedad no registradas -dice el primero de estos artículos- surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable. (107)

"Los poderes no registrados -dice el artículo 29- -- producirán acción entre el mandante y el mandatario, pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables". (108)

En nuestro Derecho, Borja Soriano, citando a Ripert y Boulanger, reconoce, en este sentido, cómo el contrato puede producir efectos respecto de los terceros: "El contrato efectúa una función económica de cambio. Modifica la composición del patrimonio de una persona: por ejemplo, opera una transmisión de la propiedad o constituye un derecho real. Las personas que están en relaciones jurídicas con el titular de ese patrimonio se aprovechan o sufren por las modificaciones intervenidas. En este sentido el contrato produce efectos respecto de los terceros..." (109)(110).

(107).-- En éste mismo sentido puede interpretarse el artículo 26 de nuestro Código de Comercio Mexicano, y el artículo 3003 del Código Civil para el D. y T. F., nos dice: "Los documentos que conforme a esta Ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren fa

Emilio Betti ha dividido los efectos del negocio --- en: esenciales y naturales; directos e indirectos.

Las consecuencias naturales se comprenden siempre -- dentro de los efectos directos del negocio. Tales efectos se diferencian de los que se unen al negocio sólo acciden talmente, que reciben el nombre de indirectos o reflejos.

El acto jurídico unilateral puede decirse que siem-- pre produce efectos hacia terceros.

El acto bilateral, como el contrato produce, en ---- principio, efectos sólo entre las partes que lo celebran, pero por repercusión o reflejo puede producir efectos ha- cia terceros.

Reconoce Betti, que el Código Civil Italiano en su - artículo 1411 (como también el artículo 1257 del Código - Civil Español) deroga tal regla, pues permite el que por un contrato a favor de tercero se produzcan efectos direc- tos en daño de terceros. Como ejemplos de contratos en fa- vor de tercero cita al transporte, la renta vitalicia a - favor de tercero y el seguro de vida a favor de un terce- ro.

Los negocios indirectos son estudiados por Betti ba- jo el rubro de las "Anormalidades del negocio jurídico", (Véase obra, Cap. VII, núm. 50, págs. 270 y ss.) y la con- clusión a la que llega es la siguiente: "El negocio jurí-

(+).- vorables".

(108).- DIEZ PICAZO, Luis.-Op.Cit.-Págs. 265 y 268.

(109).- RIPERT Y BOULANGER.-Tomo II, núm. 558, citado por Borja Soriano.-Op.Cit.-Págs. 337 y 338.

(110).- Intimamente relacionado con los efectos del acto jurídico está la concepción moderna de la figu- ra del SUBCONTRATO; para ello véase: LOPEZ VILAS, Ramón.- "El Subcontrato".-Tecnos.-MADRID, 1982. En nuestro Derecho, SANCHEZ MEDAL, Ramón.-Op.Cit.

dico puede desplegar frente a terceros, efectos directos o sólo indirectos". (111)

VI.- CRITICA Y CONCLUSION.

Los autores tuvieron que concebir una representación indirecta, mediata o impropia, como consecuencia de la -- ubicación de aquélla en el acto o negocio que la oribinaba y, principalmente, en el contrato.

Sí es permitido, según las peculiares circunstancias, hablar de efectos directos e indirectos con relación a -- terceros. Pero éstos últimos (los indirectos), siendo pro pios del negocio o acto jurídico, no se dan en la figura de la representación. La representación es una, y sus --- efectos específicos y directos en el patrimonio del repre^{re} sentado. En otras palabras, los efectos indirectos se dan con motivo del acto jurídico representativo, con las mismas reglas que si se tratara de un negocio concluído personalmente, pero no se dan en la representación.

Considerando que la representación voluntaria no admite división (112), no se identifica nuestra opinión con el argumento dado por Sclossmann, a quien he citado anteriormente. La "contemplatio domini", el actuar a nombre de otro existiendo poder de representación, es requisito fundamental para la existencia de la representación voluntaria. Repetimos, la eficacia indirecta de un acto es con secuencia de la naturaleza de éste en la complejidad de - la viua jurídica; pero no consecuencia esencial de un auténtico fenómeno de representación.

(+).- Págs. 421 y 422.

(111).- BETTI, Emilio.-Op.Cit.-Págs. 186 y ss, 193 y 194.

(112).- En apoyo a nuestras ideas de que no existe una -- "representación indirecta", véase a BETTI.-Op.Cit.

Considerando que la representación voluntaria no admite división (112), no se identifica nuestra opinión con el argumento dado por Sclossmann, a quien he citado anteriormente. La "contemplatio domini", el actuar a nombre de otro existiendo poder de representación, es requisito fundamental para la existencia de la representación voluntaria. Repetimos, la eficacia indirecta de un acto es consecuencia de la naturaleza de éste en la complejidad de la vida jurídica; pero no consecuencia esencial de un auténtico fenómeno de representación.

Vienen a ser los supuestos de la "representación indirecta" la observación de dos relaciones jurídicas, si bien conexas, diferentes e independientes entre sí. Por una parte, una relación personal entre quien por su cuenta y utilizando la intervención de otra desea obtener determinados efectos de una persona con la que no le conviene o no quiere negociar personalmente; por otra parte, -- una relación personal entre quien actuando en nombre propio pero para otro, negocia con su contraparte que viene a resultar tercero respecto de la persona que posee la -- "intenció". La relación de conexidad no viene a atribuir el carácter de fenómeno representativo, pues dada la dependencia y la supra o subordinación del mundo de los actos trascendentes al Derecho, se llegaría al absurdo no solamente de hablar de representación ante dos relaciones diferentes, sino aún, a una representación con efectos en cadena o sucesivos.

(+).- Págs. 423 y sig.

(113).- Para Messineo, aparece anómala la figura del representante en interés propio. "...no hay representación en sentido técnico si, aún persiguiendo el interés de otro, el sujeto declara en nombre -

La mayor parte de los tratadistas no ven en la representación indirecta un auténtico supuesto de ella; sin embargo, siguen fundándose en tal concepto para el desarrollo de otras reflexiones que, si bien son profundas, descansan sobre una base falsa. (113)

El problema debemos ubicarlo en otras consideraciones. En el capítulo precedente del presente estudio llegué a la conclusión --a propósito de la teoría general de la representación y haciéndolo extensivo a otros conceptos fundamentales del Derecho, como lo son la noción del hecho y el acto jurídico-- de que el orden positivo reconoce eficacia a aquellos actos que se colocan bajo el supuesto normativo, según la naturaleza de aquel y por la legitimación. Viene a prever el Derecho una serie de situaciones o estados que, si bien es cierto tienen de común el ser jurídicos, su inclusión en el campo de la representación ha sido infortunada. Ante la inexplicabilidad de los efectos indirectos bajo los principios específicos de la representación, podemos decir lo siguiente: El "dominus" interpone realmente frente al tercero a una persona. Esta interposición se origina bien sea en una autorización del dominus o en una obligación del interpuesto.

(+).- propio" (Op.Cit.- Pág. 409)

(114).- "A veces, la representación indirecta puede ser empleada para fines fraudulentos, permitiendo que una adquisición prohibida a un sujeto en cuanto provenga de un determinado transferente, tenga lugar a favor de otro, por el cual es, después retransmitido al primero".-MESSINEO.-Op.Cit.Pág.407

(115).- Véase BORJA SORIANO.-Op.Cit.-Tomo 1, pág.106 y en el mismo sentido a TRINIDAD GARCIA.-Op.Cit.-Págs. 161 y 162.

El fundamento de la eficacia en tal actuación descansará en la legitimación que el Derecho Positivo le conceda; -- los efectos vendrán a ser eficaces en tanto cuanto los sujetos se han colocado en un ámbito permitido por el Derecho y será éste quien los atribuya teniendo siempre en cuenta los principios de la seguridad jurídica y de justicia, proyectados al interés de los terceros, de tal suerte que en éstos repercutan daños o perjuicios por tal actuación. (114)

Como corolario del numeral 1 del presente capítulo, haré algunas consideraciones a la noción del acto jurídico.

Este concepto está hondamente arraigado entre nosotros, a diferencia de la "teoría del negocio jurídico" que ha adquirido gran desarrollo en otras legislaciones como la alemana y la italiana.

El artículo 1859 de nuestro Código Civil, vigente, -- preceptúa: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

La explicación de éste artículo nos la da el que -- nuestros diversos legisladores (de 1870, 1884 y 1928) no han plasmado en los Códigos una sistemática exposición de la teoría general del acto jurídico. (115)

Tres son los elementos esenciales del acto jurídico; así, Rojina Villegas los enumera:

- A) Una manifestación de voluntad.
- B) Un objeto física y jurídicamente posible.
- C) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico. (116)

Para terminar, considerando válida la explicación - que el Maestro Borja Soriano ha efectuado al artículo 1859, la transcribo: "El artículo 1859 del Código Civil de 1928 dice que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a los convenios y otros actos jurídicos. Este precepto se refiere, evidentemente, a los actos jurídicos ya existentes, o sea a aquellos en los que se reúnen la voluntad y la norma de derecho que los haga producir efectos; faltando esa norma no se puede decir que haya -- acto jurídico al cual se aplique el artículo 1859...". (117).

(116).- Citado por BORJA SORIANO.-Op.Cit.-Págs. 348 y 349
(117).- BORJA SORIANO.-Op.Cit.-Pág. 349

CAPITULO CUARTO
EL MANDATO "IN NOMINE PROPRIO"

SUMARIO:

I.- Generalidades sobre el mandato.

1.- Concepto de mandato.

2.- Elementos de existencia y de validez del contrato de mandato.

A) Elementos de existencia:

a) Consentimiento.

b) Objeto.

B) Elementos de validez:

a) Capacidad.

b) Forma.

3.- Clases de mandato:

A) Mandato representativo o con poder de representación.

B) Mandato sin representación, sin poder, con representación indirecta, "IN NOMINE PROPRIO" o mandato del testafiero.

C) Mandato Judicial.

4.- Obligaciones y derechos del mandante y el manuatario con relación a tercero.

5.- Manuato entre cónyuges.

6.- Limitación de la representación indirecta.

7.- Terminación del mandato.

II.- El mandato sin representación en el Derecho Positivo Mexicano.

III.- Mandato para enajenar "IN NOMINE PROPRIO".

IV.- Distinción del mandato 'IN NOMINE PROPRIO' con otras figuras afines:

1.- Contratos a favor de terceros.

2.- Gestión de negocios ajenos.

3.- Contrato para persona que se designare, o contrato por persona a nombrar.

A) Doctrina Española.

B) Doctrina y legislación italiana.

C) Derecho Positivo Mexicano.

V.- El mandato "in nomine proprio" y la simulación.- La interposición real de persona.

VI.- Substitución y mandato para adquirir ("In Nomine Proprio").

VII.- El *constitutum possessorio* (Anticipado).

VIII.- Cesión de créditos, subrogación y asunción de deudas en el mandato "In nomine proprio".

1.- Cesión de créditos del mandatario al mandante.

2.- Subrogación de deudas.

3.- Asunción de deudas.

IX.- La Comisión Mercantil.

1.- Su concepto.

2.- Sus efectos.

X.- Conclusiones.

CAPITULO CUARTO

EL MANDATO " IN NOMINE PROPRIO "

I.- GENERALIDADES SOBRE EL MANDATO.

1.- Concepto de mandato.

Para el Maestro Zamora Y Valencia el contrato de mandato, "es aquel por virtud del cual una persona llamada - mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que ésta le encarga".

(118).

Ennecerus señala: mandato (contrato de mandato, propiamente) "es el contrato por el cual una de las partes - (el mandatario) se obliga hacia la otra (el mandante) a la gestión gratuita de negocios que se le encargan".(119)

El mandato es definido en forma satisfactoria por el artículo 2546 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, así: "contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

Es un contrato bilateral y oneroso por naturaleza, - pero por pacto expreso de las partes puede ser no retri-- buído, sin que se afecte su naturaleza esencial; entran - en éste último supuesto, en la categoría de los contratos unilaterales.

(118).- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel.-"Los Contratos - Civiles".-Edit. Porrúa.-MEXICO,1983.-Pág. 183.

(119).- ENNECERUS,Ludwig.-Op.Cit.-Vol.II;Doctrina Espe-- cial.-Primera Parte.-Pág. 588

Su objeto esencial consiste en la realización de actos jurídicos, excluyéndose del mismo los actos materiales.

Es un contrato "intuitu personae" y formal.

Es un contrato principal por regla general y accesorio por excepción, ya que conforme al artículo 2596 puede convenirse la irrevocabilidad del mandato cuando "su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición de un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída...".

El mandato puede ser general o especial (art. 2553). El mandato general puede recaer en actos de dominio, actos de administración y otorgarse para pleitos y cobranzas.

2.- Elementos de existencia y de validez del contrato de mandato.

A) Elementos de existencia: Consentimiento y -- Objeto.

a) Consentimiento.

El mandato es un contrato consensual; no exige una forma especial para su perfeccionamiento. El consentimiento en este contrato, consiste en el acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario para encomendar el primero la realización de determinados actos jurídicos y aceptar el segundo su ejecución.

El consentimiento en todo contrato se integra, lógicamente, por la aceptación que hace una persona de la propositación de otra y el mandato no escapa a esta regla general, por lo que es ociosa la disposición contenida en el artículo 2547 que establece que el mandato "se reputa perfecto por la aceptación del mandatario". Además, -- "el consentimiento puede ser expreso o tácito" (art. 1803)

y, por ende, será expreso si el mandatario manifiesta su voluntad de celebrar el contrato en forma indubitable, ya sea por escrito o verbalmente, y será tácito por la ejecución de los actos jurídicos encomendados (art. 2547.)

Nuestro Código Civil confunde en los artículos 2551 y siguientes las nociones de mandato y de poder, pues --- siendo el mandato un contrato consensual se vienen a establecer tan especiales formalidades, que sólo pueden justificarse por el conferimiento del poder de representación. Tal deficiencia en su regulación aparece como vetusto residuo de épocas anteriores, en que ambas figuras se desarrollaron bajo la idea de unidad de conceptualización, es decir en tiempos en que mandato, poder y representación --- constituían conceptos sinónimos. Es cierto, por lo demás, que la vida diaria nos muestra que el mayor número de mandatos viene a ser que, prácticamente, sólo interesen a --- las partes las formalidades requeridas por la Ley para el poder, pues teniendo éste el mandatario, se reputa por su actuación que ha aceptado el mandato en forma tácita.

b) Objeto.

El objeto del contrato de mandato queda contenido en el artículo 2548 de nuestro Código Civil: "...todos los --- actos lícitos para los que la ley no exige la interven--- ción personal del interesado".

La ley ha colocado este precepto, acertadamente, bajo el capítulo de disposiciones generales del mandato, --- por lo que el límite viene a ser común a todas las especies de mandato.

Nuestro Código sanciona con nulidad el objeto ilícito en los contratos (Art. 1795, fracción III)

El hecho, como contenido del hacer que es la manifestación de la conducta que constituye el objeto del contrato, debe consistir en actos jurídicos.

En otras palabras, el objeto indirecto de este contrato - lo constituyen actos jurídicos (no materiales), los que - deben de ser posibles para la existencia misma del contrato y lícitos para su validez; ya que si no son posibles - jurídica y naturalmente, no existiría objeto y por lo --- tanto el contrato como mandato, sería inexistente. Así, - no es posible jurídicamente encomendar el otorgamiento de un testamento. Si los actos son ilícitos el contrato estará afectado de una nulidad absoluta, además de que técnicamente no serían actos sino hechos (ilícitos). Vg. Se -- puede señalar que es nulo de pleno derecho el mandato por el que se encomienda a una persona verber estupefacientes a estudiantes universitarios.

B) Elementos de validez: Capacidad y Forma.

Inicialmente, es necesario dejar apuntado, que en relación a la ausencia de vicios en el consentimiento (-- error, dolo o mala fe, violencia y lesión), y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato; los cuales si---- guen las reglas generales y por lo tanto no sufren modi-- ficación alguna en este contrato.

a) Capacidad.

En este contrato los principios sobre la capacidad - operan en forma diversa según se trate del mandante o del mandatario.

-En cuanto al mandante requiere la capacidad normal - de ejercicio para celebrar este contrato, pero también -- pueden celebrarlo los menores de edad y los incapaces, -- por conducto de sus representantes legales.

Además se requiere que el poderdante tenga capacidad para ser titular de los derechos y obligaciones que le -- origine el ejercicio de las facultades conferidas al man-- datario. Por eso, sólo una persona de nacionalidad mexi-- cana (si es sociedad debe tener cláusula de exclusión de extranejeros) puede celebrar el contrato de mandato para -- que otra adquiera a su nombre un inmueble ubicado en zo-- na prohibida.

Por último, también es necesario que el mandante --- tenga la capacidad especial respecto a los bienes en re-- lación a los cuales se refieran los actos jurídicos que -- realice el mandatario, si se va a disponer de ellos. Así se requerirá que el mandante sea propietario del bien si encarga a otro su venta, o que pueda disponer del uso, o uso y goce si encarga el darlos en arrendamiento.

-En cuando al mandatario, para determinar la capaci-- dad que requiere debe distinguirse si el mandato es con -- representación o sin representación.

Si el mandato es con representación, el mandatario -- sólo requerirá de una capacidad general de ejercicio, ya que todas las consecuencias de los actos que realice se -- imputarán directamente al mandante.

Si el mandato es sin representación, el mandatario -- requerirá, además de la capacidad de ejercicio para poder actuar, de la capacidad de goce necesaria para poder ser titular en lo personal de los derechos y obligaciones que se originen de los actos que realice en su propio nombre.

b) Forma.

La ley siempre exige una forma determinada para la -- celebración válida de este contrato. Debe ser otorgado en

forma verbal o por escrito.

Sólo puede celebrarse verbalmente, si el interés del negocio excede de doscientos pesos (art. 2556), pero debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se otorgó, y no se requiere que haya testigos - (art. 2552).

La mínima formalidad si el interés del negocio excede de doscientos pesos pero no llega a cinco mil, es que debe constar en escrito privado y ante dos testigos, sin requerir la ratificación de firmas (art. 2556).

Por último, debe constar en escritura pública o en documento privado firmado ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, juez o autoridad administrativa ante quien se vaya a hacer valer el documento :

a) Cuando sea general. b) Cuando el interés del negocio para el que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad. c) Cuando los actos que deba ejecutar el mandatario a nombre del mandante, deban constar para su validez en escritura pública conforme a la ley. (art. 2555).

La falta de forma en los términos indicados, produce la nulidad relativa del contrato, ya que puede confirmarse el acto dándole la forma omitida (art. 2231). "La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados" (art. 2229). La ley reputa interesado además del mandante y mandatario, a los terceros que hayan tenido relación con éste, si procedieron de buena fe (art. 2558 en sentido contrario). Hay que tener presente que si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquier interesado puede exigir que se le de

al contrato la forma omitida (art. 2232).

3.- Clases de mandato.

Nuestro Código Civil regula tres especies de mandato a saber:

A) Mandato representativo o con poder de representación.

Este mandato, es aquél en el cual el mandante otorga facultades al mandatario para que éste actúe en nombre -- del primero y, por lo tanto, los actos que realice el mandatario repercutirán inmediatamente en la persona o patrimonio del mandante, quien debe cumplir con todas las obligaciones que aquél hubiere contraído dentro de los límites del mandato (arts. 2560 y 2581).

B) Mandato sin representación, sin poder, con -- representación indirecta, "IN NOMINE PROPRIO" o mandato del testafierro. (120)

Los mandatos sin representación son aquellos en que se pacta que el mandatario deberá obrar a nombre propio -- y por lo tanto los efectos del contrato repercutirán en -- forma mediata en el patrimonio del mandante, en virtud -- de que se está actuando por su cuenta, pero no inmediatamente. En este caso, el mandante "no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante" (arts. 2560 y 2561)

C) Mandato judicial.

Es aquel en el cual se le confieren facultades al -- mandatario para actuar en procedimientos judiciales. A -- este contrato se le aplican las mismas reglas que al mandato común, con algunas excepciones. (121)

4.- Obligaciones y derechos del mandante y el mandatario con relación a tercero.

Respecto de tercero son muy distintas las relaciones según que el mandatario opere en representación o sin ella

1.- Cuando el mandato es representativo, las relaciones sólo se verifican entre el representado y el tercero que con el mandatario negoció (arts. 2581 y ss). Excepcionalmente el mandatario representante puede quedar obligado:

a) Cuando garantizó la actuación de su mandante; por ejemplo cuando resulta fiador.

b) Cuando se encuentra en la hipótesis prevista en el artículo 2586, o sea cuando se exceda de sus facultades, con la consecuencia de ser responsable frente a tercero de los daños y perjuicios que le ocasionare la ausencia de ratificación del mandante, con la condición de que ese tercero ignorase que el mandatario traspasaba los límites del mandato, o sea que hubiere actuado de buena fé. Cuando el tercero negociare con el mandatario que se excedió en sus facultades, carecerá de acción contra éste si le hubiere dado a conocer cuáles fueron las facultades otorgadas. (Arts. 2583 y 2584)

Respecto al mandato representativo existe la siguiente tesis jurisprudencial:

"El tercero contratante debe enterarse de las facultades conferidas al mandatario por el mandante. El tercero que contrató con un apoderado está obligado a conocer los términos del mandato, porque si el mandatario traspasa los límites del mismo, los actos que ejecute a nombre del mandante son nulos, según lo establece el artículo 2583 del Código Civil..." (122).

2.- Cuando el mandato no es representativo, sólo el mandatario es titular de los derechos y de las obligaciones

frente a la persona con la que negocia; el mandante queda ajeno a la relación frente al tercero. (Art. 2561). En -- este caso no se presentan los problemas originados por el exceso o defecto de las facultades otorgadas, pues obviamente así lo impone la naturaleza de tal relación.

5.- Mandato entre cónyuges.

Conforme al artículo anteriormente vigente 174 del - Código Civil, reformado por Decreto publicado en el Dia-- rio Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1974, se establecía que: "la mujer necesita autorización judi-- cial para contratar con su marido, excepto cuando el con-- trato que celebre sea el de mandato".

Conforme a lo anterior, vemos que el legislador no distinguía sobre si el mandato debía o no ser representa-- tivo, por lo que se podía afirmar que la mujer no requie-- ría de autorización judicial para celebrar con su marido un mandato "in nomine proprio". Entonces, eran aplicables los principios de la interpretación extensiva, de que don-- de hay la misma razón debe haber la misma solución y la -- de que cuando el legislador no distingue no debemos de -- distinguir.

Actualmente ya no hay ese problema, ya que por dicho Decreto el artículo 174 establece: "Los cónyuges requie-- ren autorización judicial para contratar entre ellos, ex-- cepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración".

(120).- En ésta forma denominado por Planiol; y en nues-- tro Derecho por el Maestro Sánchez Medal.-Op.Cit. Pág. 233

Como podemos observar, anteriormente la mujer requería de autorización judicial para contratar con su marido; actualmente ambos cónyuges requieren de autorización judicial. También se establecía que no se requería de autorización judicial cuando el contrato que se celebrara fuera el de mandato. Actualmente se especifica que el contrato de mandato debe ser para pleitos y cobranzas o para actos de administración, para que no se requiera de autorización judicial.

6.- Limitación de la representación indirecta.

J. Gaspar Alfaro (123) nos dice que dentro de las posibilidades que la relación entre el "representante y el representado indirectos" puede revestir, se puede limitar la actividad de aquél a una mera posibilidad de ejercitar o no el encargo recibido; es aquí donde se plantea la extensión de la "representación indirecta", y se resuelve en una bifurcación entre aquella que se basa en una mera autorización (124), y la que corresponde a una verdadera obligación, como es la que se establece en el mandato "in nomine proprio".

7.- Terminación del mandato.

Las causales de terminación del contrato de mandato se encuentran contenidas en los artículos 2595 y siguientes de nuestro Código Civil.

La revocación del mandante y la renuncia del mandatario extinguen el contrato. Sin embargo no siempre es opor

(121).- Vid, in extenso.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel Op.Cit.-Págs. 195 y 196.

(122).- Directo. 2889/1958.-Antonio Lukini González.-Re--

tuno que se verifique la extinción, por ello, aún cuando el artículo 2596 reconoce la revocabilidad por el mandante cuando y cómo le parezca, limita tal posibilidad en -- "aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición de un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída". Esta excepción se hace extensiva a la renuncia del mandatario (mandato irrevocable). La contravención a lo dispuesto por és te artículo hace responsable al autor del acto de los daños y perjuicios que se causen.

II.- EL MANDATO SIN REPRESENTACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Siendo el mandato la figura típica en la que mejor -- encuentra lugar el poder de representación, bien puede -- afirmarse que en este caso coexisten dos institutos:

- 1a. Una relación de mandato, por la que las partes se -- obligan y se facultan.
- 2a. Un poder de representación, por el que el mandante -- autoriza al mandatario a realizar, con respecto de -- terceros, los precisos actos jurídicos que se le encargan, dándose los específicos efectos que produce la representación única y exclusivamente en la persona y el patrimonio del representado.

No siendo esencial al mandato la figura del poder, -- en nuestro Derecho Positivo se ha reconocido la actuación

(+).- suelto el 22 de agosto, por unanimidad de cuatro votos...3a. Sala.-Boletín 1960.

(123).- Op.Cit.- Págs. 313 y siguientes.

(124).- La autorización como figura especial del Derecho Civil ha sido ampliamente estudiada y desarrollada por los tratadistas alemanes, al grado que, --

del mandatario "in nomine proprio".

El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales nos dice, en el artículo 2560: "El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante".

De aquí resulta que, independientemente de que exista poder o cláusula expresa de la actuación en nombre propio del mandatario, sigue existiendo el mandato. La pregunta se nos plantea con motivo de la redacción de éste precepto es la siguiente: Cuál debe ser la actuación del mandatario a falta de convenio expreso con su mandante? El poder de representación no puede quedar implícito, o sea, darse por conferido; pues aquél no siendo esencial al mandato, nada autoriza a presuponerlo; parecería que en éste supuesto la opción corresponde al mandatario entre celebrar el negocio en su nombre o en el de su mandante.

Congruentes con nuestras anteriores reflexiones sobre el poder de representación, podemos decir que precisamente éste debe constar en forma expresa autorizando al mandatario, y esta necesidad se ve corroborada en atención a la extensión que la ejecución del encargo pueda revestir, pues deberán cumplirse con las formalidades exigidas en atención a la naturaleza del acto que las partes pretenden lograr. Ello nos lleva a afirmar que a falta de convenio expreso, el mandatario deberá obrar a nombre propio; sin embargo, sabedor el mandatario de los efectos que tal actuación le implicarán, es conveniente que antes de comenzar la ejecución del mandato se provea del poder correspondiente, pues sólo así vendrán a ser válidos fren

te a terceros los actos en los que el mandatario quiso -- actuar como representante. La no coincidencia entre la - voluntad del mandatario de obrar como representante, y la exteriorización de la misma frente a sus cocontratantes, cuando actúa en nombre propio, debe decidirse a favor de aquéllos. (125)

El artículo 2561 de nuestro Código Civil nos dice: - "Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante".

En éste caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso - en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en éste artículo se entiende sin perjuicios de las acciones entre mandante y mandatario".

(+).- entre ellos, la representación viene a ser una especie de autorización.

(125).- Este artículo 2560 se inspiró en el respectivo -- 283 del Código de Comercio mexicano, que dice: " El comisionista, salvo siempre el contrato entre él y el comitente, podrá desempeñar la 'comisión mercantil' tratando en su propio nombre o en el - de su comitente'.

En nuestro Derecho Mercantil aparece también el - silencio en éste punto; Felipe de J. Tena se adhiere a que en tal supuesto, el mandatario o comisionista deberán actuar en nombre propio.-"Derecho Mercantil Mexicano".-Tomo 1.-Porrúa.-Pág. 321 MEXICO, 1938

Este artículo 2561 es copia textual del 1717 del --- Código Civil Español (126)(127); el comentario que de él hace Manresa: reconoce que tal precepto no tiene precedentes ni en el Derecho Romano ni en las Leyes de Partida, -- sin embargo, "por la esencia de ser el mandato desde sus orígenes una relación de confianza, y de tener hoy en día la idea de representación, no resulta exótica su regulación". La excepción contenida en el penúltimo párrafo del citado precepto, tiene sus antecedentes en las doctrinas sustentadas por el Tribunal Supremo. (128).

III.- MANDATO PARA ENAJENAR "IN NOMINE PROPRIO".

Conforme al artículo 2546, por el mandato el mandatarario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los -- actos jurídicos que éste le encarga. Los actos jurídicos que queda obligado a realizar podrán ser de disposición, adquisición o de administración.

El problema que debemos dilucidar con motivo de éste caso de mandato es el siguiente: qué ocurre cuando el mandatarario enajena a su contraparte un derecho o un bien del cual no se le ha transmitido previamente la titularidad o el dominio sobre el mismo?

El obstáculo se ha querido salvar de muy diversas formas.

(126).-- BONET RAMON, Francisco.-- "Código Civil comentado".-- Aguilar.-- Págs. 1353 y 1354.--MADRID, 1972.--Vid. -- Claret y Martí, Pompeyo.-- "De la fiducia y del -- trust".-- Bosch.--Pág. 18.--BARCELONA, 1946.

(127).-- PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, en el mismo sentido nos dice: "El concepto de la representación indirecta, tal y como la expone el texto, tiene fiel reflejo en el artículo 1717 del Código Civil Espa--

Se ha dicho que existe un traspaso directo de quién es verdaderamente titular a la contraparte del mandatario; éste último sólo viene a cumplir con el encargo recibido. (129). Contra ésta opinión otros afirman que debe existir una previa transmisión, que se realiza por virtud de un negocio abstracto, de transferencia causal y típico; y -- otros ven en él un negocio fiduciario. (130).

El principio en nuestro Derecho Positivo viene a ser que el mandatario se obliga personalmente con su contraparte, "como si el asunto fuere personal suyo". Exceptúa nuestro Código el caso de que se trate de cosas propias del mandante y los terceros, o sea, los efectos tendrán que ser los mismos que si se tratara de un mandato representativo; en consecuencia, si el mandatario enajena en nombre propio cosas propias del mandante, la ley hace que los efectos se produzcan directamente en el patrimonio del mandante y que el mandatario no quede obligado personalmente hacia los terceros.

Objetivamente parecerá que la operación del mandatario resultaría una venta de cosa ajena, pues por el mandato no se transfiere el dominio, pero ello es sólo apariencia, pues la enajenación se hace con autorización del titular.

(+).- nol, en el que claramente se especifican los supuestos y efectos de tal fenómeno jurídico".-ENNECERUS. Op.Cit.-Pág. 242.

(128).- MANRESA Y NAVARRO, José María.-"Comentarios al Código Civil Español".-Tomo XI.-Pág. 474.-MADRID, 1905.

(129).- "En el caso del mandato de venta, el representante no se hace propietario del objeto entregado, sino que la enajenación la hace más bien con consentimiento del titular".-ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág. 241

Se limita notablemente el campo de acción del mandato para enajenar bienes inmuebles en nombre propio, pues por motivos de seguridad en el tráfico inmobiliario el --tercero se informa del titular apatente, ve en él al propietario registral del bien que pretende adquirir y la -- persona del mandante no podrá quedar oculta, desvirtuándose de ésta manera la intención de la persona que quiso enajenar por otro.

Francisco Bonet Ramón, en su comentario a la excepción contenida en el citado artículo 1717 del Código Civil Español, nos dice que es éste supuesto un caso de lo que en doctrina se denomina: "Contemplatio dominii ex re vel factiis circumstantiis", o de poder por apariencia. (131)

Pese a que nuestro Derecho Civil no ha regulado los negocios fiduciarios, no vemos en este supuesto tal fenómeno. En aquéllos el fiduciante transmite realmente el -- dominio del bien al fiduciario; en el tráfico éste y sólo él, es quien se obliga frente a sus contrapartes, que son terceros respecto al fiduciante; de donde resulta que en la excepción que estamos analizando no se negocia con cosas propias del fiduciante, sino con cosas propias (en -- propiedad fiduciaria) del fiduciario. (132)

El artículo 2280 de nuestro Código, en su fracción -- segunda, prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya venta o administración se hayan encargados, -- y el artículo 2282 sanciona con nulidad del acto la contravención del artículo anterior, bien sea que se hubiera efectuado directamente o por interpósita persona. Tal prohibición se hace extensiva a la materia mercantil, donde el artículo 299 del Código de Comercio, a propósito de la

Comisión mercantil, nos dice: "ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro lo que se le hubiere mandado vender ni venderá lo que se le ha mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente".

Para concluir sobre el apartado tercero del artículo 1717 del Código Civil Español, y como comentario aplicable al penúltimo párrafo del artículo 2561 de nuestro Código Civil vigente, recordemos lo que nos dice Pérez González y Alguer:

"El apartado tercero del artículo 1717, al exceptuar de la limitación de efectos de la representación mediata entre representante y tercero que con él contraten, el caso de que se trate de cosas propias del mandante, señala una figura especial que puede calificarse de autorización para obligar a un tercero por virtud de contrato en nombre propio. En todo caso se trata de una desviación con respecto a las características y efectos normales de la representación indirecta, que en este caso singular -- cuando se trate de cosas propias del representado -- surte iguales efectos que la representación auténtica. (133)

IV.- DISTINCION DEL MANDATO "IN NOMINE PROPRIO" CON OTRAS FIGURAS AFINES:

1.- Estipulaciones a favor de terceros (véase supra, Capítulo II, número V, inciso 5).

Los efectos que este contrato produce presentan cierta similitud con los propios del mandato sin representación, pero claramente se diferencian. El mandante no viene a figurar en el contrato, pues el mandatario sin representación obra en nombre propio; en la estipulación a favor de tercero, la persona de éste último (el tercero) --

aparece expresamente en el mismo. (134)

2.- Gestión de negocios ajenos.

La diferencia fundamental en nuestro Derecho, entre el mandato "in nomine proprio" y la gestión de negocios, radica en que en ésta última no existe un contrato. Así - lo preceptúa nuestro artículo 1896: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del nego---cio". Bajo el requisito de que el negocio hubiere sido ú---tilmente gestionado en favor del dueño, se impone a éste el cumplimiento de las obligaciones que el gestor huviere contraído en su nombre y a pagarle los gastos (véanse ar---tículos del 1903 al 1905).

La gestión de negocios ha recibido el nombre de man---dato oficioso. El artículo 1906 establece: "La ratifica---ción pura y simple del dueño del negocio produce todos -- los efectos de un mandato. La ratificación tiene efectos retroactivos al día en que la gestión principio".

(130).- ALFARO J. Gaspar.-Op.Cit.-Págs. 313 y ss.

(131).- BONET RAMON, Francisco.-Op.Cit.-Pág. 1354.

(132).- "Si el fiduciante no transmite nada, sino única---mente otro adquiere por cuenta de él, no se da -- una relación fiduciaria".- ENNECERUS.-Op.Cit.- -- Pág. 81

(133).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág. 242.

(134).- Véase TRABUCCHI.-Op.Cit.-Pág. 192, nota 45; DIEZ - PICAZO.-Op.Cit.-Págs. 270 y 271.-Cfr. art. 1411 - del Código Civil Italiano.

(135).- La gestión de negocios se na equiparado a una re---presentación de intereses ajenos.- MESSINEO, nos dice: "...el que dicha representación de intere---ses tenga por fuente la Ley, no basta para asimila---rla a la representación llamada legal, la cual, como veremos, es representación directa (o sea -- propia)".-Op.Cit.-Pág. 408.

Estas disposiciones son una excepción a los principios generales en materia de representación voluntaria. El artículo 1800 (ver, Capítulo II, número VIII) muestra que las posibilidades para contratar consisten en que proceda a ello personalmente o por medio de otro legalmente autorizado; el artículo 1801 prohíbe el "contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley"; y el obscuro artículo 1802 sanciona con nulidad los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, a menos que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los "ratifique" antes de que retracten por la otra parte.

Los efectos de un negocio útilmente gestionado a favor del dominus o dueño del negocio, vendrán a ser similares a los que hubiere producido un poder de representación o una "representación indirecta". Se puede afirmar que careciendo el gestor de facultades representativas voluntarias, queda, sin embargo, legitimado por el Orden Positivo para realizar actos jurídicos eficaces en la órbita ajena. (135)(136)

A mayor abundamiento, esto nos comprueba porque el gestor puede aún actuar contra la voluntad real o presunta del dueño del negocio y, pese a ello, puede quedar eventualmente obligado éste para con aquél (ver: ARTS. 1899, 1905 y 1907). El Derecho, por equidad, ha querido que la persona que actúa en interés ajeno en vistas a procurar provecho o utilidad y que la obtenga, no quede perjudicado como contrapartida de un enriquecimiento ilegítimo del sujeto del interés. No queda de por más apuntar, que la actuación del gestor pudo haber sido motivada por un verdadero desinterés que la vida social impone, pero, en múltiples ocasiones sólo resulta ser quien se intromete -

en asuntos ajenos habiendo oposición del dueño del negocio.

Se dice que los efectos de la gestión de negocios -- son similares a los del mandato, en atención a que el dueño de un negocio útilmente gestionado, serán en quien recaigan los efectos definitivos del acto. (137)

Si el gestor actúa en nombre propio, los efectos, en un primer momento, se producirán en él; aquí radica el -- punto de similitud con la situación del mandatario "in -- nomine proprio". Si el gestor actúa en nombre de otro los efectos vendrán a ser, por disposición legal, similares -- a los que hubiera producido un mandato representativo. Pero en ambos supuestos, en atención al artículo 1906 (antes transcrito), por la "ratificación" del negocio por parte del dominus se produce la retroacción de los efectos -- al día en que la gestión principió.

Profundizando un poco más en la naturaleza jurídica de la gestión de negocios, vemos como los tratadistas europeos ven, en tales supuestos, una representación de intereses ajenos. Así, Planiol afirma: "...en estos casos --

(136).-- PLANIOL, por su parte señala: "Pero, ni la ausencia de mandato previo ni de ratificación posterior impiden la existencia de representación, siempre que se trate de un acto de gestor de negocios útil al representado. El artículo 1375 del Código Civil dispone, en efecto, que el dueño del negocio nabrá de cumplir las obligaciones concertadas en su nombre por el gestor, indemnizado a éste -- por todos los gastos, cargas y obligaciones personales asumidas, siempre que el negocio hubiera sido correctamente administrado. Al atribuir un 'verdadero poder de representación legal' a toda persona que actúe útilmente para otra, ese precepto constituye una importante derogación a la prohibición general de inmiscuirse en los negocios ajenos, excepción oponible aún a los incapaces, --

la voluntad del representado está ausente, no existiendo representación de la persona mientras no concurre esa -- voluntad; cuando sucede esto, la representación se retrotráe a una época anterior como sucede en el caso de la -- ratificación de la gestión de negocios". (138)

Messineo, diferenciando la "representación indirecta" de la representación de intereses ajenos, apunta: "...aquí no se trata de representación de voluntad (como en la representación indirecta, de que se habla en el número anterior), sino precisamente de representación de intereses, en el sentido de que hay cuidado de intereses ajenos, pero no empleo de nombre ajeno, como es característico de la representación de voluntad". (139); Trabucchi concluye: "...el mandato representativo, la ratificación posterior del dominus y la gestión de negocio ajeno producen efectos análogos para el dominus; los dos primeros como consecuencia de la voluntad del interesado, la tercera por virtud de la Ley". (140)

(+).- ya que se realiza independientemente de todo acto voluntario. En este sentido no podrá interpretarse sino extensivamente". Op.Cit.-Págs. 88 y 89.

(137).- Para la Doctrina Italiana, la gestión de negocios puede ser "simple" o "representativa". "Se da la primera cuando alguno actúa, en nombre propio y en interés ajeno; será la gestión representativa cuando se observa una "contemplati dominii" frente a terceros, y por tanto, se actúa directamente en nombre del dominus. Los efectos de una y otra gestión son parecidos a los del mandato con o sin representación".-TRABUCCHI.-Op.Cit.-Pág. 227.

(138).- PLANIOL.-Op.Cit.-Págs. 82 y 83

(139).- MESSINEO.-Op.Cit.-Pág. 408

(140).- TRABUCCHI.-Op.Cit.-Pág. 227

(141).- DIEZ PICAZO.-Op.Cit.-Pág. 277

(142).- IDEM.-Pág. 278

3.- Contrato para persona que se designare, o contrato por persona a nombrar.

A) Doctrina Española.

Según Díez Picazo, el contrato por persona a nombrar es aquel en el que "el estipulante se reserva la facultad o la posibilidad de designar en un momento posterior y -- dentro de un plazo al efecto prefijado a una tercera persona, que en el momento de la celebración del contrato es desconocida o ha quedado indeterminada, la cual ocupará -- en la relación contractual el lugar del estipulante, desligándose éste de la misma". (141)

La extensión de éste contrato dependerá de las finalidades que se proponga(n) el autor o las partes.

La primera es una finalidad de gestión o de mandato. En este caso se trata --según el citado autor-- de un fenómeno representativo, "en el que el representante actúa -- mediante una representación que se mantiene oculta o encubierta en la primera fase de la contratación. El tercero -- (mandante) que ha de ser el definitivo contratante tiene interés en permanecer oculto durante la primera fase de vida del contrato. Por ejemplo: desea ocultar su categoría para evitar que le sea exigido un alto precio: tiene pudor o prejuicios para acudir a una subasta, el temor de no ser el mejor postor, etc."

La segunda, es una finalidad de mediación. "En el momento de celebrar el contrato el estipulante actúa por su propia cuenta y no se encuentra ligado con nadie. Es un intermediario que espera encontrar en un momento posterior una persona a quien ceder el contrato o los bienes adquiridos. Por ejemplo: se compra para revender de inme-

diato, evitando las consecuencias gravosas de dos trans--
misiones en orden a tributos, impuestos, etc". (142) Des-
de el punto de vista jurídico -nos sigue diciendo éste au-
tor- "el estipulante actúa en su propio nombre y para sí
mismo, si bien reservándose la facultad de designar un --
posterior contratante como definitivo destinatario de los
efectos del contrato. Por consiguiente, el estipulante es,
inicialmente, parte en el contrato y queda directamente -
vinculado por la relación contractual, hasta que se haga
regular y eficazmente la 'electio' o definitiva designa--
ción del tercero. Si la 'electio' no se hace o no es re--
gular, el estipulante queda como definitivo estipulante y
como definitivo obligado.

Por el contrario, si la designación del tercero se -
hace regular y eficazmente, se entenderá que el designa--
do ha sido el único contratante y el estipulante quedará
desligado de la relación jurídica y desaparecerá de la --
escena como si nunca hubiera estipulado".

Sobre la naturaleza jurídica de éste contrato nos -
dice Díez Picazo: "En la doctrina se ha discutido cual es
la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa y como
puede explicarse, desde el punto de vista de la técnica -
jurídica, el funcionamiento de la misma. En particular, -
se ha discutido si existe un único contrato o si hay un -
doble juego de contratos establecidos en forma alternativa".
(Cita a Enrietti, quien se acoge a la segunda opinión: hay
dos contratos; uno entre estipulante y promitente sujeto
a condición resolutoria; otro entre promitente y tercero,
sujeto a condición suspensiva). (143)

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, propende
a considerar que existe un contrato único, y esta es tam-

bién la solución que parece más conforme con la finalidad económica perseguida por las partes.

La especialidad de los efectos que el contrato produce ha sido explicada desde el punto de vista de la representación, centro de la cual usualmente se le incluye como una variante o una forma de la misma. Se ha hablado -- así de una hipótesis de representación extraordinaria por el carácter general que en ella tiene la "contemplatio -- dominii". Sin embargo, de una representación de persona -- indeterminada puede hablarse sólo en aquellos casos en -- que la relación subyacente entre estipulante y tercero -- sea una relación de gestión, pero no obviamente cuando -- el estipulante sea una persona que actúe por su propia -- cuenta y en su propio interés.

Por ello parece más fácil construir la figura, como un contrato con contratantes alternativamente determinados, que produce un todo contractual con dos fases distintas: la anterior a la 'electio', en que el obligado contractualmente es el estipulante, y la posterior a la 'electio' en que el obligado es el tercero designado, si la designación se ha hecho regular y eficazmente o continúa siéndolo el propio estipulante si la 'electio' no se ha -- producido o ha sido irregular. (144)

B) Doctrina y legislación italiana.

El Código Civil Italiano prevé, en sus artículos -- 1401 al 1405, el llamado "Contrato por persona a nombrar".

(143).- O sea, la realización por una parte de la condición suspensiva vendrá a ser, a la vez, el presupuesto de la solución de otra condición; o bien, la condición resolutoria consistirá

"También aquí nos encontramos ante una representación en gérmen, que se perfecciona tras un breve período de falta de certeza cuando el contratante que había obrado a nombre de otro, reservándose el nombrarlo, procede en un segundo tiempo a la declaración del nombre, acompañada de la aceptación de la persona nombrada".

Como corolario de su comentario anterior, dice Neipp que existe: "La imposibilidad de perfeccionamiento de la relación representativa cuando no se llega a declarar el nombre del tercero interesado por aquel que se había reservado el hacerlo. La razón fundamental de esta imposibilidad se haya en la necesidad absoluta de la existencia de dos distintos sujetos, claramente individualizados para que se produzca una representación cualquiera". (145)

Es palpable la vacilación con que se conducen Díez Pícazo y Neipp para explicar esta figura, pues reconociendo el primero que el problema se ha ubicado en una "representación oculta o encubierta", llega a la conclusión de que tal concepto es insuficiente, pues no siempre el contrato por persona a nombrar tiene por base un fenómeno de "representación indirecta", y por ello dice que "por facilidad" resulta conveniente construir la figura en los contratos con contratantes alternativos determinados. Con Neipp sucede lo mismo, pero prefiere hacer suyo del concepto de "representación en gérmen".

El mandato realizado en nombre propio del mandatario, puede ser la base de celebración de un contrato por persona que se designará; en otras palabras: Qué pasará, si el

(+).- en la realización de la condición suspensiva.
(144).- Díez Pícazo.-Op.Cit.-Págs. 278 y 279.

mandatario en nombre propio conviene con el tercero contratante, que éste acepte de aquél la facultad de reservarse la elección del verdadero contratante en un plazo determinado?

El promitente tendrá la seguridad de que, independientemente de realizarse o no la elección por el estipulante (mandatario), el obligado personalmente hacia él es éste último, o sea si no acepta el tercero-mandante, sólo el estipulante viene a quedar obligado para con el promitente.

El estipulante, a su vez, confía en que por ligarle una relación de mandato, su mandante, en cumplimiento del contrato, accederá a quedar obligado hacia el promitente. El promitente sabe por las declaraciones del estipulante que éste posiblemente actúa en definitiva para otro, y -- que corre el riesgo de quedar definitiva y personalmente obligado.

Si el tercero-mandante no acepta, el estipulante mandatario no podrá oponer al promitente el contrato de mandato preexistente. No se puede hablar, propiamente, de -- que existe representación del tercero-mandante por el estipulante-mandatario, en virtud de que la contemplatio domini se muestra, hacia el promitente, como incierta; a -- éste último no le es exigido conocer ni la relación subyacente, ni menos deducir de ella la existencia de un poder de representación.

Ante las estipulaciones de las partes, en un mandato -- sin representación y la celebración de un contrato por -- persona a designar, congruentes con nuestro Derecho positivo, tendremos que apuntar sus límites.

Es en el mandato para adquirir donde se nos presenta ría el problema. Los contratantes, estipulante y promitente, no pueden crear una obligación a cargo del tercero, - que en ése primer momento permanece ajeno al contrato. El obstáculo se salvaría si siguiéramos la opinión que sobre el mandato nos ha dado Cariota Ferrara, pues consistiendo éste en una autorización, por la que el autorizante (mandante), de acuerdo con su contraparte (mandatario) se apropia e introduce preventivamente en su propia esfera el arreglo que se dará a sus propios intereses, (Por ejemplo por "constitutum posesorio" anticipado) ello trae la consecuencia de que al aceptar el tercero (mandante) se produce un cambio de "status", pues la facultad que se reservó el estipulante se hace efectiva, y el promitente, cumpliendo con lo que se obligó, se liga directamente con el tercero. Si el mandante no acepta, lo único que queda subsistiendo son las acciones de su mandatario, pero éste, - siendo estipulante en el otro contrato, continúa definitivamente obligado hacia el promitente.

El promitente tendrá la obligación de aceptar, llegado el plazo, a la precisa persona que designe el estipulante como su verdadero contratante; aceptando éste, el estipulante queda desligado de la relación. Tal viene a ser posible esquema que la ejecución del encargo recibido por el mandatario puede revestir.

En mi opinión, podrían ser de aplicación a tal modalidad de nuestras disposiciones relativas a la estipulación en favor de tercero.

El artículo 1869 otorga al tercero el derecho de exi

gir del promitente, salvo pacto en contrario, la prestación a que se ha obligado. El estipulante, también podrá exigir del promitente el cumplimiento de su obligación de tener precisamente a ese tercero como el cocontratante de aquel.

El artículo 1870 no es obstáculo, a mi parecer, para lograr tal finalidad por las partes. Dice: "El Derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, SALVO LA FACULTAD QUE LOS CONTRATANTES CONSERVAN DE IMPOSERLE LAS MODALIDADES QUE JUZGUEN CONVENIENTES, SIEMPRE - QUE ESTAS CONSTEN EXPRESAMENTE EN EL REFERIDO CONTRATO". Es cierto que al perfeccionarse el contrato entre estipulante y promitente no sabe éste, a ciencia cierta, quien es la persona individualizada o tercero que se aprovechará de la estipulación, en otras palabras, quien vendrá a ser el facultado; pero precisamente la modalidad viene a consistir en que es el estipulante quien en el plazo fijado la nombrará. Estos supuestos no implican el que la validez del contrato quede al arbitrio de una de las partes (el estipulante) prohibido por el artículo 1797 de nuestro Código, ya que en ausencia de nombramiento y de aceptación del tercero, sólo él (el estipulante mandatario) que dará obligado frente a su contraparte, salvo el caso de que se haya convenido la sujeción del contrato a una condición potestativa (la aceptación del tercero-mandante) - como requisito esencial de validez.

Reconocemos que el problema más difícil es el de dilucidar si en el contrato por persona a designar existe uno o varios contratos.

Se podría afirmar que al aceptar el tercero se formaría un nuevo contrato, pudiendo queaar el esquema de la si---

guiente manera:

10.- Un contrato entre estipulante y promitente.

20.- Otro entre el que acepta la estipulación y el promitente.

Si se tratara de dos contratos resultaría inútil tal actuación del mandatario "in nomine proprio", y ello con vistas a la finalidad económica que se persigue, pues --- perfectamente diferenciados los derechos adquiridos por el estipulante-mandatario a su propio nombre, podrían ser cedidos al tercero-mandante, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en la relación subyacente de gestión -- (mandato).

C) Derecho Positivo Mexicano.

La forma en que se puede hacer constar la modalidad a la cual nos hemos estado refiriendo, por parte del mandatario que actúa bajo su propio nombre puede ser, en --- nuestro Derecho, el de un contrato preliminar de promesa. Su fundamento positivo: artículo 2243 y 2244.

Por disposición legal, la promesa sólo dará lugar a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el con---trato respectivo de acuerdo con lo prometido.

El mandatario se obligará con su contraparte a realizar, una vez llegado el plazo, el contrato, pero con la posibilidad de aquél de nombrar, si resulta conveniente, otra persona que quede en su lugar. Este vendrá a ser el mandante. La realización del encargo encomendado al man---datario por el mandante viene a ser la celebración de un acto jurídico: el contrato de promesa.

Prácticamente poco le importará al promitente que se haga o no la elección, pues siempre tendrá la seguridad -

de tener al promitente-mandatario como contratante personalmente obligado; puede asimismo convenirse que a la celebración del contrato definitivo el mandatario se constituya en obligado subsidiario (Vgr. el fiador) o codeudor solidario en las obligaciones de su mandante.

V.- EL MANDATO "IN NOMINE PROPRIO" Y LA SIMULACION.- LA INTERPOSICION REAL DE PERSONA.

La figura del mandatario en nombre propio se ha confundido con la simulación y con la persona interpuesta. Se ha querido aplicar a los mencionados institutos las mismas consecuencias. (146).

La Doctrina moderna y en especial la Jurisprudencia española, han distinguido a los supuestos del mandato sin representación, debido a su distinta naturaleza y efectos que producen. (147)

Por influencia de la doctrina francesa, y el desarrollo que en aquel Estado ha tenido el contrato de préstamo, se han confundido las nociones del mandato sin representación con una "simulación" permitida en Francia. En Derecho Francés se ha caracterizado la actuación del prestanombre o testafierro como un claro supuesto de simulación por parte del mandatario. (148)

El artículo 2180 de nuestro Código Civil dice: "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas".

Debe distinguirse el concepto de simulación del de disimulación. Simular implica aparentar lo que no es real, lo que no existe. Disimular consiste en ocultar lo que existe, en ocultar lo real. Elemento unificador de ambos

conceptos es el engaño, pero la gravedad de éste es muy distinta.

En la simulación hay una discordancia consciente entre el querer interno y la manifestación del querer; la finalidad de ello consiste en crear una apariencia frente a terceros. Decimos que es una inadecuación consciente, - pues esto es lo que la distingue del error.

El artículo 2181 dice: "La simulación es absoluta -- cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa -- cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter".

La regulación normativa sobre la simulación ha tenido como finalidad la protección de los derechos de los -- acreedores y la de los terceros en general.

La simulación absoluta nada tiene de real, tanto el acto oculto como el aparente son ficticios. En la simulación relativa el acto ostensible o aparente es ficticio y el acto oculto es real.

El mandato "in nomine proprio" es un acto real: el - que el mandatario actúe por su propio nombre es una especialidad y con esto las consecuencias que produce están - reconocidas por el ordenamiento positivo. De ahí que se - pueda afirmar que, en principio, ninguna regla de la simulación debe serle aplicada.

Se habla, asimismo, de simulación en la interposi--- ción de persona (préte-nom, testaferro, fantocne, hombre de paja, etc); lo que ocurre cuando existe un acto real, pero la persona del verdadero contratante permanece ocul- ta.

La interposición de persona se divide, a su vez, en interposición ficticia e interposición real. En la primera debe existir un acuerdo tripartido entre el dominus, - el prestanombre y el tercero. Ello no sucede en el mandato "in nomine proprio".

El que el mandatario actúe por su propio nombre y -- sin dar a conocer al tercero la relación subyacente que -- lo liga hacia su mandante, es otra especialidad del contrato; pero esto resulta válido en atención a que su persona se encuentra realmente facultada y obligada hacia -- el mandante.

Puede decirse que el mandatario simula su cualidad - frente al tercero; tal simulación proviene de un acuerdo entre el interponente (mandante) y la interpósita (mandatario), pero he aquí lo fundamental, ésta interposición - es respecto del tercero -como nos dice Ferrara- "una mera reserva mental". (149)

Sobre el mandato sin representación nos dice Gutiérrez y González; "Este mandato origina lo que se conoce - en derecho como 'simulación por interposición de persona' ...pero esta simulación no queda incluida entre las que - se cometen en perjuicio de los acreedores para defraudarlos y en vista de la comisión de un hecho ilícito". (150)

El mandato sin representación debe distinguirse de - los fraudes a la ley.

El fraude a la ley se ha hecho consistir en la reali- zación de actos válidos que en su conjunto vienen a resul- tar, o contrarios a lo preceptuado por las leyes imperati- vas o de orden público, o atentar contra su correcta in- terpretación. Son maquinaciones encaminadas a producir el

efecto prohibido. El fraude a la ley no es consecuencia - directa del obrar del mandatario a nombre propio. Asimismo, puede presentarse el supuesto de que se interponga -- una persona para eludir una incapacidad especial del mandante; pero ello no debe conducirnos a generalizar que en todos los supuestos de interposición se pretenda obtener lo prohibido por la norma.

El principio general que anima la figura del mandato en nombre propio es una interposición de persona, pero de una interposición real y jurídicamente permitida.

El mandatario en nombre propio es realmente un intermediario, pero es un contratante efectivo que se convierte en titular de derechos y obligaciones en forma transitoria hacia otro en definitiva.

Sabida es la obscuridad con la que los estudiosos -- han analizado la naturaleza del mandato sin representación, atribuyéndole el carácter de un mero presta-nombre, hombre de paja, fantocne, etc.; y las consecuencias a las que han llegado de querer regular su actividad bajo las - reglas propias de la simulación; tal postura se encuentra hoy en día superada y se reconoce la autonomía del mandato sin representación.

-
- (146).- FERRARA, Francisco.- "La Simulación en los Negocios Jurídicos".-Trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Fuente.- MADRID, 1971.-Pág. 213.
- (147).- Véase CLARET Y MARTI.- Op.Cit.-Págs. 18 y 19.
- (148).- Véase PLANIOL, Marcel et Georges RIPERT.-"Traité Pratique de Droit Civil Français".-Tomo XI.-Segunda parte.-Pág. 863.-PARIS, 1932.-IDEM:"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés".Tomo XI, Págs. 765 y 766.-LA HABANA, 1940.
- (149).- FERRARA.-Op.Cit.-Págs. 296 y 297.

Reconoce Ferrara que las situaciones en que puede colocarse la persona realmente interpuesta, pueden ser:

1o. El ánimo de realizar un determinado acto que no supone en el "agente" una calidad o cualidad especial, como sería el caso de la adquisición de bienes o derechos; o bien:

2o. Realizar negocios o actos que requieren por parte del "agente" una posición predeterminada o preestablecida. Vgr, hacer una enajenación o una remisión de deuda.

De aquí derivaría que dicho agente, en su actuación frente a terceros tendría que ser realmente propietario o acreedor, con el consiguiente antecedente de un acto de investidura por parte del interesado que lo interpone, como medio de legitimación en su actuación. Más adelante afirma el autor que el primer supuesto viene a ser el del mandatario "in nomine proprio" o sin representación; en la segunda, la persona interpuesta realmente resulta un "fiduciario" (151).

La interposición real es, para Ferrara, "una combinación de actos jurídicos".

VI.- SUSTITUCION Y MANDATO PARA ADQUIRIR "IN NOMINE PROPRIO".

Por ser el mandato un contrato intuitu personae, el mandatario tiene que realizar los actos encomendados personalmente; sólo podrá substituir total o parcialmente el mandato u otorgar nuevos por cuenta del mandante, cuando haya sido autorizado expresamente.

ART. 2574.- "El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello"

La interpretación de este artículo nos lleva a pensar que no bastan las facultades de un apoderado general para substituir el mandato; se requiere cláusula especial por ser intuitu personae este contrato.

La substitución puede ser especial, lo que ocurre en el caso que el mandante haya señalado la persona del substituto o puede ser general, cuando la facultad de designar a la persona substituta le corresponda al mandatario. En éste último caso, el substituído no es responsable de los actos del mandatario substituto, excepto cuando la persona elegida sea de mala fe o se halle en notoria insolvencia. (Art. 2575).

En la substitución, el mandatario substituto adquiere las obligaciones y derechos del substituído (Art. 2576) Este pierde sus facultades pues ha habido una subrogación de persona. Ahora bien, puede ser que a diferencia de la substitución, el mandante faculte al mandatario para otorgar poderes, o sea, que dentro de los actos jurídicos que puede realizar, están los de otorgar mandatos o poderes. En esta caso habrá pluralidad de mandatarios.

Cabe plantear la siguiente interrogante: Puede adquirir para sí el mandatario los bienes del mandante?. El Código Civil en todo lo relativo a los administradores, ya sean estos tutores, albaceas, administradores en sentido restringido o mandatarios, prohíbe que adquieran los bienes objeto de la administración (Arts. 569, 571, 572, 1713, 2280 fracs. I, II, y V, y 2324), expresamente el artículo 2280 establece:

"No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

- I. Los tutores y curadores;
- II. Los mandatarios;
- III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intertado;
- IV. Los interventores nombrados por el testador o -- por los herederos;
- V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;
- VI. Los empleados públicos."

De esta disposición se deduce lo siguiente: los administradores y representantes deben actuar en beneficio de sus representados y se presume que no existe esta inten--ción cuando contratan en nombre propio y en nombre de su representante. Esta presunción se desvanece cuando el mandante faculta expresamente al mandatario a que adquiera -- para sí uno o varios de sus bienes. La actualización de -- esta facultad nace que se lleve a cabo un contrato consi--go mismo (152).

VII.- EL CONSTITUTUM POSSESORIO (ANFICIPADO).

Como ya hemos señalado anteriormente, el Derecho Ro--mano permitió la adquisición de la propiedad o de la po--sesión (por tradición o usucapión) para otro. Desde que -- el mandatario recibía por tradición el bien de su legíti--mo titular, su mandante se convertía no simplemente en -- poseedor sino en propietario; cuando el bien no era de la titularidad del enajenante, la tradición al mandatario -- implicaba la adquisición para el mandante de la posesión y cumplida cuenta del término de la usucapión, lo vendría a adquirir en propiedad (153).

Se ha hablado de una obligación del manatario en el

sentido de tolerar la substitución por el mandante, para el efecto del ejercicio de los derechos de crédito derivados de la realización del mandato.

En el Derecho Italiano (154) se reconoce que las cosas muebles que el mandatario haya adquirido en ejecución del mandato pueden ser objeto de reivindicación por parte del mandante y que si se trata de bienes inmuebles o muebles inscritos en Registros Públicos, estará el mandatario obligado a efectuar la transferencia. Con ello, se ha enfocado el problema en tratándose de bienes muebles no sujetos a específica publicidad: se ha concedido acción reivindicatoria al mandante contras las adquisiciones efectuadas por su mandatario en cumplimiento del encargo recibido y ello pese a la no transferencia posterior por parte de éste último. Debido a ello, Cariota Ferrara, ha definido al mandato de la siguiente manera: "es una autorización por medio de la cual el autorizante se apropia e introduce preventivamente en su propia esfera, el arreglo que se dará a sus propios intereses por el representado (155) en relación a la contraparte" (156).

(150).- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.-"Derecho de las Obligaciones".-Cajica.-Puebla, 1980.-Pág. 291

(151).- FERRARA.-Op.Cit.-Págs. 288, 289 y 290.

(152).- Sobre la naturaleza jurídica y la posibilidad de la realización del contrato consigo mismo, ver Tomo I de la Teoría General de las Obligaciones de Manuel Borja Soriano, Edit. Porrúa.-MEXICO, -- 1982.-Págs. 253 y sig.

(153).- Ver, Capítulo I, número I.

(154).- Véase, NEIPP, Vittorio.-Op.Cit.-Pág. 143; y artículos 1705 y 1706 del Código Civil Italiano.

(155).- Es pertinente hacer una observación: autorizante viene a resultar el mandante y autorizado, su mandatario. Luego para ser congruentes con estas i-

En el Derecho Alemán *ennecerus* llega a la misma conclusión, bajo otras consideraciones: "la forma en que se hallan situados los intereses en los casos de representación indirecta exige, por regla general, que los derechos reales -además de las pretensiones obligatorias contra el representante- se confieran inmediatamente al comitente, siempre y cuando sea posible conforme al ordenamiento jurídico, esto es, sin abandonar la distinción con respecto a la representación auténtica. Sólo de ése modo el comitente queda cubierto para el caso de concurso del representante indirecto y contra los embargos de los acreedores del mismo". (157).

Es necesario dejar apuntado, que en el artículo 2561 de nuestro Código Civil vigente contiene el principio general de que el mandante queda extraño al contrato realizado "in nomine proprio" por el mandatario. De aquí derivamos que el mandante no pueda ejercitar ninguna acción -contra los terceros y que éstos sólo la podrán ejercitar contra el mandatario y no contra el mandante. Sin embargo, quedan vigentes las acciones entre mandante y mandatario (último párrafo del artículo 2561) y con fundamento en ellas el mandante puede obligar a su mandatario a que le ceda las acciones contra el tercero. Este, en consecuencia, podrá oponerle las excepciones que tuviere contra el mandatario y las que le fueren personales. (158)

La doctrina del *constitutum possessorio* anticipado se encuentra expresamente acogida en el Derecho Alemán; tiene como fundamento la transmisibilidad de los efectos del

(+).- deas de Cariota Ferrara y haciéndolo extensivo a -- los supuestos de representación indirecta, aquí debería decir representante y no representado.

acto y viene a consistir en que "representante y representado pacten, además de la relación de toma de posesión -- (mandato) por el representante, la transmisión de la propiedad al mandante. La voluntad de transmitir deberá concurrir aún en el momento en que el representante adquiera la posesión, lo que es presumible" (159). Ha llegado esta doctrina a tal rigor, en el Derecho Familiar Alemán, que cuando el marido concluye un negocio en nombre propio, por cuenta de la mujer, ésta adquiere INMEDIATAMENTE los derechos por subrogación legal, evitándose así que el marido pueda realizar un acto formal de transmisión (160). Sin embargo, tal regulación no lleva a reconocer, en principio, la existencia de vínculo alguno entre el cocontratante del representante y el representado. El derecho de la contraparte del "representante" queda asegurado aún si se incumple el contrato, ya que el representante le queda -- personalmente obligado y aún puede exigir a éste que ejercite sus derechos contra su representado, para el efecto de la indemnización del daño causado.

VIII.- CESION DE CREDITOS, SUBROGACION Y ASUNCION DE DEUDAS EN EL MANDATO "IN NOMINE PROPRIO".

1.- Cesión de créditos del mandatario al mandante.

Es obligación fundamental del mandatario transferir a su mandante los derechos y obligaciones contraídos. El artículo 2029 del Código Civil nos define la cesión de derechos: "Habrá cesión de derechos cuando el acreedor -- (mandatario) transfiera a otro (mandante) los que tenga contra su deudor (tercero)".

Los límites de la cesión de derechos están contenidos en el artículo 2030: "El acreedor puede ceder su de--

recho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a --
menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya --
convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del
derecho".

El deudor no puede alegar contra el tercero que el
derecho no podía cederse porque así se había conveni
do, cuando ese convenio no conste en el título cons-
titutivo del derecho".

De lo anterior, se infiere claramente que no siempre
es posible la cesión de derechos; existen créditos incedi
bles por disposición legal, por estipulación de las par--
tes y por la naturaleza del derecho. Así, por ejemplo, no
será posible por disposición de la ley en los contratos -
traslativos de uso y goce, como el arrendamiento: el man-
datario no puede ceder sus derechos de arrendatario a su
mandante, sin el consentimiento del arrendador (artículo
2480); si el mandatario resulta comodatario, no podrá sin
consentimiento del comodante, ceder sus derechos al man--
dante (artículo 2500). Las partes pueden convenir restric
ciones o prohibiciones a la cesión de derechos, como es -
el caso de prohibición para ciertas personas, o someter -
la posibilidad de la cesión al consentimiento del deudor;
por ejemplo, los convenios en contrario en los supuestos
enunciados anteriormente.

(156).- Citado por Neipp.-Cariota Ferrara ("El Negocio --
Giurídico".-1910, págs. 566 y 567).-Op.Cit.-Pág. -
109.

(157).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág. 241.

(158).- En el mismo sentido, ha sido resuelto por la doc-
trina y la jurisprudencia españolas.-Ver. BONET -
RAMON, Francisco.-Op.Cit.-Pág. 1353 y 1354.-Tan--
bién no se debe perder de vista de que cuando el
mandatario negocia a nombre propio lo hace por --
cuenta ajena.

El mandatario no debe celebrar negocios en los que exista incesibilidad del crédito, ya sea porque así lo establece la ley o porque así se hubiere convenido, pues la contravención a ello implicará incumplimiento del mandatario hacia su mandante.

Qué naturaleza tiene el acto formal de transmisión?

Nos lo contesta el artículo 2031: "En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en éste capítulo".

El acto jurídico que dará origen a la transmisión vendrá a ser el mandato; pero éste resulta insuficiente en forma aislada para explicar la transmisión pues no es un contrato traslativo de dominio, ni de uso y goce; sino solamente uno de gestión.

La explicación también debe de ser ubicada en otros preceptos.

El artículo 2570 del Código, impone al mandatario la obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder. Tal obligación no viene a ser, sino un dar lo que es de otro, pues el precepto en cuestión tiene como fundamento la existencia de un mandato representativo y por ello resulta inaplicable a nuestro tema. La cesión de derechos puede tener el carácter de onerosa o de gratuita. La estipulación convenida, puede su pedir la retribución a la ejecución del encargo recibido, bien sea en su totalidad o al específico acto de la cesión, cláusula ésta última de gran utilidad práctica para el mandante. Si la cesión fuere gratuita, será aplicable el artículo 2050: "...el cedente no será responsable para

con el concesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor".

2.- Subrogación de deudas.

El mandatario por su actividad comercial con su contra parte, resulta deudor. Es necesario dejar apuntado que el mandante, en cumplimiento del contrato, deberá hacerle -- los anticipos necesarios al mandatario para el cumplimiento del contrato, deberá hacerle los anticipos necesarios al mandatario para el cumplimiento del encargo, pero bien puede haber ocurrido que no se hubiere efectuado dicha an ticipación. En éste caso, el supuesto es la obligación -- personal del mandatario con su contraparte; el mandatario no podrá oponer a su contraparte la no anticipación de -- fondos de una persona, que resulta ser el mandante, pues éste permaneció ajeno. Tal obligación que pesa en el mandante, no es obstáculo para que él mismo pague directamente al tercero, o por conducto de su mandatario; el artículo 2065 permite tal actuación al decir: "el pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés en el cumplimiento de la obligación". Tal pago extingue la deuda, pero quedan subsistentes las obligaciones entre el mandante y el mandatario, por lo que éste, si tuviere en su poder las cosas objeto del contrato, deberá transmitírselas al mandante.

La fracción II del artículo 2058 nos dice que: "la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin -- necesidad de declaración alguna de los interesados: ...-- cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumpli--- miento de la obligación".

La negligencia del mandatario en el pago o cumpli---

miento puede ocasionar daños al mandante; por ello, éste tiene la facultad de liberarle por medio de la subrogación legal, y mejor dicho, en atención a la relación contractual el mandante tendrá la facultad de exigir del mandatario las cantidades que le hubiere anticipado, pues -- estando vigentes las acciones entre ello, es obligación principal en el mandatario el rendir cuentas y en éste -- momento justificar las erogaciones efectuadas y, en su -- defecto, hacer el reembolso correspondiente.

3.- Asunción de deudas.

El mandatario no queda solamente obligado a transmitir los créditos obtenidos del tercero a su mandante, sino también las obligaciones. El artículo 2051 de nuestro Código Civil dice: "Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta tácita y expresamente". El problema a dilucidar sería el cómo se transmiten las obligaciones del mandatario a su mandante.

Por una parte, el mandante quiso permanecer oculto; por la otra, el acreedor está en posibilidad de aceptar -- o no la asunción de deuda propuesta por su deudor (mandatario), por un tercero (mandante) o por ambos. La relación de mandato resulta inoponible al tercero acreedor. -- Este puede rehusar la asunción, caso en el cual las obligaciones tendrán que ser cumplidas por su primitivo y único deudor, o sea el mandatario. Debe poner el mandatario toda la prudencia y diligencias necesarias en el cumplimiento del encargo, cuidando que las obligaciones por él contraídas no vayan a consistir en una realización exclusivamente personal de él, por sus cualidades o su persona.

IX.- LA COMISION MERCANTIL (SU CONCEPTO).

La comisión mercantil es el típico ejemplo del mandato sin representación. El comisionista resulta ser un mandatario; su carácter de tal no se pierde por el hecho de que ejecute los actos en representación de su comitente, del mismo modo en que sucede en Derecho Civil, donde no por el hecho de que carezca de poder de representación se está en ausencia de mandato.

EL artículo 273 del Código de Comercio Mexicano nos dice; "El mandato aplicado a actos concretos de comercio reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña" (161).

El carácter de la comisión viene a ser, en opinión de Bunecerus, "la antigua forma histórica de la representación". "El Derecho Mercantil ha elevado la representación indirecta a característica esencial del negocio de comisión" (162)

Pérez González y Alguer nos dice respecto de la actuación del comisionista e interpretando el artículo 246 del Código de Comercio Español; "Si bien en la práctica la representación mediata es característica normal de la comisión mercantil, no es una necesidad legal y el comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente. (Art. 245 C. Comercio Español). Si contrata en nombre propio, los efectos son absolutamente idénticos a los de la representación indirecta del Derecho Civil". (164)

El Derecho Francés, en principio, ha caracterizado al comisionista como mandatario comercial que obra en nombre propio. Sin embargo el artículo 94 del Código de Co--

mercio admite al comisionista obrando a nombre del comitente.

Otras legislaciones han considerado inherente a la figura de la comisión, el que el comisionista obre en nombre propio. Así, el artículo 380 del Código de Comercio Italiano establece: "La comisión tiene por objeto el trato de negocios comerciales por cuenta del comitente y a nombre del comisionista". Disposiciones análogas las tenemos en el artículo 383 del Código Civil Alemán y el artículo 425 del Código Suizo de las Obligaciones.

El artículo 283 del Código de Comercio Mexicano permite la actuación del comisionista a nombre propio o en el de su comitente.

2.- Sus efectos.

El artículo 246 del Código de Comercio Español establece que: "Cuando el comisionista contrate a nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quien es el comitente y quedará obligado de un modo directo como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratara, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllos, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí".

Disposición similar la tenemos en nuestro artículo 284: "Cuando el comisionista contrate en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cual sea la persona del comitente, salvo en el caso de seguros".

Se ha pretendido distinguir la Comisión Mercantil y mandato mercantil, en razón de que en la comisión el comite

sionista actúa en su propio nombre, mientras que en el - mandato el mandatario actúa en representación de su mandante. Tal distinción se ha basado en nuestro artículo -- 285 del Código de Comercio, que dice: "Cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en éste caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil por las disposiciones del Derecho Común" (o sea, el mandato representativo). De aquí resulta que parecerá que só lo cuando el comisionista es representante, sus derechos y obligaciones se rigen por las disposiciones del Derecho Civil y no cuando el comisionista obre a nombre propio.

Don Felipe de Jesús Tena nos dice: "La objeción sería torpe, porque los derechos y obligaciones a que se refiere el citado artículo 285 son los derechos y obligaciones que se asume el comisionista-representante en orden a terceros; relaciones jurídicas que, como ya lo hemos mostrado, son absolutamente diversas de las que adquiere, para con esos mismos terceros, el comisionista-representante - en orden a terceros; relaciones jurídicas que, como ya lo hemos mostrado, son absolutamente diversas de las que adquiere, para con esos mismos terceros, el comisionista -- que obra en nombre propio" (165).

Don Joaquín Rodríguez y Rodríguez opina: "A nuestro juicio, si la hay (la distinción entre comisión y mandato mercantil) y precisamente basada en el criterio que el derecho comparado nos muestra como tradicional; es decir, - que la comisión no es representativa, pues se obra siempre en nombre propio y el mandato mercantil sí lo es. La base para mantener ésta afirmación se halla en el artículo 285 del Código de Comercio Mexicano. Este artículo es

inequívoco. Es cierto que el comisionista puede actuar -- en nombre propio o en nombre ajeno, pero cuando esto último ocurre, el comisionista y la comisión dejan de serlo, para convertirse en simples mandatario y mandato mercantil, relación ésta que como no tiene regulación peculiar, se regirá por lo dispuesto en el Derecho Común, es decir en el Derecho Civil. Hay, pues, una comisión mercantil -- regulada en el Código de Comercio, no representativa, que tiene por objeto realizar actos de comercio y hay un mandato mercantil, representativo, que tiene por objeto realizar actos de comercio, pero que se rige íntegramente -- por las disposiciones del Derecho Común" (166).

Nos cita Rodríguez y Rodríguez los siguientes ejemplos de mandatarios mercantiles regidos por las disposiciones del mandato civil representativo:

1o.- Los administradores de una sociedad anónima (artículos 142 y 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

2o.- Representantes de accionistas en las asambleas (artículo 192 de la Ley antes citada).

3o.- En materia de operaciones de crédito, donde el artículo 289 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que el descontatario se reputa como mandatario del descontador, para el efecto del cobro de los créditos materia del descuento de créditos en libros; y el artículo 319, que a propósito del crédito confirmado, establece que el acreditante resulta responsable hacia el acreditado conforme a las reglas del mandato.

X.- CONCLUSIONES.

Un punto muy importante viene a ser el relativo a -- la titularidad de los bienes adquiridos por el mandatario;

habiendo contratado en nombre propio, los documentos que al efectos se extiendan deberán estar consignados, en --- principio, a su propio nombre. Tal esquema viene a coincidir con el efecto querido por el dominus, pues éste no podría permanecer oculto si la titulación viniera a re--- caer en él mismo.

Como obligación principal del mandatario se encuentra la transmisión de los efectos producidos por el acto, y - para tal fin no vendrán a ser jurídicas las configuraciones de un acto simulado como solución al problema, como - lo sería por ejemplo; el que el mandatario fingiéndose ser - vendedor y el mandante comprador con un precio también -- fingido; o en una aparente donación, en la que el mandata- rio fingiera ser donante y el mandante donatario, siendo fingido también el "animus donandi".

Creo acertada la opinión que Alberto Urueta y Septién propone como solución a éste problema: "... deberá bas---
tar, evitando esa estéril y ficticia vuelta, con una com- parecencia de las partes del contrato de mandato, ante -- los funcionarios del Registro Público o ante el notario - que extendiera la escritura que formuló a nomore del man- datario con motivo del contrato celebrado entre éste y -- los terceros, exhibiendo los documentos, o utilizando --- cualquier otro medio probatorio para demostrar que lo rea- lizado a nombre del mandatario, fué sólo por su carácter de tal, y lo hecho por él y a su nombre no tiene otro des- tino que el mandante. Lo anterior deberá bastar para re- conocer en el dominus al titular de lo realizado por el - mandatario en el cumplimiento de su encargo, y extender - a su nombre los documentos que aparecían a nomore del man- datario, haciéndose lo mismo por lo que respecta a las --

inscripciones en el Registro Público" (167).

En mi opinión puede aún ser refinada tal concepción, volviendo a lo que nos ha ocupado con anterioridad: el -- constitutum posesorio anticipado. Como lo vimos en el -- capítulo primero, la evolución en el Derecho Romano hizo permitir ésta fórmula cuando cayeron en desuso las formas solemnes de la "mancipatio" y de la "in jure cessio", como ocurrió también con la distinción de las cosas en man- cipi y nec mancipi, predominando las formas de la tradi-- tio y de la usucapión. Nada impide que en el mandato en -- nombre propio se pacte la constitución y transmisión si-- multánea hacia el mandante de lo adquirido por su mandata- rio. Por la finalidad económica perseguida por las partes debe existir unidad y no pluralidad de relaciones sobre -- la repercusión de los efectos definitivos en el patrimo-- nio del mandante. El artículo 795 de nuestro Código Civil nos dice: "Puede adquirirse la posesión por la misma per-- sona que va a disfrutarla, por su representante legal, -- por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pe- ro en éste último caso no se entenderá adquirida la pose-- sión hasta que la persona a cuyo nombre se haya verifica-- do el acto posesorio lo ratifique"; el artículo 798 afir-- ma: "La posesión da al que la tiene la presunción del pro- prietario para todos los efectos legales... y el artículo 806: "Es poseedor de buena fé el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de -- poseer...Entiéndase por título la causa generadora de la posesión".

Es también acertada la objeción que el propio Urueta reconoce, o sea, que serían múltiples las operaciones ju-- rdicas que se simularan, fundándose en el acto real de --

mandato sin representación, principalmente encaminadas a defraudar al fisco. Evidentemente puede servir éste contrato para fines ilícitos, pero también es cierto que las leyes han reconocido y regulado la existencia del mandato sin representación, por lo que a nadie deben extrañar los efectos que produce. Si éste contrato viene a producir -- efectos lesivos al fisco o a los terceros --nos sigue diciendo el autor--, pues es tiempo de reconocer su ineficacia y propugnar porque desaparezca; pero también resulta cierto que esto es colocarse en un plano pesimista, pues el Estado por su "imperium" puede imponer tributos elevados precisamente para eliminar las consecuencias gravosas que tales actuaciones le infieran; además de que los terceros no quedan desamparados en ningún momento, pues el derecho les reconoce y les otorga los medios adecuados -- para conseguir sus pretensiones.

(159).- LEHMANN.-Op.Cit.-Pág. 433

(160).- IDEM.-Págs. 433 y 434. Para un estudio más profundo sobre el Constituto Possesorio, puede verse a REZZONICO.-"Estudio de las Obligaciones".-1978.-Pág. 416; y a LAPAILLE.-"Derechos Reales".-Tomo I Número 243.

(162).- Artículo 244 del Código de Comercio Español: "El mandato cuando tiene por objeto un acto u operación del comercio y es comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista, se reputa comisión mercantil".

(163).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág. 240.

(164).- ENNECERUS.-Op.Cit.-Pág. 243.

(165).- Op.Cit.-Pág. 318

(166).- URUETA Y SEPTIEN, Alberto.-"Compendio de Derecho Civil".-El mandato sin representación.-Págs. 125 a 129.-MADRID, 1976.

(167).- URUETA Y SEPTIEN, Alberto.-"Compendio de Derecho Civil".-El mandato sin representación.-Págs. 125 a 129.-MADRID, 1976.

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

PRIMERA: La representación es una figura jurídica que permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona mediante la actuación de otra capaz, que actúa siempre a nombre de la primera.

SEGUNDA: La representación tiene una gran importancia y utilidad. Suple, por una parte y en su caso, la falta de capacidad de ejercicio, y por otra facilita la celebración, por el representante, de negocios jurídicos que el representado, por razones de tiempo o de distancia, no puede celebrar personalmente.

TERCERA: En lo que concierne a las personas morales, puesto que carecen de entidad corporal, sólo pueden actuar en la realidad a través de los órganos que las representan, lo cual nos muestra una nueva utilidad de la representación.

CUARTA La representación puede ser voluntaria, legal y oficiosa.

QUINTA: La representación voluntaria se establece mediante el contrato de mandato; la legal, por disposición de la ley, y la oficiosa, en el caso de la gestión de negocios.

SEXTA: En principio, la representación es admisible para todos los negocios jurídicos de Derecho Privado, inclusive los del Registro Civil.

SEPTIMA: Existe, sin embargo, negocios que por su propia naturaleza requieren de la intervención personal del directamente interesado (Otorgamiento de un testamento, juntas de aveniencia en los divorcios voluntarios, comparecencia como testigo, etc.) y en los que por consecuencia no puede operar la representación.

OCTAVA: El mandato puede ser representativo y no representativo, pero siempre, en ambos casos, por cuenta del mandante.

NOVENA: El contrato de mandato es bilateral y oneroso por naturaleza, pudiendo ser sin embargo, unilateral y gratuito; es además, principal, de tracto sucesivo, formal y excepcionalmente consensual; es por último, intuitu personae.

DECIMA: El mandato sólo puede versar sobre actos jurídicos y nunca sobre los de naturaleza puramente material.

UNDECIMA: Como al ejecutar el mandato "in nomine proprio" puede ocurrir que el mandatario enajene a su contraparte un derecho o un bien del cual no se

le ha transmitido previamente la titularidad o el dominio, ha discutido la Doctrina acerca de cuál es la consecuencia que se genera en tal situación.

DUODECIMA: Con relación a la anterior conclusión, un sector de la doctrina ha sostenido que existe un traspaso directo de quien es verdaderamente titular a la contraparte del mandatario; otro, en cambio, opina, que debe existir una anterior transmisión, que se realiza en virtud de un negocio abstracto, de transferencia causal y típica y, finalmente, alguno más asume que se trata de un negocio fiduciario..

DECIMO-TERCERA: La comisión mercantil es un típico caso de mandato sin representación, pues el comisionista ejecuta los actos que el comitente le encarga, sin ostentar la representación de éste.

B I B L I O G R A F I A

ALFARO, J. Gaspar.- "La Representación Indirecta", en Estudios de Derecho Privado.- Vol.I.- MADRID, 1962.

BATIZA, Rodolfo.- "El Fideicomiso.- Teoría y Práctica".- Asociación de Banqueros de México.- 2a. Edición .- MEXICO, 1973.

BETTI, Emilio.- "Teoría General del Negocio Jurídico".- 2a. Edición.- Traducido por A. Martín Pérez.- Editorial -- Revista de Derecho Privado.- MADRID, 1959.

BONET RAMON, Francisco.- "Código Civil comentado".- Aguilar.- MADRID, 1972.

BONNECASE, Julien.- "Elementos de Derecho Civil".- Traducción del Lic. J. M. Cajica .- Tomo I.- Puebla, MEXICO, 1945.

BORJA SORIANO, Manuel.- "Teoría General de las Obligaciones" .- Tomo I.- 5a. Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1982.

CAPITANT, Henri.- "Vocabulario Jurídico".- Traducción castellana de Aquiles Horecio Guaglianone.- DEPALMA.- BUENOS AIRES, 1980.

CARNELUTTI, Francesco.- "Lecciones sobre el proceso penal". Tomo III.- Traducción por Santiago Sentís Melendo .

CARRAL Y DE TERESA, Luis.- "Derecho Notarial y Derecho Registral".- 2a. Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1970.

CASTAN TOBEÑAS, José.- "Derecho Civil Español, Común y Foral".- 10a. Edición.- Tomo I.- REUS.- MADRID, 1963.

CLARET Y MARTI, Pompeyo.- "De la Fiducia y del trust".- Bosch.- BARCELONA, 1946.

"CURIA FILIPICA MEXICANA".- Obra publicada por Mariano Galván Rivera.- MEXICO, 1850.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.- Tomo II.- Editorial Labor.- BARCELONA, 1950.

DIEZ PICAZO, Luis.- "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial".- Tecnos.- Vol. I .- MADRID, 1970.

D'ORS, Alvaro.- "Elementos de Derecho Privado Romano".- PAMPLONA, 1960.

ENNECERUS, Ludwing.- "Derecho Civil".- Revisado por NIPPER DEY.- Traducción de Pérez González y Alguer.- Bosch.- BARCELONA, 1935.

FERRARA, Francisco.- "La Simulación en los Negocios Jurídicos".- Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Fuente .- MADRID, 1971.

FLORIS MARGADANT, Guillermo.- "Derecho Privado Romano".- Esfinge.- MEXICO, 1965.

GARCIA, Trinidad.- "Apunte de Introducción al Estudio del Derecho".- 17a. Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1968.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho".- 15a. Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1968.

GARCIA TELLEZ, Ignacio.- "Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano.- MEXICO, 1932.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.- "Derecho de las Obligaciones".- 5a. Edición.- Cajica.- PUEBLA, 1980.

HUPKA, Josef.- "La Representación Voluntaria en los negocios jurídicos". Revista de Derecho Privado.- MADRID, 1930.

IGLESIAS, Juan.- "Derecho Romano".- BARCELONA, 1965.

IHERING, Rudolf Von.- "L'esprit du Droit Romain".- Tomo IV. PARIS, 1888.

IHERING, Rudolf Von.- "El Espíritu del Derecho Romano".- MADRID, 1891.

KASER, Max.- "Derecho Romano Privado".- Versión directa de la 5a. Edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro.- Reus.- MADRID, 1968.

LEHMANN, Heinrich.- "Parte General (Manual)".- Vol. I.- Traducido al Español por José María Navas.- Editorial Revista de Derecho Privado.- MADRID, 1956.

LOPEZ VILAS, Ramón.- "El Subcontrato".- Tecnos.- MADRID, 1982.

MANFREDI, Marcos.- "Compendio de Derecho Romano".- MEXICO, 1901.

MANRESA Y NAVARRO, José María.- "Comentarios al Código Civil Español".- Tomo XI.- MADRID, 1905.

MESSINEO, Francesco.- "Manual de Derecho Civil y Comercial". Traducción de Santiago Sentís Melendo.- Tomo II.- Ediciones Jurídicas Europa.- BUENOS AIRES, 1954.

- MUÑOZ, Luis.- "Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales".- Ediciones Lex.-MEXICO, 1946.
- NEIPP, Vittorio.- "Causalidad Jurídica y Representación".- Ediciones Jurídicas Europa-América.- BUENOS AIRES, 1962.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl.- "Derecho Civil".- Parte General.- Segunda Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1982.
- PEREZ Y LOPEZ, Antonio X.- "Teatro de la Legislación Universal de España e Indias".- Tomo XIX.- MADRID, 1797.
- PETIT, Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- Editora Nacional.- MEXICO, 1966.
- ELANIOL, Marcelo y Jorge Ripert.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés".- Traducción al Español por Mario Díaz Cruz.- Tomo Sexto.- Cultural, S.A. LA HABANA, 1936.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael.- "Lecciones de Filosofía del Derecho".- Sexta Edición.- Jus.- MEXICO, 1970.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Tomo I.- 10a. Edición.- MEXICO, 1872.
- RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N.- "Pandectas Hispano Mexicanas".- Tomo I.- MEXICO, 1852.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil".- Teoría General de las Obligaciones.- Porrúa.- Décimasegunda Edición.- MEXICO, 1983.
- RUGGIERO, Roberto de.- "Instituciones de Derecho Civil".- Tomo II.- Vol. I.

SANCHEZ MEDAL, Ramón.- "De los contratos civiles".- Segunda Edición.- Porrúa.- MEXICO, 1973.

SOHM, Rodolfo.- "Instituciones de Derecho Privado Romano".- Historia y Sistema.- MADRID, 1928.

TENA, Felipe de Jesús.- "Derecho Mercantil Mexicano".- Tomo I.- Porrúa.- MEXICO, 1938.

TRABUCCHI, Alberto.- "Instituciones de Derecho Civil".- Traducción de la 15a. Edición italiana.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Dos tomos.- MADRID, 1967.

TUHR, Andreas Von.- "Tratado de las Obligaciones".- Traducido y concordado por W. Roces.-Tomo I.- MADRID, 1973.

URUETA Y SEPTIEN, Alberto.- "Compendio de Derecho Civil".- El mandato sin representación.- MADRID, 1976.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto.- "Tratado de Derecho Civil Español".- Tomo III.- VALLADOLID, 1920.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel.- "Los Contratos Civiles".- Editorial Porrúa.- MEXICO , 1983.

INDICE

REPRESENTACION, REPRESENTACION VOLUNTARIA Y MANDATO " IN NOMINE PROPRIO" .

PROLOGO

CAPITULO PRIMERO: REFERENCIAS HISTORICAS. SUMARIO:

Páginas

I.- Derecho Romano	1
II.- Edad Media:	
1.- Derecho Inglés.....	10
2.- Derecho Canónico	10
3.- Derecho Castellano.....	11
III.- Código Napoleón de 1804.....	12
IV.- Proyecto del Código Civil Español de 1851....	12
V.- Derecho Positivo Mexicano.....	14
1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.....	15
2.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.....	15

CAPITULO SEGUNDO: LA REPRESENTACION. SUMARIO:

I.- Concepto de representación. Punto de vista del sustentante.....	16
II.- Nociones doctrinarias de representación:	
1.- Doctrina Francesa.....	17
2.- Doctrina Italiana.....	17
3.- Doctrina Alemana.....	18
III.- Importancia y utilidad de la represen- tación.....	19
IV.- Teorías que explican la naturaleza jurídi- ca de la representación:	
1.- Teoría negativa de León Duguit.....	19
2.- Teorías positivas:	
A) Teoría de la ficción.....	20
B) Teoría del nuncio.....	20

C) Teoría de la cooperación.....	20
D) Teoría de la sustitución real de la personalidad del repre- sentado por la del represen- tante.....	22
V.- Distinción entre la representación y otras figuras afines:	
1.- representante y nuncio.....	27
2.- representante y auxiliares.....	28
3.- representante y órgano de la persona jurídica.....	28
4.- representante y fiduciario.....	29
5.- representación y estipulación en favor de tercero.....	29
VI.- Fuentes de la representación:	
1.- representación voluntaria.....	29
2.- Representación legal o necesaria.....	30
VII.- Casos en que no se admite la representación.	31
VIII.- Crítica general, necesidad de adoptar una doctrina. Conclusión.....	32

CAPITULO TERCERO: LA REPRESENTACION VOLUNTARIA.

SUMARIO:

I.- El negocio y el acto jurídico.....	51
II.- El poder de representación.....	53
III.- Diversas especies de representación voluntaria:	
1.- representación directa.....	59
2.- representación indirecta.....	59
IV.- Poder de representación y representación indirecta.....	62
V.- Los efectos directos, indirectos y reflejos de la representación.....	65
VI.- Crítica y conclusión.....	72

CAPITULO CUARTO: EL MANDATO "IN NOMINE PROPRIO".

SUMARIO:

I.- Generalidades sobre el mandato.....	77
1.- concepto de mandato.....	77
2.- Elementos de existencia y de validez del contrato de mandato:	
A) Elementos de existencia:	
a) Consentimiento.....	75
b) Objeto.....	79

B) Elementos de validez:	
a) Capacidad.....	80
b) Forma.....	81
3.- Clases de mandato:	
A) Mandato representativo o con poder de representación.....	83
B) Mandato sin representación, sin poder, con representación indirecta, "IN NOMINE PROPRIO" o mandato del testafierro.....	83
C) Mandato Judicial.....	83
4.- Obligaciones y derechos del mandante y el mandatario con relación a tercero.....	83
5.- Mandato entre cónyuges.....	85
6.- Limitación de la representación indirecta.....	86
7.- Terminación del mandato.....	86
II.- El mandato sin representación en el Derecho Positivo Mexicano.....	87
III.- Mandato para enajenar "IN NOMINE PROPRIO".....	90
IV.- Distinción del mandato "IN NOMINE PROPRIO" con otras figuras afines:	
1.- Contratos a favor de terceros.....	93
2.- Gestión de negocios ajenos.....	94
3.- Contrato para persona que se designare, o contrato por persona a nombrar:	
A) Doctrina Española.....	98
B) Doctrina y legislación italiana.....	100
C) Derecho Positivo Mexicano.....	105
V.- El mandato "IN NOMINE PROPRIO" y la simulación.-La interposición real de persona.....	106
VI.- Sustitución y mandato para adquirir "IN NOMINE PROPRIO".....	110
VII.- El constitutum posesorio (anticipado).....	112
VIII.- Cesión de créditos, subrogación y asunción de deudas en el mandato "IN NOMINE PROPRIO".....	115
1.- Cesión de créditos del mandatario al mandante.....	115
2.- Subrogación de deudas.....	118
3.- Asunción de deudas.....	119
IX.- La Comisión Mercantil:	
1.- Su concepto.....	120
2.- Sus efectos.....	121
X.- Conclusiones.....	123

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA
