



684
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ASPECTOS SOCIOLOGICOS Y JURIDICOS QUE
HACEN INDISPENSABLE LA FIGURA DE LA
REPRESENTACION VOLUNTARIA
DIRECTA

T E S I S
QUE, PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
JOSE LUIS PEREZ ARREDONDO

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA

No. L/66/92.

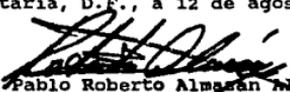
C. COORDINADOR DE LOS SERVICIOS
ESCOLARES DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

El pasante de la licenciatura en Derecho, PEREZ ARREDONDO JOSE LUIS, solicitó inscripción en este Seminario y registró el tema intitulado "ASPECTOS SOCIOLOGICOS Y JURIDICOS QUE HACEN INDISPENSABLE LA FIGURA DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA", designándose como asesor de la tesis al maestro de esta Facultad, el C. LIC. FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI.

Al haber llegado a su fin dicho trabajo, después de revisarlo su asesor lo envió con la respectiva carta de terminación considerando que reúne los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales. Apoyado en este dictamen y en mi carácter de Director del Seminario de Sociología General y Jurídica, tengo a bien autorizar su IMPRESION, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Examen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

Reciba usted un respetuoso saludo y las seguridades de mi más alta consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., a 12 de agosto de 1992


Lic. Pablo Roberto Almanán Alaniz
Director del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA
1992

*amb.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

"PRESENCIA SOCIAL Y JURIDICA DE LA REPRESENTACION"	1
A) Criterios	1
B) Origen y Evolución de las Sociedades	4
B.1) Teoría Naturalista	4
B.2) Teoría Contractualista	5
B.3) Teoría Organicista	8
B.4) Teoría Ecléctica	9
C) Evolución Histórica de la Representación	11
C.1) Derecho Romano	11
C.2) Derecho Canónico	18
C.3) Edad Media	20
C.4) Derecho Francés	21
D) Necesidad Social, Jurídica y Económica de la Representación	25

CAPITULO SEGUNDO

"NOCIONES BASICAS Y TEORIAS DE LA REPRESENTACION"	28
A) Concepto, Características y Funciones de la Representación	28
B) Importancia en el Acto o Negocio Jurídico	37
B.1) El Acto o Negocio Jurídico	37
B.2) Declaración o Manifestación de la Voluntad	46
B.3) Concepto de Capacidad y Legitimación	49
C) Teorías Sobre la Representación	55
C.1) Teoría Negativa de Duguit	55
C.2) Teoría de la Ficción	56
C.3) Teoría del Nuncio	57
C.4) Teoría de la Cooperación	58
C.5) Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad	59
C.6) Teoría de la Representación como Institución	60
C.7) Doctrina que atribuye a la Ley los efectos Representativos	63
C.8) Teoría de la Procuración	64
C.9) Opinión Personal	65

CAPITULO TERCERO

"DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA"	67
A) Clasificación de la Representación	67
B) Estructura y Elementos	76
C) Efectos	79
D) Etapas del Acto Representativo	80
D.1) Declaración de Voluntad del Representado	84
D.2) Poderes o Facultades	87
D.3) Actuación del Representante	88

CAPITULO CUARTO

"LA REPRESENTACION Y FIGURAS APINES"	91
A) Representante y Mandatario	92
B) Representante y Gestor de Negocios	96
C) Representante y Organo de Personas Morales	101

CAPITULO QUINTO

"ASPECTOS SOCIOLOGICOS Y JURIDICOS QUE HACEN INDISPENSABLE LA FIGURA DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA"	108
A) Caracteres Sociales del Derecho	110
B) Trascendencia Social de la Representación Voluntaria Directa	115
C) La Representación Voluntaria Directa en la Legislación	118
D) Comentario	121
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFIA	130

INTRODUCCION

El hombre se encuentra sometido a leyes que son comunes a todos los seres vivientes, pero también lo está a leyes particulares. De éstas, existen unas que se refieren en su aspecto interior y derivan de su propia naturaleza regulando su voluntad, sus acciones, a las que denominamos éticas o morales, y otras que tienen por objeto la manifestación exterior de su actividad en relación con sus semejantes. Estas últimas son las que denominamos jurídicas y constituyen el Derecho. El Derecho es una ciencia cuya finalidad es la de regular la conducta del hombre. De la naturaleza del hombre arranca la naturaleza del Derecho, el cual está únicamente al servicio del hombre, para ayudarlo a resolver sus necesidades y regir su conducta en la comunidad. El hombre es el centro del Derecho y las normas de éste surgen para ser acordes con las características y naturaleza de aquél.

Por otra parte, el hombre no es un ser perfecto que pueda bastarse a sí mismo. En él existen variadas y múltiples necesidades cuya satisfacción le son necesarias para que exista y se perfeccione, pero para lograrlas no basta la actividad limitada de un individuo, sino que es necesaria la cooperación de muchos, por lo cual concluimos que es un ser eminentemente social.

La Sociología en general se ocupa del estudio de la sociabilidad del hombre, es decir, de las diversas maneras en que los hombres aparecen agrupados o meramente relacionados, tratando de explicar las consecuencias de esas relaciones humanas. La sociedad existe donde varios individuos entran en acción recíproca, se ponen en convivencia (socialización),

para lograr así determinados fines que se proponen (de defensa, de ayuda, de adquisición, etc). Estas relaciones entre los hombres, vistas desde el punto de vista jurídico son las que interesan a la Sociología del Derecho, es decir, los elementos comunes a los mismos, su contenido real como formas de manifestación de la conducta humana.

Dentro de estas relaciones jurídicas podemos encontrar un sin número de actuaciones de los individuos, los cuales para lograr los fines que se propone, a través de la manifestación de su voluntad es como se producen los efectos y consecuencias jurídicas. Es aquí donde toma su importancia la figura del acto representativo como elemento necesario, indispensable en las relaciones de convivencia humana. Esta importancia además, no lo es solo por el interés científico desde el punto de vista jurídico, sino también desde un plano eminentemente práctico y sobre todo porque en ella se manifiesta la característica de toda sociedad, es decir, la cooperación que existe entre sus miembros.

El estudio de la representación ha sido motivo de preocupación de los estudiosos del Derecho durante mucho tiempo. La representación nació como respuesta a una realidad imperiosa en la vida social que el tráfico diario y la imposibilidad física imponían a las personas. En este sentido, era necesario que el campo jurídico de acción de una persona fuera mayor que el espacio de su actividad personal. Esa necesidad se subsanó en la práctica con la figura del representante; por él una persona podría en adelante abarcar todos los campos que necesitase para que la actividad del propio representante fuera jurídicamente reputada como suya.

Así pues, la representación responde a una idea de necesidad social y jurídica, cuando el interesado no puede concurrir personalmente al acto o Negocio Jurídico de que se trate, sufriendo perjuicios o molestias, o cuando está

III.

jurídicamente incapacitado. En estos supuestos, sólo con la figura del representante puede realizarse el acto o celebrarse el negocio, evitando así perjuicios a que podría darse lugar.

Por otra parte, la normatividad a fin de regular la satisfacción de las necesidades que a diario se presentan en la relaciones de convivencia humanas, ha asimilado y hecho suya la figura de la representación.

El estudio de la representación es uno de los temas que en el Derecho moderno tiene más desarrollo, ya que puede darse en casi todos los actos de los individuos en su vida social. Existen múltiples análisis que de la representación pueden hacerse, y tal situación nos obliga a concretar, haciéndose al mismo tiempo difícil esta labor ya que cualquier aspecto que se tome tiene relación con los demás, sin poder definir con exactitud la extensión y límites del campo estudiado.

Por lo anterior, el objeto del presente trabajo es el de analizar a la Representación Voluntaria Directa, al ser esta una figura auxiliar del individuo que en la actualidad es indispensable, necesaria en su campo de acción y resultante de la socialización del individuo mismo, es decir, una figura a través de la cual el individuo logra satisfacer sus necesidades derivadas de la vida social para así llegar a los fines que se propone.

La estructura que hemos adoptado para el desarrollo del presente trabajo, es en primer término la de precisar con exactitud la necesidad social, jurídica y económica de la figura de la representación en la vida del hombre, visto éste como integrante de la sociedad, haciendo para tal efecto un breve análisis de cómo a través de la historia

evolucionaron tanto la sociedad como el instrumento jurídico de la representación.

En el Capítulo segundo, se analiza la noción de la representación como figura del Derecho, poniendo especial atención al Negocio Jurídico ya que considero que además de ser éste un concepto jurídico fundamental en el ámbito del Derecho moderno en el que gira casi todo el contenido del Derecho privado, su precisión técnica en cuanto al término facilita el estudio del modo de operar de la representación. Lo anterior, trae como consecuencia adentrarnos al estudio de la manera en que el individuo exterioriza la voluntad para realizar el Negocio Jurídico, es decir, la conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido. Igualmente se hace necesario el estudio de la Capacidad y de la Legitimación como presupuestos de validez de la función representativa para que la actuación del representante sea eficaz. Finalmente, se exponen las teorías más relevantes que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la representación, dando nuestro punto de vista sobre el particular.

En el Capítulo tercero se hace un análisis de las diversas clases de representación que existen en nuestro sistema jurídico, para iniciar así en particular el estudio de la Representación Voluntaria Directa y sus efectos en relación a las personas que intervienen en ella, señalando las etapas que componen el fenómeno representativo.

En el Capítulo cuarto y con la finalidad de delimitar con mayor precisión a la Representación Voluntaria Directa, se hace una comparación y diferenciación con diversas figuras jurídicas con las que se ha confundido el representante, señalando sus características comunes pero dejándolo en el campo jurídico que le corresponde.

En el último Capítulo, analizo el tema central del presente trabajo, tratando de precisar los aspectos que de una u otra forma hacen de la Representación Voluntaria Directa un elemento indispensable para la actuación de los individuos en la vida social, y hago un enfoque a los artículos del Código Civil que sientan las bases de la misma, emitiendo además dentro de lo posible, mi opinión en el sentido de que es necesario una mayor regulación del acto representativo adecuándolo a las necesidades de la sociedad moderna, lo cual traería como consecuencia beneficios en las actuaciones de los individuos.

Finalmente, se presentan las conclusiones a las que he llegado una vez realizado el presente trabajo.

Quiero aprovechar la oportunidad para hacer énfasis sobre la importancia que implica la elaboración de un trabajo de tesis para todos aquellos que aspiramos a un título profesional. Nuestra labor no debe quedar aquí. Es mi deseo que con el desarrollo del presente trabajo logre aportar algo a la Institución que además de formarme como universitario, me ha brindado el honor de pertenecer en sus aulas: La Universidad Nacional Autónoma de México.

CAPITULO PRIMERO

"PRESENCIA SOCIAL Y JURIDICA DE LA REPRESENTACION"

A) Criterios.

El vocablo sociedad deriva del latin "Societas, -atis" que significa: "Reunión de personas, familias, pueblos o naciones." (1) Dicho de otra manera, la sociedad es la coexistencia humana organizada. De esta forma tenemos que el hombre por naturaleza es un ser eminentemente social, es un ente sociable, en el que existen multiples necesidades cuya satisfacción las logra con la cooperación de los integrantes del grupo social al que pertenece.

A través de la historia, toda sociedad de una u otra forma se ha visto afectada por diversos procesos que por su naturaleza son dinámicos y cambian según los lugares y las épocas en que se presentan. Estos procesos influyen sobre el individuo como tal y en su calidad de integrante de grupos sociales. Estos procesos dinámicos motivan el surgimiento del instrumento de la representación, como una figura jurídica necesaria e imprescindible por medio de la cual los individuos se auxilian para lograr satisfacer las necesidades que la misma vida social les impone. Así pues, el nacimiento de la representación procede como consecuencia de una necesidad social ineludible.

Por otra parte, el Derecho como exponente de la realidad social también se ve influenciado por esta serie de factores cambiantes, por lo que para adecuarse a los mismos, deben dictarse normas que sean aplicables a las relaciones

(1) Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana. Tomo 3. Pág. 639. Voz: "Sociedad".

jurídicas e instrumentos de Derecho que con tal motivo se implantan. Uno de estos instrumentos es la representación. En otras palabras, el Derecho considerado como un conjunto de normas destinadas a regular las relaciones de los individuos de una misma sociedad, debe necesariamente reflejar la realidad social y evolucionar según las transformaciones económicas que las sociedades experimentan. Así, han surgido figuras que el Derecho Romano desconocía, o bien, se han modificado las ya existentes. La figura de la representación no escapa a esta situación. Nació como respuesta a una necesidad que el tráfico diario y la imposibilidad física imponían a las personas, principalmente como consecuencia de su potencialidad económica.

Los juristas romanos caracterizados por el formalismo extremo de ese Derecho en toda su actividad, crearon el principio "Alteri Stipulari Nemo Potest", es decir, "nadie puede estipular más que a su propio nombre", obstaculizando así el surgimiento de la representación. Por otro lado, la doctrina jurídica durante mucho tiempo resistió el nacimiento de la figura que nos ocupa, ya que la misma rompía con todos los moldes preestablecidos derivados del mismo Derecho Romano. Pero pasado un tiempo hubo que aceptarla como una figura necesaria. La aceptó, pero al mismo tiempo la deformó ya que sólo la consideró como una modalidad del mandato clásico.

Por lo expuesto, podemos afirmar que "la representación es uno de los principales pilares jurídicos del mundo moderno" (2), cuya presencia dentro de la sociedad es necesaria e indispensable para el actuar de las personas jurídicas.

(2) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Pág. 24. Voz: "Representación".

Con la finalidad de precisar la importancia que la figura materia del presente trabajo tiene tanto en el ámbito social, jurídico y económico, a continuación haremos una breve referencia acerca de las diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza y origen de las sociedades, así de cómo a través de la historia fue evolucionando el instrumento de la representación.

B) Origen y Evolución de las Sociedades.

El jurista norteamericano Holmes, (3) estudioso de los orígenes del Derecho desde sus fuentes más remotas, concluyó que: "todos los caminos del estudio del Derecho conducen directamente a la Antropología" y que la evolución del Derecho y su organización están íntimamente ligadas con la evolución de la sociedad, en virtud de que el primero existe únicamente dentro de la segunda, manteniéndose durante los diversos procesos históricos de la misma.

Diversos filósofos y sociólogos han tratado de explicar el problema del origen de la agregación social, su naturaleza y fundamento. Ante esta situación, encontramos un gran número de teorías de las cuales, para los fines del presente trabajo, expondremos las principales.

Estas teorías son: La Naturalista, cuyo principal exponente lo encontramos en Aristóteles; la Contractualista, representada por Juan Jacobo Rousseau; la Organicista cuyo exponente principal es Herbert Spencer; y por último, la Ecléctica, representada por Alfredo Fouillée.

B.1) Teoría Naturalista.

El filósofo griego Aristóteles (4) explica que la naturaleza del hombre es el fundamento de la sociedad, es decir, que la razón de existir de la sociedad es el hombre y por lo tanto, su origen radica en los atributos propios del ser humano, el cual por naturaleza es un ser sociable.

(3) Cit. en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXV. Pág. 761. Voz: "Sociedad".

(4) Cit. por F. SENIOR, ALBERTO. Compendio de un curso de Sociología. Pág. 111.

La razón de existir de la sociedad es porque existe el hombre como ser humano, a quien Aristóteles lo define como "Zoon Politikon", cuya naturaleza es el de vivir en sociedad, siendo esta por consecuencia, un fenómeno natural.

El Estagirita, apoyado en sus conocimientos filosóficos basa su teoría en tres principios: Lógico, Histórico y Antropológico. En el primero, expone que al no poder existir nunca una parte antes de la existencia del todo, la sociedad es ese todo y que el hombre sólo es una partícula del mismo, por lo que no podemos concebir la existencia del hombre antes que la existencia de la sociedad.

En el principio histórico, nos dice que el hombre durante toda su existencia siempre se ha desarrollado en combinación con otros seres de su misma naturaleza. Explica que cualquier estudio que se haga en relación al hombre comprobará que éste nunca ha vivido aislado sino al contrario, siempre vinculado con otros seres humanos. Al hablar de los orígenes del hombre, señala que éste por lo menos siempre ha vivido en pareja, la cual constituye una sociedad.

Por último, en su argumento antropológico, indica que el hecho de que el hombre siempre ha vivido en convivencia con otros seres de su misma naturaleza, es decir, de que tenga la calidad de ser sociable, se debe a sus características propias, como es el pensamiento, la comunicación, la costumbre, etc.

B.2) Teoría Contractualista.

Su principal exponente es Juan Jacobo Rousseau, (5)

(5) Ibidem. Pág. 114.

quien en oposición a la teoría Naturalista de Aristóteles afirma que el hombre no siempre ha vivido en sociedad, fundando lo anterior con lo siguiente. Señala que el hombre por naturaleza es un ser libre, que la sociedad no se origina por la naturaleza del ser humano, sino que por el contrario, es el hombre quien crea a la sociedad. Rousseau dice que en algún tiempo el hombre vivió en lo que él denomina "estado de naturaleza", encontrándose totalmente aislado, en un estado "presocial", pero que al verse rodeado de una serie de problemas a los que debía enfrentarse para subsistir, y a sabiendas de que por sí mismo no podría lograrlo, se vió en la necesidad de salir de ese estado natural de aislamiento para concertar con los demás individuos un contrato que les permitiera lograr resolver de mejor forma sus problemas, tomando como base del mismo la cooperación de los individuos. A partir de este contrato señala Rousseau, es cuando el hombre convive en sociedad, originando la existencia de esta última. A este contrato, acuerdo de voluntades entre los hombres, de donde deriva el fenómeno sociedad, Rousseau lo denomina "Contrato social".

Ahora bien, Rousseau señala que no basta este acuerdo de voluntades para que los hombres puedan resolver sus problemas; es necesario además que los hombres renuncien en parte, a su libertad natural, designando a las personas que los habrán de dirigir para así perfeccionar esa protección y solución de sus problemas. A esta renuncia de libertades, Rousseau la llama "voluntad general" que es la esencia y creación del gobierno. Por ella, los hombres en conjunto depositan parte de su libertad natural individual, dando origen al poder del estado, otorgando facultades a los individuos que al efecto designen.

Así pues, Rousseau resuelve que el poder otorgado a los representantes de una sociedad para gobernar a los individuos integrantes de la misma, tiene su origen en las

libertades individuales y en la voluntad de aceptar vivir en sociedad. Por lo anterior, la fuerza, poder para gobernar, va a estar limitada según el grado en que se haya delegado la libertad natural de los individuos; su poder se fundamenta en la voluntad de los gobernados.

Como comentario, estimo importante señalar que esta teoría de Rousseau contemplada en su obra principal "El Contrato Social", fue el fundamento de la teoría liberalista del siglo XVIII, dando lugar a la transformación que surgió a fines de ese siglo con la Revolución Francesa.

Ayudados en la teoría contractualista de Rousseau, Thomas Hobbes y Montesquieu también tratan de explicar el problema del origen y evolución de las sociedades. Thomas Hobbes (6) señala que el hombre no siempre ha vivido en sociedad; el estado natural del hombre no es el de vivir en sociedad sino que por naturaleza, éste es un ser agresivo que vive en una constante lucha combatiendo con sus semejantes.

Este filósofo inglés considera que la verdadera condición humana es que el hombre es el lobo del hombre, que movido siempre por su instinto de conservación y para lograr satisfacer sus necesidades, ataca a cualquier otro ser humano que le obstaculice el camino para dicho fin, concluyendo que el estado natural del hombre es la guerra. Este al darse cuenta de esta situación, se percata de que la misma puede llevarlo a su destrucción y extinción, por lo que con el mismo estado de conservación que lo caracteriza, renuncia a ese estado de guerra pactando la paz con los demás hombres a través de un contrato, constituyendo la sociedad.

Por su parte, el filósofo francés Montesquieu (7)

(6) *Ibidem*. Pág. 119.

(7) *Ibidem*. Pág. 121.

también sostiene que el hombre no siempre ha vivido en sociedad, sino que ha vivido en un estado de naturaleza al que denomina "Presocial", y en contraposición de Hobbes, señala que en ese estado presocial el hombre nunca ha vivido en guerra o lucha con sus semejantes, ya que su misma situación de atraso, ignorancia, lo convertía en un ser tímido, temeroso de sus semejantes lo que traía como consecuencia que se apartara de los mismos y por lo tanto su estado presocial era de paz.

Continúa diciendo Montesquieu que a pesar de que los hombres evitaban el encuentro con sus semejantes, poco a poco se dieron cuenta de que el hombre no perjudicaba al hombre y que podían relacionarse entre sí para lograr su protección y la satisfacción de sus intereses. Derivado de este acercamiento entre los hombres y por el pacto celebrado entre ellos de vivir juntos, es cuando surge el fenómeno de la sociedad.

B.3) Teoría Organicista.

Su exponente principal es Herbert Spencer, (8) pensador inglés del siglo XVII, filósofo y sociólogo cuyo pensamiento se reduce a la concepción evolucionista del mundo. Señala que el origen de la sociedad se debe a una evolución de la energía cósmica. El mundo es un conjunto de energía cuya principal característica es el cambio y la evolución. Divide esta evolución cósmica en tres etapas: Un estado inorgánico compuesto sólo por la materia físico-química; un estado orgánico que se forma por el mundo biológico, seres vivientes animales y plantas; y por último la evolución del mundo permite la creación de una etapa superorgánica de donde surgen las sociedades humanas.

(8) Ibidem. Pág. 123.

El filósofo que nos ocupa, es el creador de la teoría organicista, en donde explica todo fenómeno comparándolo con organismos biológicos. Al efecto, para Spencer las sociedades son organismos superiores que se asemejan a los organismos biológicos en su estructura, funcionamiento, construcción, crecimiento, etc.

Señala que todo organismo biológico está compuesto de tres partes: Uno interior el cual produce las sustancias nutritivas del ser, permitiendo la subsistencia del mismo; uno intermedio que se encarga de distribuir esas sustancias; y por último el elemento exterior que protege al organismo del medio que lo rodea. Explica Spencer que así sucede con la sociedad; la parte interior de este superorganismo es el grupo humano que se encarga de producir los medios de subsistencia (clase agricultora); la intermedia son aquellos que se encargan de distribuir los medios de subsistencia (comerciantes); y por último encontramos la clase que protege al grupo frente a los riesgos exteriores (ejército, policía, poder judicial).

B.4) Teoría Ecléctica.

Por último analizaremos una cuarta teoría que trata de explicar el origen de las sociedades. Esta teoría es expuesta por Alfredo Fouillée, (9) quien en una posición intermedia señala que las sociedades no son sólo simples organismos ni exclusivamente contratos. Las sociedades son producto de ambos. En su formación intervienen factores orgánicos basados en el instinto de los hombres para asociarse, así como una voluntad, consentimiento para vivir en sociedad. Señala que no bastan los simples instintos para crear la sociedad; es necesario además, la voluntad para

(9) Ibidem. Pág. 124.

crearla, siendo esta por consecuencia, un "Organismo Contractual".

De acuerdo con lo expuesto y analizando cada una de las teorías que tratan sobre el origen y evolución de las sociedades, podemos observar que en toda sociedad existe un elemento común que la caracteriza. Este elemento está compuesto por la idea de cooperación entre los individuos; la ayuda mutua entre los mismos para así lograr su protección y alcanzar la satisfacción de sus necesidades (conservación, defensa, adquisición, etc.). Considero que la sociedad y el individuo son entes interrelacionados, que no pueden existir uno sin el otro y por ello ese elemento característico de toda sociedad es cambiante, según las transformaciones y evolución de la humanidad.

Precisamente una manifestación del elemento común que caracteriza a toda sociedad, es la existencia de la figura de la representación, ya que a través de ella los individuos cooperan en sus relaciones de coexistencia humana organizada.

C) Evolución Histórica de la Representación.

Todo instrumento jurídico es, obviamente, el resultado de un lento proceso de evolución histórica. En el tratamiento que un determinado núcleo de problemas recibe, hay siempre una buena dosis de elementos que han llegado hasta nosotros como consecuencia de un proceso de evolución, junto con aquellas variantes o nuevos planteamientos que las necesidades de tipo práctico incesantemente imponen. "En la figura a la que ahora dedicamos nuestra atención esto es tan claro como en cualquier otra". (10)

La figura de la representación es el resultado de una serie de factores históricos, factores que son las soluciones que a los problemas prácticos se han ido dando en cada una de las fases sucesivas de la cultura occidental y europea. "Hay unas soluciones romanas, una serie de soluciones medievales que fueron adoptadas por los canonistas y por los cultivadores del Derecho común y, sobre todo, una serie de soluciones que fueron propuestas por los juristas alemanes del siglo XIX al servicio de la primera revolución industrial y del desarrollo capitalista de aquella época". (11) Así pues, conviene que examinemos el proceso de evolución de la figura en estudio.

C.1) Derecho Romano.

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que dentro del primitivo Derecho Romano era inadmisibles la representación. Argumentan que por el formalismo extremo que

(10) DIEZ-PICAZO, LUIS. La Representación en el Derecho Privado. Pág. 25.

(11) Idem.

caracterizaba ese Derecho en toda su actividad, bajo el principio de que "nadie podía estipular más que a su propio nombre" y sobre todo por la concepción que de las obligaciones se tenía en ese entonces, las cuales eran personalísimas, a tal grado que el deudor respondía con su persona, impedían que la actuación de una persona modificara la situación patrimonial de otra. Era imposible que la voluntad de contratar se manifestare por otro, por lo que sólo las personas que concurrían a la celebración del acto quedaban vinculadas a él. Asimismo, "la circunstancia de que el Pater Familias adquiría derechos por sí a través de los incapaces que dependían de él (hijos y esclavos) hacía que el instrumento en comento no fuera necesario". (12)

Igualmente y en virtud de la sencillez de la primitiva vida romana, así como por la idea que sobre la libertad humana se tenía, se llegó a considerar indigno que un hombre libre se ocupara de los asuntos que no fueran propios.

Sin embargo, existen algunos autores que han pretendido encontrar en diversas figuras reguladas por el primitivo Derecho Civil Romano (Monarquía 754 o 753 a 509 A. de C.), el antecedente remoto de la representación moderna. Así se ha pensado que el "adjectus solutionis gratia" es un antecedente de la representación. Consistía en una modalidad que podía pactarse en cualquier estipulación, designándose a una persona para recibir el pago en lugar del acreedor. No puede considerarse como un representante, ya que si bien es cierto recibía el pago por cuenta y en nombre del estipulante, no tenía en su actuación esa facultad discrecional que caracteriza a todo representante, con respecto al Negocio Jurídico que va a realizar.

(12) VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano. Pág. 283.

Igualmente se ha pensado que la actuación del tutor era una representación de los intereses del pupilo. Era la tutela una institución que suplía una incapacidad física o legal y exclusivamente con facultades de administración sobre los bienes del pupilo, y se realizaba por dos procedimientos: Prestando su "auctoritas" a los actos del pupilo, u obrando por la "gestio". Por esta última, el tutor realizaba actos por razón de la tutoría, pero dichos actos lo vinculaban a él personalmente como si se tratara de un negocio propio. Esta situación del tutor era semejante a la del mandatario, y al igual que éste, disponía de una acción contra su pupilo ("tutelae contraria") para que éste le descargara de las obligaciones contraídas con motivo de la tutela. "Por otra parte, la "auctoritas" consistía en la cooperación o concurso del tutor a un acto realizado por el pupilo, con el cual aumentaba y completaba la personalidad con su presencia". (13) En ninguno de los dos casos el tutor era representante del pupilo; en el primero obraba a nombre propio, y como tal se obligaba; en el segundo sólo asistía al pupilo, salvaguardando sus intereses dándole validez al acto jurídico con su presencia, pero sin intervenir en la celebración del mismo.

Considero oportuno señalar, que sólo en un caso los actos celebrados por una persona tenían repercusión en el patrimonio de otra. Me refiero a los contratos celebrados por personas sujetas a potestad del Pater Familias (mujer, hijos, esclavos). Sin embargo, nada más lejano a la representación. Es cierto que las adquisiciones hechas por estas personas beneficiaban al Pater, pero no en virtud de una representación, sino como efecto de la potestad que este tenía sobre aquellas ya que el primitivo Derecho Civil Romano consideraba a la familia con una sola personalidad jurídica,

(13) PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 131.

la del Pater. Por otra parte, el hijo y el esclavo no podían obligar al Pater quien sí se aprovechaba de sus adquisiciones.

Así pues, analizando con cuidado cada una de estas figuras en las que se ha pretendido encontrar el antecedente de la figura de la representación, llegamos a la conclusión de que en las mismas no puede hablarse de formas semejantes a la del representante, en virtud de que como hemos expuesto, en el primitivo Derecho Romano siempre fue principio sostenido el que nadie podía obrar más que a su propio nombre, y sólo los que intervenían personalmente en un Negocio Jurídico quedaban vinculados.

Es en el Derecho Pretoriano donde puede encontrarse el primer paso hacia la representación propiamente como tal. Con la creación del Pretor en el año 387 de Roma se formularon excepciones a los viejos principios del Derecho Civil. El Pretor, si bien no abrogaba estos principios, por la autoridad de que disponía, sí establecía reglas más equitativas en virtud del desenvolvimiento social e intensificación de las actividades comerciales de los individuos.

El Pretor, a través de edicto, admitió por primera vez que la actuación jurídica de una persona Sui Juris pudiera tener repercusión en el patrimonio y situación de otra igualmente Sui Juris.

La reforma surgió en virtud de que con frecuencia el Pater Familias ponía al frente de un negocio a un esclavo o a un Alieni Juris, los cuales no podían obrar a nombre del dominus, ni mucho menos hacerlo deudor frente a los terceros con quienes contrataban. Debían obligarse personalmente, encontrándose además con la prohibición para que un individuo sujeto a potestad pudiera contratar por su cuenta.

El tercero que había contratado con el esclavo tenía una situación precaria, ya que se le podía exigir el cumplimiento de su obligación, mientras que él no podía ejercer ninguna acción ni contra el esclavo con el cual había contratado, en virtud de que éste no era considerado como persona, ni contra el amo del negocio, ya que con él no había contratado e incluso ni podía llegar a ser deudor por Negocios Jurídicos celebrados por personas sujetas a su potestad. El Pretor, con un acertado propósito de equidad y con el fin de proteger el tráfico y los intereses de los terceros que hubieran contratado con alguna de aquellas personas, concedió a estos terceros una acción llamada de "Peculio", donde la responsabilidad que por ella se exigía, solo alcanzaba hasta el monto del peculio que el Pater Familias había dado al incapaz. Por esta acción, los terceros que habían contratado con la persona sujeta a potestad, podían exigir al Pater las obligaciones contraídas por ésta, considerando que los había autorizado "tácitamente" para obrar en su nombre.

Edictos posteriores hicieron extensiva esta acción a todos los casos en que un Sui Juris estuviera encargado de cualquier negociación mercantil.

Bajo este principio de equidad, el Pretor fue introduciendo en el campo del Derecho Romano acciones posteriores que fueron derogando paulatinamente el rigorismo del primitivo Derecho. Entre estas acciones, las más importantes fueron la "Institoria", la "Quod Jussu" y la "Exercitoria".

La acción "Institoria" creaba responsabilidad para el Pater que pusiera al frente de un comercio o industria de su propiedad a su hijo o esclavo, bajo la calidad de gerente (Institor); la "Exercitoria" se daba cuando el Pater haciendo función de Magister Navis o Armador (Exercitor) había puesto a la cabeza de un navio a su esclavo o hijo para un comercio

marítimo; y la "Quod Jussu", que se daba en el caso de que un tercero hubiera vendido un objeto a un esclavo y éste había contratado con el permiso expreso del amo sin importar la forma en que éste se había dado.

Posteriormente, el Pretor basándose en los mismos principios de equidad, dió a los acreedores del hijo o del esclavo una acción llamada "Tributoria", a través de la cual éstos concurrían a la muerte de su deudor con el Pater Familias para hacer efectivos sus créditos.

Como podemos darnos cuenta, en todas las hipótesis mencionadas, el acto celebrado obligaba personalmente a quien lo había celebrado, al mismo tiempo que al verdadero dueño del negocio, de tal manera que el tercero podía demandar a uno u otro. Pero esta relación no era completa, ya que el dueño del negocio no tenía ninguna acción contra el tercero, pues a éste no llegaba la excepción que el Derecho Pretoriano hizo de la norma común. Faltaba la estructura completa de la representación; la idea del representante como organismo independiente, por lo que las acciones en comento eran sólo una serie de soluciones equitativas sin llegar a formar un todo orgánico y mucho menos una teoría general de la representación.

Es importante señalar que dentro de las figuras jurídicas de la época clásica del Derecho Civil Romano, existía la del "Procurator" o "Mandatario", que podría confundirse con la figura del representante.

La "Procuratio in Rem Suam" era un mandato por el cual el mandatario ostentándose como Procurator, ejercitaba como propia una acción procesal que originalmente correspondía al mandante. Lo que caracterizaba a esta figura era la modalidad de que el Procurator obraba en

provecho propio, sin tener que rendir cuentas al mandante, por lo que éste era un verdadero cedente.

Podemos observar que en esta forma especial de mandato no existe representación alguna, ya que el Procurator obraba en nombre propio y no del mandante.

Asimismo, el mandato romano era un contrato consensual, de buena fé, por el cual una persona denominada "Mandator" o "Dominus" daba encargo a otro ("Procurator") de realizar gratuitamente un conjunto de operaciones o un acto determinado. Los elementos que el mandato romano debía reunir eran: Objeto lícito; ser gratuito de parte del Mandatario; y un interés pecuniario de parte del Dominus. El mandato era un contrato que como su etimología lo indica (Manus-Dare. Dar la mano en señal de amistad y confianza) basado en la mutua confianza, explicándose con esto la gratuidad y revocabilidad que lo caracterizaban.

Por lo anterior, podemos afirmar que el mandato romano no conoció la representación. Esto, en virtud de que el Procurator al actuar se obligaba siempre "personalmente" como si los negocios fueran propios, es decir, actuaba en su propio nombre. Por otra parte, el mandato romano sólo producía efectos entre las personas que lo otorgaban, por lo que era necesario la realización de un nuevo acto jurídico posterior por el que se transmitieran los derechos y obligaciones adquiridos por virtud del mandato a su verdadero dueño (Dominus), el cual contaba para ello con la acción llamada "Mandati Directa".

En este sentido, el tercero se obligaba única y exclusivamente con el mandatario y éste a la vez con el tercero, "debiendo en un acto posterior el mandatario transportar los derechos y obligaciones que por

el Negocio Jurídico resultaban, al verdadero interesado".(14)

Las relaciones creadas a través del mandato entre mandante y mandatario eran extrañas a los terceros y la obligación que tenía el mandatario de entregarle al mandante todo el producto del mandato sólo tenía validez entre ellos mismos.

Por lo expuesto, el mandatario no era un representante del mandante, sino solo un agente que obraba en su propio nombre por cuenta del mandante. Se trataba de un mandato sin representación, en el que no existía representación alguna.

Haciendo una breve síntesis de todo lo anterior, es posible afirmar que los jurisconsultos en Roma no llegaron a formular una teoría general de la representación y que a pesar del rechazo que los citados jurisconsultos hicieron de esta figura, la misma tuvo una considerable utilidad práctica mediante la vía de excepcionalidad que le otorgó el Pretor. "La representación no fue admitida en el Derecho Romano, más que a título excepcional y por procedimientos indirectos". (15)

C.2) Derecho Canónico.

El Derecho Canónico (Siglos VI a IX) al anteponer la voluntad de los contratantes al formalismo que caracterizaba como hemos indicado al primitivo Derecho Romano, prescindiendo así de las limitaciones de ese

(14) PUIG PEÑA, FEDERICO. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo I. (Parte General). Pág. 582.

(15) BONET RAMÓN, FRANCISCO. Naturaleza Jurídica del Contrato de Mandato. Pág. 81.

Derecho (16), es quien en realidad acoge la figura de la representación, arrancando con ello, dice Saggese (17) la verdadera historia del representante.

"Era consecuencia lógica de aquella profunda tendencia ética que alimentaba a todo el Derecho Canónico y que colocaba en lugar superior a la buena fe para contratar, y a la corrección en la celebración de contratos.... La obligación consecuentemente, asumía un carácter verdaderamente económico y con ello el Derecho Canónico influye profundamente en la vida comercial, que ya en aquella época surgía y se desarrollaba vigorosamente en las ciudades italianas, haciendo sentir su influjo, inclusive a través de los estatutos municipales". (18)

Entre todas las figuras canónicas de esos tiempos, fue en especial la del nuncio quien abrió el camino. El nuncio era un verdadero enviado del Pontífice Romano a las provincias cristianas para que hiciera lo que él no podía hacer personalmente.

Las funciones y atribuciones del nuncio lo eran en todos los casos de gobierno y sobre todo de representación personal del Pontífice, y en virtud de ellos, lo que disponían o mandaban era exactamente igual y tenían la misma fuerza como si el Pontífice mismo los hubiese celebrado.

Otra manifestación con que el Derecho Canónico amplió la representación, fue el surgimiento del canon 1089, ubicado en el Libro VI del propio Código Canónico, correspondiente al Capítulo denominado "De Procurato Ribus"

(16) Cfr. BARRERA GRAFF, JORGE La Representación Voluntaria en Derecho Privado. Representación de Sociedades, Pág. 14.

(17) Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Idem.

(18) Ibidem, Pág. 15.

en el que se establece que es válido el matrimonio contraído por procurador, con poder especial. (19)

Así pues, para el Derecho Canónico no existió ningún obstáculo para que cada uno pudiera, por medio de otros adquirir derechos y obligaciones. La tradición canónica de la representación arranca desde los primeros tiempos de la edad media y debe considerársele como el primer antecedente directo y preciso de la representación actual.

C.3) Edad Media.

Una vez que los bárbaros se establecieron en el territorio que en algún tiempo fue el Imperio Romano, se siguió el sistema personal de aplicación del Derecho. Es decir, las autoridades bárbaras aplicaban su propio Derecho a los conquistadores y a sus descendientes y el Derecho Romano lo aplicaban a los conquistados y a sus descendientes. Posteriormente, la fuerza jurídica de las leyes romanas fue absorbiendo el Derecho Bárbaro hasta llegar al grado que todas las leyes que se expedían, tenían su fundamento en el Derecho Romano.

Los bárbaros conocían la representación en la adquisición de la posesión, así como para el cobro de créditos; sin embargo, era admitida sólo en casos extremos y de absoluta necesidad, ya que era cuestión de honor el que el hombre respondiera en su persona por todos sus actos jurídicos. Asimismo, entre los germanos y los francos eran rarísimos los casos de mandato.

Pero el camino que el Derecho Canónico abrió y sobre los principios jurídicos de éste, los estatutos de las

(19) Cfr. DIEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit. Pág. 28.

ciudades italianas pusieron una piedra fundamental en el instrumento de la representación. Las necesidades del comercio y el espíritu de simplificación que caracterizaba a los mercaderes italianos de la Edad Media, fueron los factores básicos que fundaron a la representación sobre sus bases definitivas. Se admitió que los actos del representante se reputaran hechos por el representado, sin que los efectos jurídicos del negocio, modificaran en lo más mínimo la situación patrimonial de aquél.

En ese entonces, fue también en Italia donde nació la figura mercantil de la Comisión, como correspondiente al mandato civil, aunque con características distintas, ya que se precisaba una mayor amplitud de poderes, así como facultades representativas que el representante podía usar a su discreción según considerara que en un determinado negocio era conveniente mostrar su verdadera condición u ocultarla, contratando a nombre propio. La práctica de los negocios fue desarrollando y perfeccionando la figura de la comisión, separándola definitivamente del mandato, el cual conservaba su carácter de no representativo.

C.4) Derecho Francés.

Uno de los antecedentes más directos de nuestros ordenamientos positivos es el Código de Napoleón de 1804. Para entender las tendencias legislativas de los autores de este Código en relación a la figura que nos ocupa, es necesario poner atención a su evolución histórica desde dos puntos de vista: 1.- Del Derecho Civil tradicional, aferrado a la tradición romana y para el cual no existió, sino hasta fines del siglo XVIII el instrumento de la representación, entendía a toda actuación por otra a través del mandato, el cual conservaba las características romanas. 2.- Del nuevo Derecho Mercantil nacido a fines de la edad media en los estatutos italianos y posteriormente fue extendiéndose

por toda Europa, en donde la representación tuvo cabida desde un principio, a través de la comisión, derivado de la amplitud de los ordenamientos mercantiles y las necesidades comerciales que cada día se hacían más extensas y universales.

Esta es la situación de la representación al comenzar la edad contemporánea y de esta dualidad de posiciones deriva la historia de dicho instrumento en el siglo XIX. La doctrina y las legislaciones se empeñaron en colocar en el campo del mandato, a la representación nacida en el terreno mercantil. Se hace una mezcla indebida de mandato y representación, igualando, en algunos casos ambas figuras o combinándolas, cuando en realidad son irreductibles, nacidas de distintos campos y que responden a distintas necesidades; el mandato, a un encargo amistoso, basado en la mutua confianza, sin ánimo de lucro y la representación, a un encargo de negocios, basado en la necesidad del tráfico e inconcebible sin la debida remuneración.

Producto de esta idea fue toda la doctrina francesa anterior al Código Napoleónico y el Código mismo. De ahí el artículo 1984 (20), el cual sin hablar expresamente de la representación, exige, al tratar del mandato, que el mandatario obre siempre en nombre del mandante. Admite el mandato representativo, conservando en lo demás las características del mandato tradicional. Como podemos observar, la confusión es total; no existía el mandato sin representación, donde la única fuente de esta era el primero (mandato representativo).

(20) Art. 1984 del Código Francés: "Mandato es el contrato por el cual una persona llamada Mandante, confiere a otra, llamada mandatario, poder para llevar a cabo en su nombre uno o varios actos jurídicos."

Apoyado en lo anterior, la doctrina llegó a afirmar que la representación no era otra cosa más que una característica del mandato como una proyección exterior de las relaciones internas entre mandante y mandatario, es decir, que cualquier actuación por otro era debido a un mandato, y si bien, éste no existía en contrato, se recurría a la idea de que se trataba de un mandato tácito.

Por lo expuesto, podemos afirmar que los autores del Código de Napoleón admitieron la representación, pero la llevaron hasta su último extremo, ya que al imponer siempre el mandato representativo hacen imposible que pueda existir el mandato sin representación. Para este Código y siguiendo con las ideas medievales, es imposible separar a la representación del mandato.

Asimismo, de la misma forma en que se confundió la representación con el mandato, se confundieron ambos con el poder, de tal manera que representante, apoderado y mandatario llegaron a ser sinónimos, cuando como veremos más adelante, el poder es conceptualmente distinto al mandato y a la representación. La doctrina inspiradora del Código Napoleónico y el Código mismo, así como las legislaciones que de él se derivaban, no hicieron ninguna distinción entre estas tres figuras.

"Por último, la idea de representación la encontramos en una forma más estructurada entre los Pandectistas Alemanes". (21)

"La doctrina alemana considera que el invento jurídico más importante que haya aportado a la doctrina universal, es el "Poder Representativo" ("Vollmacht");

(21) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Representación, Poder y Mandato. Pág. 16.

calificado, no hace mucho, como el primero entre "los inventos" de la ciencia jurídica alemana. (Dolle)". (22)

(22) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Cit. por PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Idem.

D) Necesidad Social, Jurídica y Económica de la Representación.

El fenómeno jurídico que se conoce con el nombre de representación, es una figura difícil de comprender, ya que rompe con la ley física de que un mismo cuerpo no puede estar en dos lugares diversos al mismo tiempo. La ciencia jurídica ha tratado de explicar o justificar el porqué los efectos de los actos que ejecuta una persona repercuten en la esfera de derechos de otra, sin poder llegar a una conclusión definida.

Considero que esta justificación debe tomarse en cuenta desde el punto de vista de la utilidad social, jurídica y económica que la representación desarrolla, ya que a través de la misma se han logrado grandes beneficios a la humanidad.

Esta figura en el mundo moderno desempeña un papel muy importante en las relaciones jurídicas. Es un producto de la cooperación de los individuos como integrantes de las sociedades. En el seno de la vida social no siempre es posible que un individuo desarrolle personalmente toda su actividad. Razones de imposibilidad física, de incapacidad jurídica o simplemente razones de comodidad hacen conveniente que una persona encargue a otra la realización de determinados actos. Esta utilidad social, jurídica y económica que justifica la existencia de la representación, se manifiesta además, "tratándose de las personas jurídicas colectivas en las que hay una evidente imposibilidad de actuar sino por medio de personas físicas". (23)

Así pues, la utilidad de esta figura está fuera de duda; permite a una persona actuar, simultáneamente y en

(23) Ibidem, Pág. 11.

lugares distintos, produciendo el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad. A través de ella se obtiene una doble ventaja: Por parte del representado se da la ubicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; por parte del representante, en especial en el caso de Representación Legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad del ejercicio de quien la tiene limitada, obteniendo los mismos efectos como si ellos hubieran actuado.

Junto con esta idea de necesidad a la cual responde la representación, tenemos que sus consecuencias se manifiestan principalmente en la esfera patrimonial del representado. La actividad de las sociedades modernas y de las grandes industrias y hombres de negocios, que de manera tan complicada y tan variada realizan sus actividades simultáneamente en distintos lugares, realizando funciones en campos diferentes y en materias especializadas (comercio, banca, industria, actividad bursátil, transporte, edificación, etc.) no podrían desarrollarse sin la ayuda y colaboración de representantes que tengan contacto con terceros y que a nombre del representado celebren los contratos, ejecuten los actos jurídicos, realicen los tratos que dicha actividad requiera. "La representación multiplica, pues, la posibilidad del principal o representado, y permite su intervención en zonas y lugares distantes a aquél en que vive y trabaja y en materias que por su variedad y dificultad escapan a su atención personal, a su conocimiento y capacidad, pero no a la de los representantes especializados que nombra". (24)

(24) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit Pág. 20.

Por lo anterior, podemos afirmar que la existencia y los efectos de la representación, se justifican por la utilidad social, jurídica y económica que la misma produce, permitiendo y otorgando al individuo como tal y como integrante de una sociedad, el don de la ubicuidad jurídica que su naturaleza física le impide, permitiendo además que se ejerciten los derechos de las personas incapaces, manifestándose esos efectos principalmente en su esfera patrimonial.

CAPITULO SEGUNDO

"NOCIONES BASICAS Y TEORIAS DE LA REPRESENTACION"**A) Concepto, Características y Funciones de la Representación.**

"Este instrumento del Derecho conocido con el nombre de representación, ha sido objeto de numerosos tratados y estudios, ya que buena parte de las relaciones jurídicas descansan sobre esta figura". (25)

El instrumento jurídico de la representación: "es un fenómeno difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla, al mismo tiempo, los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas". (26) En la ciencia, para estudiarse cualquier supuesto, hipótesis, fenómeno o acontecimiento, los estudiosos de la materia de que se trate, frecuentemente llegan a opiniones muy diversas e incluso contradictorias; la ciencia del Derecho no escapa a esta situación. Así, se han expuesto diversas teorías que tratan de explicar el fenómeno de la representación y que más adelante estudiaremos, entre ellas, las que incluso la niegan.

En nuestro Derecho, la figura de la representación es aceptada tanto en la doctrina como en nuestra legislación vigente. En esta virtud, a continuación expondremos algunos conceptos que respecto a la figura en estudio se han formulado y que en nuestra consideración son los más importantes.

(25) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, Pág. 336.

(26) DIEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit. Pág. 23.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, representación es: "el acto de representar o la situación de ser representado, substituir a otro o hacer sus veces". (27)

La representación según Coviello, importa: "la substitución de una voluntad a otra en la conclusión de los Negocios Jurídicos, de modo que los efectos del Negocio se verifican inmediatamente en favor o en contra no del que lo ha efectuado, sino de aquél en cuyo nombre e interés se ha celebrado". (28)

Para Ernesto Gutiérrez y González, es: "el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz". (29)

Felipe de J. Tena, nos dice que la representación es: "un instituto mediante el cual una persona (representante) da vida a un Negocio Jurídico en nombre de otra llamada representado, de tal suerte que el Negocio se considera como creado directamente por ésta, a la que pasan de modo inmediato los derechos y obligaciones que del Negocio derivan". (30)

Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo, la representación es: "la facultad que tiene una persona llamada representante, de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra, llamada representado". (31)

(27) Diccionario Jurídico Mexicano, Pág. 22. VOZ: "Representación".

(28) COVIELLO, NICOLAS. Doctrina General del Derecho Civil, (Traducción por FELIPE DE J. TENA) Pág. 431.

(29) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Op. Cit. Págs. 335 y 336.

(30) DE J. TENA, FELIPE. Derecho Mercantil Mexicano, Pág. 192.

(31) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 11.

Es así, que hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico de manera que sus efectos se producen directamente en la persona y patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado o ejecutado el acto. Por la actuación del representante, se crea una relación obligatoria entre representado y tercero.

Decimos que la representación es una facultad, entendida ésta como la aptitud que puede tener una determinada persona que, gozando de Capacidad de ejercicio, realiza determinado acto jurídico al actuar en nombre y por cuenta de otra.

Asimismo, tenemos un elemento característico de la representación, el cual consiste en la especie de actividad que al representado le presta el representante, es decir poniendo el representante a disposición del representado su aptitud de querer: "es una actividad precisamente volitiva, determinante de la celebración del Negocio". (32) Es así, que será representante el que emite y, en su caso, recibe por otro (el representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado.

Como veremos más adelante, para que se dé la esencia del fenómeno representativo, es necesario que el representante emita su propia voluntad para la formación del Negocio Jurídico, ya sea substituyendo la voluntad del representado (Representación Legítima), o bien, en virtud de la extensión de la voluntad del representado (Representación Voluntaria). En esta última, además es presupuesto necesario que el sujeto que quiere hacerse representar declare su propia voluntad para tal fin.

(32) DE J. TENA. FELIPE. Op. Cit. Pág. 193.

Sin perjuicio de esta declaración de voluntad propia del representante, para que se tenga la representación es necesario, como ya hemos mencionado, que se obre también en nombre de otro, es decir, que el negocio se contraiga en nombre ajeno, ya que obrar en interés de otro no es suficiente. No es necesario que resulte de una expresa declaración la intención de obrar en nombre de otro; puede resultar igualmente de las circunstancias de hecho. Durante el desarrollo del presente trabajo, nos daremos cuenta que por este requisito la representación se distingue netamente de todos los casos en que alguno obra en interés de otro, pero en nombre propio, casos que de ordinario se confunden con la representación, como son los llamados de representación impropia, o indirecta, o representación de interés: "pero que más exactamente puede reducirse a la figura de la interpósita persona". (33)

Adelantándonos un poco en nuestra exposición, por el momento es importante mencionar que en esta figura llamada por algunos autores "representación indirecta", no existe representación alguna, en virtud de que a través de ella se actúa en nombre propio y por cuenta de otro, sin que los efectos del negocio celebrado repercutan directamente en la esfera jurídica y patrimonial del verdadero sujeto de los intereses. Es característica esencial de la representación, el actuar en nombre del representado.

Por otra parte, es necesario además que el acto realizado a través de la figura de la representación surta efectos en forma directa en la esfera jurídica y patrimonial del representado, como si hubiera sido realizado por él. Así: "los derechos y obligaciones que derivan del acto jurídico de que se trate, se imputan directamente al

(33) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 432.

representado". (34) Por la representación: "los efectos del negocio se operan, sin más, en beneficio y a cargo no de quien lo realiza, sino de la persona en cuyo nombre se celebra". (35)

Es importante señalar que el acto jurídico puede resultar ineficaz cuando la voluntad del representante estuvo sujeta a algún vicio, no obstante que la del representado haya podido ser perfecta en su declaración. "Pero manifestada la voluntad por el representante, ésta no lo liga, ya que se crean sólo lazos jurídicos que sujetan al representado". (36)

De lo anterior se desprende que los efectos de la representación, o sea los derechos y obligaciones nacidas del negocio, miran a la persona del representado, mientras que la causa inmediata, es decir, la declaración de voluntad emitida frente a terceros, se refiere a la persona del representante. Cabe recalcar, que éste último no es un simple órgano transmisor de la voluntad de otro, ni siquiera cuando debe obrar dentro de los límites de las instrucciones recibidas, ya que como hemos indicado es su declaración de voluntad la que constituye el Negocio Jurídico, y las instrucciones que se le han dado sirven sólo para juzgar si se excedió o no de sus poderes. Esto es evidente, cuando se piensa en la representación de las personas físicas incapaces; pero no es menos cierto en los casos de Representación Voluntaria, en que hay siempre en el representante cierta libertad en declarar la propia voluntad en lugar del representado. Cuando las instrucciones recibidas son a tal grado circunscritas, que no dan lugar absolutamente a la libertad de acción de la

(34) Diccionario Jurídico Mexicano. Pág. 22. VOZ: "Representación".

(35) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 433.

(36) GARCIA, TRINIDAD. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 172.

persona encargada de obrar en nombre de otra, no existe la representación. Por eso se distingue el representante del nuncio o mensajero, cuando este no es más que un simple instrumento de transmisión de la voluntad, desempeñando el mismo oficio que el correo, el telégrafo, el teléfono, etc. "En la conclusión del negocio no pone nada de si mismo, limitándose a repetir lo que otro ha pensado y manifestado". (37)

Con lo señalado, podemos darnos cuenta que todo representante debe tener al menos la capacidad natural de querer, es decir: "la representación supone que una persona que no es a quien le corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad, su "querer", al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen". (38)

Por lo anteriormente expuesto, podemos indicar que en toda relación representativa, tanto en la voluntaria, como en la legítima o no voluntaria, es decir la impuesta por una norma de Derecho Positivo (patria potestad, tutela, sindicatura, albaceazgo, etc.) existen dos notas esenciales que la caracterizan: "Que el representante obre a nombre del representado; y que el acto o Negocio Jurídico que aquél celebre como representante, le sea ajeno por corresponder o pertenecer al representado". (39)

La primera nota supone, por una parte, y en relación con el representado, que éste declare ser el sujeto del fenómeno representativo: "ya sea previamente mediante el

(37) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Págs. 431 y 432.

(38) Diccionario Jurídico Mexicano, Pág. 22. VOZ: "Representación".

(39) HUPKA. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 25.

otorgamiento del poder o bien, mediante la ratificación posterior del acto". (40) En relación al representante, que se ostente como tal ante todo tercero con quien contrate, es decir, que su actuación sea abierta obrando a nombre del representado (Contemplatio Domini), sin ocultar la relación con éste, como sucede en la mal llamada: "representación indirecta, en la que el representante actúa por cuenta y en interés del representado pero a nombre propio, es decir, ostentándose ante el tercero como el interesado directo, por lo que éste último no entra en relaciones con el representado, quien permanece oculto e ignorado". (41)

Esta primera nota, supone por otra parte, que el representante obra por el representado, es decir: "actúa para adquirir o afectar un derecho subjetivo de éste, para atribuirle los efectos patrimoniales de los derechos que adquiriera o de las obligaciones que asuma en sus relaciones con terceros". (42) En palabras de Mosco: "su función se agota normalmente con la estipulación del negocio y no se refiere a los efectos del mismo". (43) Así pues, para el representante es ajeno el negocio en que interviene. Por esta razón: "los efectos de la actividad y de la conducta del representante se reflejan y recaen en el patrimonio del representado, quien responde y se obliga por los actos ejecutados por aquél". (44)

Conjuntamente a esta primera característica de todo fenómeno representativo, va ligada la idea de capacidad de ejercicio, como un elemento de validez que debe tener el representante para poder actuar a nombre del representado.

(40) NATTINI. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 25.

(41) SCHLOSSMAN. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 26.

(42) PUGLIATTI. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 26.

(43) Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 26.

(44) Idem.

La segunda característica de todo fenómeno representativo, consecuencia del obrar a nombre del principal, consiste en que el acto o Negocio Jurídico celebrado por el representante, no es de éste, sino de aquél a cuyo nombre y por cuyo interés obra: "de tal forma que el tercero con quien el representante trata no se relaciona con éste, sino que su relación es inmediata y directa con el representado, ya sea para la adquisición de derechos como para la asunción de obligaciones". (45) Es pues el representante y la representación misma, a semejanza de otras actividades afines como las realizadas por el nuncio, el mediador, el agente, etc., un mero instrumento jurídico para que el representado se vincule con el tercero mediante la intervención del representante: "pero a diferencia de estas figuras, el representante manifiesta y hace valer su propia voluntad, y no la del representado, en la celebración y ejecución de los actos y Negocios Jurídicos". (46)

En esta segunda característica y para que funcione la representación, el representado debe a su vez encontrarse legitimado respecto del derecho que va a ser objeto de la relación jurídica y materia del acto representativo.

Cabe aclarar que el término "legitimado" a que hacemos alusión en el párrafo anterior, lo empleamos en el sentido de que el representado debe tener la aptitud para hacer surgir una relación jurídica respecto a un determinado objeto, es decir, una posición, identidad específica del sujeto frente al objeto del Negocio Jurídico. Sobre el particular profundizaremos más adelante.

(45) NATTINI. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 27.

(46) Idem.

Por todo lo anteriormente expuesto, se desprende que la Capacidad y la Legitimación son dos presupuestos de validez de la función representativa, ya que si alguna de las partes de la representación no cuenta con su respectivo requisito, el acto podrá ser anulable en cuanto a la representación misma o bien, en cuanto al acto objeto de representación.

En resumen, obrar en nombre y en interés de otro son las características de la representación, cuya función a través del Derecho Positivo es la de proteger en cada caso, el interés del representado: "mediante el reconocimiento de que en su persona radican los derechos y obligaciones nacidos del Negocio Jurídico que otro ha celebrado, así como que en su persona se producen los efectos jurídicos de la declaración hecha en nombre de aquél". (47)

B) Importancia en el Acto o Negocio Jurídico.

Para llegar a comprender la teoría general de la representación en el ámbito del Derecho y su importancia, es necesario adentrarse en los principios de la técnica jurídica en el campo del Derecho Privado y para ello analizaremos la estructura y definición del Negocio Jurídico. Hemos escogido el estudio del Negocio Jurídico en el desarrollo del presente trabajo, ya que considero, por una parte, que es éste un concepto jurídico fundamental en el campo del Derecho moderno en el que se basa casi todo el contenido del Derecho Privado, y por la otra, estimo que por la precisión técnica que ofrece su término, nos facilita el estudio del modo de operar de la representación.

B.1) El Acto o Negocio Jurídico.

Entre los acontecimientos jurídicos en general, merecen especial atención y consideración los Negocios Jurídicos ya que todo hecho humano de alguna u otra manera produce efectos en Derecho que le son imputados.

El vocablo y concepto de Negocio Jurídico es producto de los civilistas alemanes del siglo XIX, el cual poco a poco se fue perfeccionando y extendiéndose hasta llegar a Italia, donde fue asimilado y desarrollado en forma extraordinaria, correspondiendo a los tratadistas italianos el mérito de estructurar al Negocio Jurídico tal y como es aceptado en la actualidad.

Sin embargo, el concepto de Negocio Jurídico no lo encontramos en nuestras leyes: "en ellas se habla de contrato, testamento, de otras declaraciones de voluntad y algunas veces, de actos en general, pero falta la noción de

acto y de Negocio Jurídico". (48)

Por otra parte, el concepto de la figura en la que por el momento centramos nuestra atención, es muy controvertido, no sólo por su característica esencial, sino también en cuanto a determinar su comprensión. En términos generales, la denominación de Negocio Jurídico expresa la existencia de todos aquellos actos normativamente regulados que pueden llevar a efecto los particulares, con el fin inmediato de producir consecuencias jurídicas válidas.

"Dentro del proceso dinámico del orden jurídico, el Negocio Jurídico, en tanto es manifestación de la voluntad de los particulares, al constituir una aplicación concreta de una norma jurídica general (la que lo instituye o reglamenta), constituye también simultáneamente la creación de una norma jurídica individual". (49)

La doctrina jurídica ha dedicado al Negocio Jurídico una especial atención, al ser éste una expresión importante del reconocimiento de la libertad del hombre, fijando las bases de su consideración autónoma. Así, para su explicación conceptual, existen diversas corrientes de opiniones que en estricto sentido, sin diverger entre sí excesivamente, tienen varios puntos de coincidencia que han contribuido a la formación de una teoría negocial y que a continuación expondremos.

No debe, sin embargo, olvidarse la observación de Windscheid, en el sentido de que: "el Negocio Jurídico es un concepto que la teoría ha establecido para sus propios fines,

(48) COVIELLO, NICOLAS. *Op. Cit.* Pág. 342.

(49) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XX. Pág. 230. VOZ: "Negocio Jurídico".

y que en consecuencia tolera vastas porciones de subjetividad en la determinación que cada autor hace de él". (50)

Conforme a una opinión dominante, el Negocio Jurídico es: "la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico". (51) Los autores de este concepto (Valverde, Trabucchi y Stolfi) hacen un análisis de la definición anterior, señalando que:

1.- El Negocio Jurídico es una manifestación de voluntad: Todo Negocio Jurídico supone, por lo tanto, la unión de dos elementos diferentes, uno interno (la voluntad) y otro externo (su manifestación), a través de la cual se hace conocida al otro interesado.

2.- La manifestación tiende a producir un efecto dado: Es decir, que la voluntad debe ir intencionadamente dirigida a producir el efecto que persigue el declarante; y

3.- El efecto debe ser jurídico: La intención de los sujetos debe ir dirigida a dar vida, no a una relación cualquiera, sino a una relación jurídica que sea protegida por el Derecho Positivo.

Como podemos darnos cuenta, los autores de esta primera definición del Negocio Jurídico, basan su postura en la función que la voluntad privada tiene en la celebración del negocio. Al respecto, pretenden hacer de la voluntad misma la fuente de la que emanan los efectos jurídicos y limitan estos efectos al querer de los sujetos sin llegar a tomar en cuenta las consecuencias jurídicas desconocidas e imprevistas.

(50) Cit. en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XX Pág. 237. VOZ: "Negocio Jurídico".

(51) VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español. Pág. 425.

Considero que el defecto básico de esta corriente radica en limitar los efectos jurídicos que del negocio resultan, conocidos y previstos, a la voluntad de los sujetos, sin llegar a explicar las demás consecuencias que pueden resultar de su actuación.

Asimismo, no estoy de acuerdo en considerar a la voluntad como creadora de consecuencias jurídicas, en virtud de que éstas se producen, en tanto están reconocidas por el Derecho Positivo; la voluntad manifestada por el individuo para la celebración del negocio, permite su encuadramiento en el supuesto normativo.

La voluntad del hombre no puede por sí misma ser causa eficiente de consecuencias jurídicas, porque no es ella la que puede crear el Derecho. El Derecho es independiente de la voluntad de los particulares y protege esa voluntad, en cuanto se desarrolla dentro de los límites del orden jurídico.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos que un contrato se cumple eficazmente, aún cuando las partes que lo celebran ignoran por completo el Derecho, produciéndose todas las consecuencias jurídicas de que es capaz, aunque no hayan sido totalmente previstas por las partes.

Una segunda corriente de opiniones en relación al Negocio Jurídico, es la encabezada por Betti, Albadejo y Larenz, quienes fundamentan su postura en el concepto de la "autonomía de la voluntad", entendiéndose ésta como: "el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de

conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social". (52) En esta segunda postura, se define al Negocio Jurídico como: "un acto de autonomía privada a través de la cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo". (53) Es una autorregulación de intereses propios, tutelada por el Derecho en tanto que atribuye efectos jurídicos en razón de la función económico social que éste realiza.

Betti, (54) califica de errónea la posición adoptada por los autores de la primera corriente expuesta, al sostener que en todo negocio, se encuentra en primer plano la regulación de intereses propios para el futuro, mientras que la voluntad está solo en un segundo plano, como proyectada a la finalidad práctica de la regulación de esos intereses; la voluntad es fuente generatriz, pero no contenido del acto.

Estoy de acuerdo en que el Negocio Jurídico es una autorreglamentación de intereses propios, pero también es necesario señalar que la voluntad considerada desde un punto de vista externo, como manifestación del querer interno, es el núcleo esencial de todo Negocio Jurídico que permite la actualización de los supuestos previstos en la norma jurídica. El contenido de toda relación negocial, es precisamente la voluntad negocial, es decir, la voluntad dirigida a la regulación de intereses propios.

(52) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. El Negocio Jurídico. Págs. 11 y 12.

(53) Idem.

(54) Cit. en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XX. Pág. 238. VOZ: "Negocio Jurídico".

Una tercera corriente define al Negocio Jurídico como: "la manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas". (55) Esta teoría se fundamenta en la idea de que la voluntad del hombre siempre debe ir dirigida a fines prácticos, los cuales deben estar previstos y protegidos por el Derecho. El hombre se propone fines y la ley le suministra los medios para ello. Así pues, basta que exista un fin práctico que se propongan los individuos para que las consecuencias jurídicas que resulten del negocio, se produzcan. Estas consecuencias no siempre van a ser conforme a la voluntad del autor del Negocio Jurídico, ya que puede resultar que estén en desacuerdo con ésta e incluso serle del todo contrarias, pero correspondiendo siempre al fin práctico propuesto y tutelado por el Derecho.

Es importante señalar que la manifestación de voluntad puede ser de una o más personas, ya que puede abarcar tanto los casos en que de una sola voluntad manifestada dependen consecuencias jurídicas, como aquellos casos en que es necesario el acuerdo de varias voluntades (contrato).

Por otra parte, el fin práctico propuesto no sólo puede ser patrimonial o económico. Basta que esté tutelado por el Derecho para que se produzcan consecuencias jurídicas. En estos términos, son también Negocios Jurídicos aquellas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación de familia, como es el caso del matrimonio, el reconocimiento de hijos, la adopción, etc.

Atendiendo a las ideas contenidas en las corrientes antes expuestas, podemos afirmar que en estricto sentido las

(55) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 344.

tres definiciones tienen puntos de coincidencia y elementos comunes. En todo Negocio Jurídico existe una manifestación de voluntad que si bien no es la fuente de donde nacen las consecuencias jurídicas, si es el centro del Negocio Jurídico que permite el encuadramiento de la actuación de los sujetos a la norma jurídica prevista a través del Derecho Positivo; hay una autorreglamentación de intereses propios, proyectada al exterior a través de la misma manifestación, para realizar los fines prácticos propuestos y lícitos; y por último los efectos jurídicos, que pueden ser tanto los meramente propuestos por el autor del negocio como aquéllos no previstos y desconocidos, pero siempre tutelados por el Derecho.

El concepto de Negocio Jurídico que se propone, tomando en consideración lo anterior, es el siguiente: "Hecho humano lícito que se exterioriza a través de la manifestación de la voluntad y por el que se reglamentan intereses propios con miras a producir consecuencias de Derecho, conocidas y desconocidas, las cuales se encuentran tuteladas por el orden normativo".

Una vez expuesto lo que debemos entender por Negocio Jurídico, es necesario precisar que dicho término, en consideración a los elementos que le dan vida, comprende tanto a los Negocios Jurídicos unilaterales como a los bilaterales. Los primeros son aquellos en los que existe manifestación de voluntad proveniente de una sola parte, de un centro único de intereses. Basta una sola voluntad que se dirija a fines prácticos para que surgan consecuencias jurídicas (el reconocimiento de un hijo, el testamento, la revocación, la renuncia de un derecho, etc.). Los Negocios Jurídicos bilaterales son aquellos en los que hay manifestación de voluntad proveniente de dos o más partes, es decir, exigen el acuerdo de las voluntades de los autores del

Negocio Jurídico, por existir intereses prácticos diversos (contrato).

Por otra parte, es evidente que la autonomía de la voluntad de los individuos para la formación de Negocios Jurídicos no es un poder soberano sino que es un poder que se confiere a los individuos por una norma de Derecho, la cual regula su actuación estableciendo cargas y limitaciones. En este sentido, la voluntad de los sujetos, fuente del Negocio Jurídico, sólo tiene validez en cuanto reúna los requisitos establecidos por la norma superior, como son, entre otros, la capacidad del sujeto, la forma de declaración de la voluntad, etc. En otras palabras, el sujeto para regular sus intereses se apoya en el Negocio Jurídico tal y como está configurado en la ley, sin que el individuo mismo pueda cambiar los requisitos o la estructura del negocio que utiliza. El orden normativo por su parte, aplicando el mismo principio de autonomía de la voluntad, permite que el negocio opere dentro de un mínimo y un máximo. En el primero, permite a los particulares crear situaciones jurídicas de autorregulación de intereses a las cuales la norma positiva les atribuye de una manera inalterable determinados efectos en Derecho; en el segundo, a los individuos les es posible crear una situación jurídica vinculante de intereses con determinados efectos previstos por la ley y modificar esos efectos, dentro de un límite máximo permitido por la normatividad (contratos atípicos, sujetos a condición, etc.).

En palabras más sencillas, el individuo puede regular sus propios intereses en tanto cumpla los requisitos que la ley exige para el negocio en general o para el tipo particular de negocio de que se trate.

Es así que la autonomía de la voluntad privada encuentra su esencia dentro de los límites en los cuales se desenvuelve y que son los intereses propios, por lo que el

individuo sólo puede disponer de los suyos sin invadir la esfera de autorregulación de intereses de sus semejantes. Por ello es que por regla general las consecuencias que del Negocio Jurídico resultan quedan circunscritas en la esfera jurídica de quienes lo realizan, existiendo con ello una coincidencia entre el sujeto del negocio y el sujeto de los intereses regulados.

Adelantándonos un poco en nuestra exposición, se hace indispensable señalar que es aquí donde toman su importancia las figuras jurídicas de la Legitimación y Capacidad; la primera, considerada como posición específica del sujeto frente al objeto del negocio, y la Capacidad que como veremos más adelante, es una aptitud intrínseca del sujeto.

En todo Negocio Jurídico, a la identidad que existe entre el sujeto del negocio y el sujeto de los intereses es lo que se le conoce en la doctrina jurídica moderna como **Legitimación ordinaria**. Pero esta identidad del sujeto no es estricta; puede sufrir excepciones ya que existen casos en que el interesado, es decir, el sujeto de los intereses o relaciones jurídicas en cuestión, no está en posibilidad de realizar el negocio respecto del cual tiene interés. Como solución a este problema y para poder realizar el negocio, se prescinde de la identificación entre el sujeto del negocio y el sujeto de los intereses, legitimando para celebrarlo a quien no es sujeto de esos intereses. A este tipo de Legitimación, en contraposición con la ordinaria, se le llama **Legitimación excepcional**, la cual se construye exclusivamente en interés directo del destinatario de los efectos jurídicos que del Negocio Jurídico resultan. Esta situación es muy importante, pues es aquí donde resalta la figura de la representación. Es decir, el orden normativo al establecer los requisitos para que la voluntad del sujeto pueda operar válidamente en el negocio, preve la posibilidad (protegiendo

siempre los intereses del sujeto) que el sujeto de los intereses no se encuentre en posibilidad de declarar su propia voluntad con efectos plenamente válidos, auxiliándose de otro sujeto, dando lugar a dos situaciones: O bien, la normatividad legitima excepcionalmente y directamente a un sujeto extraño para que éste celebre el negocio con efectos jurídicos para el sujeto de los intereses (Representación Legítima) y que presupone siempre en el sujeto de los intereses una Capacidad de goce y correlativamente una incapacidad de ejercicio; o bien, permite que el sujeto de los intereses, que aunque sí llena los requisitos establecidos en la ley para que su manifestación de voluntad sea eficaz y por otras circunstancias no es declarada en el negocio del cual tiene interés, legitime excepcionalmente a una persona extraña para que ésta celebre el negocio, recayendo los efectos del mismo en el sujeto de los intereses (Representación Voluntaria) que supone en este último una Capacidad de goce y correlativamente una Capacidad de ejercicio.

B.2) Declaración o Manifestación de la Voluntad.

El acto humano puede ser visto desde un aspecto interior como uno exterior. No le interesan al Derecho los actos humanos que nunca llegan a exteriorizarse. Pero el acto humano que se exterioriza le interesa al Derecho tanto en su aspecto interno como externo. La interioridad del acto le preocupa al Derecho, con miras a precisar su aspecto externo.

El elemento necesario para la formación de cualquier Negocio Jurídico (unilateral o bilateral) es la manifestación de voluntad; Así, el Negocio Jurídico se forma cuando la voluntad es manifestada al exterior.

La voluntad es un elemento esencial de toda relación negocial. De lo anterior, se desprende que la

voluntad sólo tiene relevancia jurídica, en tanto se exterioriza por el sujeto.

Esta exteriorización se realiza a través de la declaración de voluntad, que es el acto de manifestar la voluntad del negocio; es decir, es la conducta a través de la cual el sujeto exterioriza lo querido.

Por otra parte, es necesario determinar el momento en que el Negocio Jurídico queda concluido, es decir, formado.

Respecto de los Negocios Jurídicos bilaterales, la regla general es que no basta la manifestación de voluntad del proponente que se comunique a la parte a quien va dirigida; para que el Negocio Jurídico quede concluido, es necesario además, que la aceptación sea recibida por el proponente. En estos términos, es el sistema de la recepción el que prevalece en nuestro Derecho.

Es así que el momento de la formación del negocio es aquél en que la aceptación ha sido recibida por el que hizo la propuesta. Así lo establece el artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. (56)

Por lo que corresponde a los Negocios Jurídicos unilaterales, es evidente que si es necesario hacer la declaración a una persona determinada, el negocio no puede considerarse formado si la persona a quien debe ser dirigida la declaración no ha tenido noticia de la misma; si no es

(56) Artículo 1807.- "El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

necesario el conocimiento de una cierta persona determinada, el Negocio Jurídico se forma con la simple manifestación de voluntad.

Como comentario, cabe señalar que no basta la formación del Negocio Jurídico a través de la manifestación de la voluntad, para que éste sea eficaz; se requiere además que dicho Negocio Jurídico se perfeccione. Por perfección debemos entender: "la completa aptitud del negocio para producir todas las consecuencias jurídicas de que es capaz".
(57)

Pueden coincidir en un mismo acto formación y perfección para que el Negocio Jurídico sea eficaz; la formación depende sólo de la manifestación de la voluntad; la perfección no sólo depende de ésta sino también de otras circunstancias, por lo que puede formarse un Negocio Jurídico sin que el mismo quede perfeccionado (testamento, negocio sujeto a condición, etc.).

En este sentido y para ser acordes con lo expuesto en el Apartado relativo al acto o Negocio Jurídico, en el sentido de que el individuo puede regular sus propios intereses siempre y cuando concurren los requisitos que la disposición normativa permite para el negocio de que se trate, también el orden jurídico no atribuye eficacia a un Negocio Jurídico cualquiera, sino sólo al que se realice conforme a las disposiciones y requisitos establecidos, los cuales deben estar presentes en el momento de la formación del negocio y/o en el momento en que éste alcanza su perfección. Estos requisitos son los que conocemos como presupuestos de validez del Negocio Jurídico, que desembocan en el siguiente Apartado de este Capítulo.

(57) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 375.

B.3) Concepto de Capacidad y Legitimación.

Ya hemos mencionado que el sujeto, como presupuesto de validez del Negocio Jurídico debe llenar las condiciones exigidas por la ley para que su actuación sea eficaz. Estas condiciones son: la Capacidad y la Legitimación.

La Capacidad es un elemento que se requiere para que el Negocio Jurídico sea válido.

La Capacidad jurídica es, según definición ofrecida por Coviello: "la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y deberes jurídicos". (58) "Es el atributo más importante de las personas" (59) y por esto Capacidad es sinónimo de Personalidad.

"Persona es todo centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos". (60) Por lo que la Capacidad es lo que atribuye a un ser la calidad de persona. El hombre es, pues, el sujeto de los derechos ya que todo hombre, en la actualidad, está reconocido como persona.

La razón por la cual el orden normativo establece a la Capacidad como uno de los presupuestos del Negocio Jurídico, radica en la necesidad de tutelar al sujeto no desarrollado totalmente al que su situación lo llevaría a ejecutar actos de una manera irreflexiva y respecto de los cuales no tiene conciencia de su alcance.

(58) Ibidem. Pág. 155.

(59) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Pág. 158.

(60) Ibidem. Pág. 78.

Esta Capacidad es recogida en nuestro ordenamiento positivo en el artículo 22 del Código Civil. (61)

En lo relativo a las personas morales, el mismo Código Civil reconoce su existencia y Capacidad en los artículos 25 y 26, dotándolas al efecto de personalidad y permitiéndoles ejercitar todos los derechos que les sean necesarios para la realización de su objeto.

Por otra parte, la ley en forma tácita y la doctrina de manera expresa han considerado que la Capacidad jurídica se distingue en dos aspectos: La Capacidad de goce, también llamada Capacidad de derechos; y la Capacidad de ejercicio, también conocida como Capacidad de obrar.

La Capacidad de goce consiste en la aptitud de ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, es decir, aptitud para ser sujeto de una relación jurídica.

La Capacidad de ejercicio es la aptitud de adquirir y ejercitar por si los derechos o en asumir por si las obligaciones. En esta Capacidad es donde radica en si la aptitud de "querer" del individuo.

De lo anterior deducimos que puede existir falta de Capacidad de ejercicio, pero nunca falta de Capacidad de goce, ya que en tal situación estaríamos en presencia de la figura de la "muerte civil", es decir, a la negación de la personalidad en Derecho. Por lo tanto: "todo sujeto debe tener la Capacidad de goce; si ésta se suprime, desaparece la

(61) Artículo 22.- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar". (62)

Podemos afirmar que, para la existencia de la Capacidad de ejercicio es necesaria la Capacidad de goce (basta el simple nacimiento), pero para que ésta exista no tiene necesariamente que presuponerse la Capacidad de ejercicio.

Analizando estas dos Capacidades desde un punto de vista opuesto, tenemos a la incapacidad de goce, que, como ya hemos señalado es imposible su consideración; y la incapacidad de ejercicio la cual implica la imposibilidad jurídica del sujeto de hacer valer por sí sus derechos, celebrar en nombre propio actos o Negocios Jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones.

Esta incapacidad de ejercicio, se deriva en primer término por lo dispuesto en el Artículo 23 del Código Civil (63) y en segundo término conforme a lo establecido en el artículo 1798 del mismo ordenamiento. (64) Este último, en nuestra opinión carece de toda técnica práctica, ya que nos obliga a buscar en todo el Código Civil las excepciones a la Capacidad.

Es precisamente de la incapacidad de ejercicio, de donde surge la Representación Legítima. Por esta incapacidad, existe la necesidad de que un individuo extraño sea quien

(62) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Op. Cit. Tomo I. Pág. 158.

(63) Artículo 23.- "La menor de 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".

(64) Artículo 1798.- "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

haga valer los derechos, obligue, cumpla por un incapaz o bien, celebre por él los actos o Negocios Jurídicos. Esta Representación surge como un instrumento auxiliar, substitutivo de la capacidad de ejercicio, ya que sin él, aun teniendo la Capacidad de goce se carecería de dicha aptitud dada la imposibilidad de hacer valer los derechos que por la misma se hubieren adquirido (patria potestad, tutela, curatela, sindico, etc.).

Así pues, toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una Representación Legítima, ya que se trata de supuestos de quienes por sí mismos no se pueden defender, ejercitar sus derechos personalmente, ni designar representante que lo haga.

Por otra parte, cuando se es plenamente capaz, es decir se tiene la Capacidad de ejercicio, la ley permite que un individuo quien por sí mismo podría realizar el Negocio Jurídico, por su propia voluntad posibilite, designe a otro para celebrarlo. En estos términos, se hace **extensiva** la Capacidad de ejercicio a un sujeto extraño, dando lugar a la Representación Voluntaria, la cual es objeto del presente trabajo. Cabe comentar, que es en esta Representación Voluntaria, donde podríamos incluir la representación de personas morales, ya que el conjunto de personas físicas que la constituyen, designan a un órgano de representación el cual ejercerá los derechos o bien asumirá las obligaciones de la persona moral.

La Legitimación, como un segundo presupuesto de validez del Negocio Jurídico, frecuentemente es confundido con la Capacidad de ejercicio. Hemos expuesto que ésta es la aptitud del sujeto para adquirir por sí mismo derechos y asumir por sí mismo obligaciones; es una cualidad de la persona que la hace apta para ejercer su autonomía privada,

regular sus intereses, dando así vida a Negocios Jurídicos. En cambio, la Legitimación en términos generales es la aptitud para hacer surgir Negocios Jurídicos que tengan un determinado objeto; aptitud de la persona frente a un determinado objeto de un Negocio Jurídico, es decir, es la posibilidad de llevar a cabo el acto en cuestión en relación al objeto.

Es por esto que la Capacidad de ejercicio frente a la Legitimación, en materia de representación, se diferencian; se han confundido en virtud de la relación que la primera guarda con la segunda, en que ésta es un complemento de aquella, ya que toda Legitimación implica una Capacidad de ejercicio, pero no toda Capacidad de ejercicio implica una Legitimación. Esto último supuesto, lo observamos en el caso de una persona plenamente capaz que no puede celebrar un Negocio Jurídico en razón del objeto mismo del negocio, es decir no se encuentra facultado o legitimado para actuar respecto a un determinado objeto.

En estos términos, el representante además de contar con su respectiva Capacidad de ejercicio, para poder actuar en nombre y por cuenta de otra debe encontrarse debidamente legitimado, ya sea por disposición de la ley o por el sujeto de los intereses y así celebrar el Negocio Jurídico en cuestión. En virtud de esta Legitimación, el representante se encuentra apto para celebrar el negocio frente al objeto.

Asimismo, sería contradictorio suponer que si la Capacidad se instituyó para proteger los intereses de un sujeto inhábil, la ley dejara desamparado a éste sujeto, por lo que la misma normatividad, con una finalidad de protección, legitima excepcionalmente a otra persona distinta del incapaz para que a su nombre y por su cuenta celebre los actos o Negocios Jurídicos que a aquél le

corresponderían. Este principio se consagra en la segunda parte del artículo 23 del Código Civil anteriormente citado; así como también en la parte relativa a la Representación Voluntaria, misma que se encuentra contemplada en los artículos 1800 y 1801 del multicitado Código Civil, en la que el sujeto de los intereses plenamente capaz, legitima a otro para que éste celebre el Negocio Jurídico respecto a determinado objeto, con la finalidad de que los efectos del mismo recaigan en el patrimonio y persona de esos intereses.

Por último, es necesario mencionar que los actos ejecutados directamente o personalmente por un incapaz, traen como consecuencia la anulabilidad de los mismos.

C) Teorías Sobre la Representación.

En el Apartado relativo al estudio del desarrollo histórico de la representación, mencionamos que: "el Derecho Romano no aceptaba la representación directa pero sí la indirecta, como el mandato", (65) y que con posterioridad, debido a necesidades de naturaleza sociales y económicas, el Derecho en general aceptó la derogación del principio que caracterizaba al propio Derecho Romano, en el sentido de que nadie podía estipular más que a su propio nombre, surgiendo con ello (Siglos XIX y XX) diversas corrientes que han pretendido explicar el fenómeno que satisface esas necesidades, es decir, la representación.

Al respecto, se han elaborado infinidad de teorías de las cuales sólo vamos a exponer las que en nuestra consideración son las más interesantes. De estas teorías encontraremos unas clásicas, las cuales tratan de explicar a la figura de la representación, en sus dos aspectos (Legítima y Voluntaria) apoyadas en el principio de la autonomía de la voluntad; y otras, las modernas que basan su estudio de la representación, analizando en particular y por separado a las especies de la misma.

C.1) Teoría Negativa de Duguit.

"León Duguit, no acepta a la representación por considerar que no corresponde a la realidad". (66) Para este autor, la representación debe rechazarse porque no es sino producto del espíritu que no contiene nada de real; señala que si la relación de derecho es creada, modificada, transferida o terminada por la actuación de la voluntad libre y sana del hombre, no se comprende que este resultado

(65) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op.cit. Pág. 16

(66) Ibidem. Pág. 17

pueda obtenerse mediante un acto del cual se halla ausente la voluntad de la persona a quien favorece o perjudica la relación jurídica de que se trata.

Duguit es uno de los más destacados miembros de la Escuela Realista del Derecho. Consideramos que su postura no es correcta con respecto a la representación, ya que está negando la existencia de un fenómeno jurídico real y claramente evidenciable, que sucede a diario en las relaciones de convivencia del ser humano. Por otra parte, en esta teoría clásica no se toma en cuenta a la figura de la Legitimación, que si bien no justifica a la representación, si nos dá una explicación razonable a los efectos que la misma produce.

C.2) Teoría de la Ficción.

Teniendo como fundamento el principio de la autonomía de la voluntad, los autores que sostienen esta teoría clásica (Geny, Renard, Pothier y Planiol) explican que en todo acto representativo sólo existe en realidad una sola voluntad jurídica, la cual materialmente es expresada por el representante pero que jurídicamente, por una ficción, es considerada como manifestada por el representado; la voluntad de contratar es expresada por el representante, pero imputada por la norma jurídica al representado en razón de una ficción. Es precisamente por esta última que el acto jurídico se ejecuta como si compareciera el representado, ya que el representante sólo hace el papel de un simple instrumento para exteriorizar la voluntad del primero; el representado ha manifestado su voluntad por medio del representante.

Esta teoría ha sido criticada en el sentido de que en realidad su postura es conformista; elude el problema que

trata de explicar, en el sentido de que finge o supone un hecho contrario a una realidad que vemos a diario en las relaciones de los individuos. Además de que no explica el mecanismo de la Representación Legítima, por la sencilla razón de que en ella, por regla general: "el representado carece de voluntad eficaz". (67)

Cabe comentar, que para los fines de este trabajo, esta teoría es importante ya que trata de explicar a la representación apoyado en el principio de la autonomía de la voluntad, principio que es el sustento de la Representación Voluntaria Directa.

C.3) Teoría del Nuncio.

Su promotor es Savigny, quien también apoyado en el principio de la autonomía de la voluntad, explica que el representante no es otra cosa sino un simple mensajero, un nuncio, que lleva la palabra del representado. Es este último quien contrata en realidad; es el verdadero sujeto del Negocio Jurídico y no el representante. Este no declara su propia voluntad, sino la voluntad del representado; el representante es sólo un portador de una declaración de voluntad ajena, un mensajero.

Como crítica a esta teoría clásica, podemos señalar las mismas objeciones anotadas respecto de la teoría anterior. No explica el caso de los representantes de menores e incapaces, con la aclaración de que: "nos es útil para explicar el mandato representativo de carácter especial", (68) y nos ayuda tratándose de la Representación Voluntaria Directa.

(67) ORTIZ URQUIDI, RAUL. Derecho Civil, Parte General. Pág. 255.

(68) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 17.

C.4) Teoría de la Cooperación.

También en el fundamento de esta teoría clásica, existe la idea de explicar a la representación apoyándose en la autonomía de la voluntad. Es la tesis de Mitteis (69), según la cual, tanto el representante como el representado cooperan con sus voluntades a la formación del Negocio Jurídico. Este autor, señala que en un acto jurídico cualquiera en que toma parte un representante, sólo intervienen dos voluntades jurídicas: La del tercero contratante y la que forman el representante y el representado, los cuales cooperan ambos para formar una sola voluntad jurídica. En otras palabras, la voluntad manifestada por el representante, está formada por dos declaraciones que cooperan a la formación del negocio y que son: La del representado, manifestada a través de las instrucciones que dá al representante, y la de este último, moviéndose en el campo que le marcan esas instrucciones.

Esta teoría recibe la misma crítica que la anterior (70) y además porque "produce complicaciones sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no hacen sino hacer obstuso el problema" (71) ya que para determinar la validez y el contenido del negocio, hay que tomar en cuenta la voluntad del representante sólo en la parte en que no tiene instrucciones expresas del representado, y la voluntad de éste en la parte en que haya dado tales instrucciones. Sin embargo, al apoyarse en el principio de la autonomía de la voluntad, nos sirve para que más adelante expliquemos a la Representación Voluntaria Directa.

(69) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, Pág. 284.

(70) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 17.

(71) ORTIZ URQUIDI, RAUL. Op. Cit. Pág. 263.

C.5) Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad.

Los principales autores de esta teoría clásica (Pilón, Colín y Capitant, Ripert) sostienen que el representante sustituye real y completamente la personalidad jurídica del representado, y por eso: "los efectos jurídicos del negocio surgen en la esfera patrimonial del representado y no del representante". (72) En otros términos, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado: "la que participa directa y realmente en la formación del contrato, el cual producirá sus efectos en el patrimonio del representado". (73)

En relación a esta teoría, Manuel Borja Soriano señala: "la Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad del representado por la del representante, es a mi juicio la mejor desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos de nuestros Códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la Teoría conocida era la de la Ficción, que ésta es la tradicional en México, como en Francia, creemos que con el criterio de esa teoría es como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, aceptando esa Teoría, como la acepta Geny". (74)

En mi opinión, los principios consagrados en esta teoría nos ayudan a explicar a la Representación Legítima, más no así al tema central del presente trabajo, que es la Representación Voluntaria Directa, en la que no existe una

(72) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 18.

(73) ORTIZ URQUIDI, RAUL. Op. Cit. Pág. 263.

(74) BORJA SORIANO, MANUEL. Op. Cit. Pág. 287.

substitución de voluntades sino en realidad una extensión de la voluntad del representado al representante.

C.6) Teoría de la Representación como Institución.

Todas las teorías anteriormente expuestas, de una u otra forma tratan de explicar a la Representación Legítima en los mismos términos que la Voluntaria. En ellas se trata de fundar jurídicamente el porqué los actos del representante obligan al representado.

Han surgido modernas doctrinas sobre la representación, las cuales tratan de explicar este fenómeno de una manera totalmente nueva; analizando sus elementos fundamentales y corrigiendo el error en que las citadas doctrinas clásicas habían caído, analizan a la Representación Legítima y a la Voluntaria por separado, al considerar que si bien se trata de dos fenómenos con características genéricas fundamentales que permiten asimilarlas para encontrar una base única de ambas, sus características específicas son tan diferentes que obligan a delimitar su estudio.

Una de estas teorías modernas es la que considera a la representación, en sus dos clases, como una institución.

Es el maestro Rafaél Rojina Villegas, quien afirma: "..... Analizamos las distintas doctrinas, y llegamos a la conclusión de que ninguna de ellas justifica esta institución jurídica; todas tratan de explicar simplemente el fenómeno y nos dicen como suceden los hechos en la representación; pero en ninguna de esas teorías se justifica porqué el representante puede obligar al representado". (75)

"En nuestro concepto, debe separarse radicalmente la representación voluntaria de la legal, no sólo en cuanto a la causa que las motiva, sino en cuanto al problema jurídico de su justificación. Así como es evidente que la causa de la representación voluntaria es esencialmente distinta de la relativa a la representación legal, así también debe ser muy diversa la justificación que se proponga". (76)

"Pensamos que, aunque ambas instituciones (la representación legal y la voluntaria) pertenecen al mismo género, como la causa que las motiva y la necesidad jurídica que vienen a satisfacer son radicalmente distintas, la justificación debe ser también diversa. La representación voluntaria se justifica por el principio de la autonomía de la voluntad; esto es lo que han querido decir, por cierto impropriamente los autores de la doctrina de la Ficción; Savigny, al imaginar que el representante es un mensajero o nuncio y Mitteis al hablar de la cooperación de voluntades". (77)

"Fundamentalmente lo que existe en toda representación voluntaria es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre actos jurídicos. Como la representación supone la capacidad plena del representado, debe respetarse esa voluntad autónoma o soberana. No hay ningún problema en este caso". (78)

"La representación legal sí implica una situación jurídica muy diversa y muy compleja, en donde todas las

(76) Idem.

(77) Idem.

(78) Ibidem. Pág. 133.

doctrinas han fracasado y en donde ni siquiera encontramos en las tres primeras que expusimos, un intento de justificación.asi como la autonomía de la voluntad justifica la representación voluntaria, la autonomía o soberanía del legislador justifica la representación legal; pero el legislador no procede arbitrariamente para imponer al representado los actos que ejecute el representante, sino que procede obligado por dos factores: la incapacidad de ejercicio o imposibilidad de actuar, y la necesidad ineludible en el derecho, de que, el incapacitado o imposibilitado, pueda ejercitar sus derechos". (79)

"Ante estos dos factores, que implican situaciones de hecho necesarias, sólo cabe una solución: supuesto que el imposibilitado o el incapacitado no pueden actuar directamente, tendrán que hacerlo a través de otro, y los actos jurídicos que el representante lleve a cabo deberán tener validez para el representado, porque si no la tuviesen, sería tanto como impedir el ejercicio de los derechos del representado....." (80)

Para el autor en comento, la representación es por consiguiente una institución que se justifica según la clase de representación de que se trate (Voluntaria o Legítima) en la autonomía de la voluntad, o en el concepto que él mismo introduce de autonomía legal o del legislador.

Diferimos del maestro Rojina Villegas en considerar a la representación como una institución. Para ello, es necesario definir lo que es una institución: para Maurice Hauriou es: "una idea de obra o de empresa que se realiza y

(79) Ibidem. Pág. 134

(80) Idem.

dura jurídicamente en un medio social". (81) Para Jaime Guasp, es: "un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad". (82)

Substituyendo términos en las anteriores definiciones de institución, podríamos encuadrar en ellas casi cualquier figura jurídica (incluida la representación) y sin más complicaciones afirmariamos que ésta es una institución; actualmente en el campo de la ciencia jurídica, todo aquel fenómeno que no podemos definir con claridad, lo denominamos "institución". También una institución lo es el Banco de México, el ISSSTE, el IMSS, el PRI, etc.

Por ello, decir que la representación es una institución, sería tanto como afirmar que el concepto de persona y la teoría de la personalidad son también una institución. Sin embargo, es importante el punto de vista que se aporta en la obra del maestro Rojina Villegas pues analiza a la figura de la representación en las clases en que ésta se divide, lo cual nos facilitará el estudio de la Representación Voluntaria Directa.

C.7) Doctrina que atribuye a la Ley los efectos Representativos.

Una segunda teoría moderna de la representación, sustentada por Schlossman y Pugliati, afirma que tanto en la

(81) Diccionario Jurídico Mexicano. Pág. 137. VOZ: Institución.

(82) Cit. por PALLARÉS, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pág. 423. VOZ: "Institución".

Representación Legítima como en la Voluntaria, la razón por la cual los actos del representante producen sus efectos de una manera directa en la persona del representado, debe buscarse en la protección que la ley se encuentra obligada a prestar a los terceros que han contratado con el representante, basándose para ello, en un principio de seguridad jurídica; la ley se encuentra obligada a dar a los terceros un ámbito de confianza y protección en los actos que lleve a cabo el representante, creando una obligación correlativa al representado. Así pues, esta seguridad jurídica deriva de la protección que la ley está obligada a prestar a los terceros y no de la voluntad del representado ni de la voluntad del legislador.

La objeción que podemos hacer a esta teoría, es que esa protección que el orden normativo se encuentra obligado a otorgar a los terceros, no es suficiente para justificar el mecanismo legal de la representación, en sus dos clases.

C.8) Teoría de la Procuración.

He considerado importante hacer referencia a esta moderna teoría de la representación, llamada por algunos tratadistas de la "procuración", y por otros, de los "poderes representativos", ya que sus postulados analizan en particular el tema central del presente trabajo, que es la Representación Voluntaria Directa. Entre sus exponentes principales podemos mencionar a Rocco, Nattini, Hupka y Jorge Barrera Graff, quienes coinciden que el acto o manifestación de voluntad de una persona que conceda facultades a otra para que la represente: "constituye el poder o la procura". (83)

(83) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 52.

En el siguiente Capítulo profundizaremos en particular al estudio de la Representación a que hemos hecho referencia, y en el mismo se contendrán los principios básicos que rigen a esta teoría de la procuración.

Por el momento, basta señalar que la teoría en cita afirma que en el fondo de todo acto representativo (hablamos de la Representación Voluntaria Directa) existe una libre declaración de voluntad por parte del sujeto que va a hacerse representar y que es ésta la que en último análisis justifica y explica la actuación y validéz de los actos ejecutados por el representante.

C.9) Opinión Personal.

Estimo que todas las teorías (clásicas y modernas) que han pretendido explicar el fenómeno de la representación, adolecen de un error grave: Lo han hecho únicamente a través de la fuente de la cual emana ésta figura jurídica, es decir de la voluntad o de la ley. Inclusive, la misma se ha clasificado en Voluntaria y Legítima.

Considero que la representación también debe ser estudiada no sólo de la fuente de la cual emana, sino de sus cualidades y elementos propios, para así llegar a precisar la justificación de su existencia y de sus efectos en las relaciones sociales, jurídicas y económicas de los individuos integrantes de una sociedad.

Es a través de la teoría de la personalidad, con especial atención al atributo más importante de ésta, que es la Capacidad (ya estudiada en el presente Capítulo) y específicamente en la de ejercicio, como debe ser estudiado este instrumento del Derecho, vinculándolo regularmente con otro atributo importante de la persona que es el patrimonio.

Por lo anterior, estimo que la representación en sus dos aspectos, Voluntaria y Legítima, es una figura o instrumento jurídico auxiliar de la Capacidad de ejercicio, que permite a una persona actuar en nombre y por cuenta de otra.

Este instrumento jurídico auxiliar de la Capacidad de ejercicio, es **substitutivo** o **extensivo** de la voluntad según se trate de Representación Legítima o Voluntaria. En la Representación Legítima, por disposición de la ley, se **substituye** la voluntad del incapaz de ejercicio, a un capaz para que este último actúe en nombre y por cuenta del incapaz.

Tratándose de la Representación Voluntaria, una persona capaz de ejercicio **extiende** su voluntad a otra, para que ésta última actúe en nombre y por cuenta de aquélla. También aquí podríamos incluir la representación de personas morales, en donde la voluntad de quienes la constituyen se **extiende** al designar un órgano que represente a la persona moral.

Conforme a lo anterior, la representación en consecuencia recaerá sobre la persona y patrimonio del representado, estableciéndose así un vínculo directo entre representado y tercero, necesariamente por virtud de los actos del representante. Es por ello que la existencia de la representación y la justificación de los efectos que la misma produce, radica en la utilidad social, jurídica y económica, permitiendo el ejercicio de los derechos de todos los individuos integrantes de una sociedad.

CAPITULO TERCERO

"DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA"

A) Clasificación de la Representación.

Una vez expuestas las nociones básicas de la representación, así como las diversas teorías que tratan de explicar este fenómeno, se hace necesario precisar con mayor claridad el tema que tratamos en el presente trabajo de entre los múltiples que pueden ser estudiados en la representación. Anteriormente hemos señalado que la figura en estudio tiene un gran desarrollo en el Derecho moderno, en atención a que este instrumento jurídico puede darse en casi todos los actos del Derecho privado, y tal situación nos obliga a centrar y delimitar nuestro estudio.

La naturaleza misma del presente trabajo, nos lleva a hacer una referencia sobre las distintas clases o divisiones que sobre la representación se han elaborado, bajo la idea de que ninguna de ellas es universalmente aceptada ya que sobre las mismas existe polémica. Lo importante es que de estas clasificaciones deriva la representación objeto de nuestro estudio.

Para el maestro Raúl Ortiz Urquidi, tres son las clases de representación: "Voluntaria, Legal y Oficiosa". (84)

Señala que la Representación es Legal "cuando toma su origen en la Ley". (85)

(84) ORTIZ URQUIDI, RAUL. Op. Cit. Pág. 256.

(85) Idem.

"La Representación Oficiosa se da en la gestión de negocios (de negocios ajenos) que al ser una fuente de las obligaciones, se estudia dentro de la teoría general de las obligaciones". (86) "El gestor oficioso no es ni representante legal ni representante voluntario del dueño del negocio. De ahí el artículo 1896 del Código en vigor al disponer "el que sin mandato (Representación Voluntaria) y sin estar obligado a ello (Representación Legal), se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio", quien conforme al artículo 1903 del mismo ordenamiento "debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él", es decir, en su representación". (87)

Por lo que respecta a la Representación Voluntaria, el maestro Ortiz Urquidi explica que:"es aquella que como su nombre lo indica toma su origen en la voluntad de las partes" (88) y que esta Representación se otorga "mediante el contrato de mandato, definido por el artículo 2546 de nuestro Código Civil en los siguientes términos: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga". (89)

A su vez, subdivide a la Representación Voluntaria en mandato representativo y mandato no representativo; por el primero, "el mandatario obra frente a terceros en nombre y por cuenta del mandante, y por el no representativo, el apoderado obra sólo por cuenta del poderdante, más no en su nombre, pues actúa frente a dichos terceros, como si el negocio fuera suyo (del mandatario) y no del mandante". (90)

(86) Idem.

(87) Ibidem. Págs. 257 y 258

(88) Ibidem. Pág. 256

(89) Ibidem. Pág. 258

(90) Ibidem. Pág. 259

Por último el autor que nos ocupa, señala que la figura mercantil de la Comisión: "admite también ambos tipos de mandato". (91)

Nuestro objeto no es hacer críticas a las ideas expuestas por el maestro Ortiz Urquidi, pero nos vemos obligados a señalar que en la clasificación que dicho autor propone respecto de la representación, hace una mezcla indebida de representación, poder y mandato, cuando como veremos más adelante son figuras conceptualmente distintas.

Asimismo, el citado autor confunde gestión de negocios con representación, cuando en realidad representante y gestor son dos figuras que se excluyen y se diferencian totalmente en la manera de actuar de uno y otro frente a los terceros y también en la relación que los une con los respectivos dueños del negocio que ejecutan.

Otra clasificación que se ha elaborado de la representación y respecto de la cual ya hemos hecho referencia, es la que nos da el maestro Rafael Rojina Villegas. Este autor clasifica a la representación en dos formas: Legal y Voluntaria. "Existe Representación Legal cuando por virtud de una norma jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, reconociéndose validez a los actos que realice para afectar a la persona y al patrimonio del representado". (92)

Señala que existe Representación Voluntaria: "cuando una persona puede actuar en nombre y por cuenta de otra, por un mandato expreso o tácito que ha recibido de ésta". (93)

(91) Idem.

(92) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Tomo III. Op. Cit. Pág. 130.

(93) Ibidem. Pág. 131.

El autor que nos ocupa, precisa que los casos de Representación Legal son los siguientes: "Representación de los incapacitados (patria potestad y tutela); representación de los intereses sujetos a concurso o quiebra (sindicos); representación de los bienes, derechos y obligaciones en una herencia (albaceas); y la representación en el caso de ausencia (representantes del ausente)". (94)

Por otra parte, el maestro Rojina Villegas explica que los casos de Representación Voluntaria: "se presentan fundamentalmente en el mandato, en sus diversas formas: General y Especial; pero también en los órganos representativos de las personas morales, especialmente de las sociedades civiles o mercantiles, en las que el conjunto de personas físicas que constituyen a la persona moral designan a un órgano de representación que puede ser simple o colegiado". (95)

Consideramos que en esta clasificación del maestro Rojina Villegas también se confunden las figuras del mandato y la representación, que como hemos señalado son dos instrumentos jurídicos diferentes.

Para el maestro Manuel Borja Soriano, la representación se clasifica en Legal y Voluntaria. Señala que: "para que un contrato pueda celebrarse válidamente por un representante, es necesario que éste tenga poder de obrar en nombre del representado. Este poder se confiere por disposición de la ley a los representantes de los incapaces (padres de los menores, tutores, y de otros incapacitados), o por voluntad del mandante al mandatario". (96)

(94) Ibidem. Pág. 131.

(95) Idem.

(96) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Pág. 244.

Respecto a esta clasificación, podríamos decir lo mismo que en las anteriores, es decir, confunde poder, mandato y representación.

Para Ludwig Enneccerus (97) la representación se clasifica en Activa y Pasiva según sea la emisión y recepción de declaraciones de voluntad: "Es Activa, cuando se emite una declaración de voluntad por otro, es decir se celebra un Negocio Jurídico por otro; es Pasiva, cuando el representante recibe la declaración de voluntad en lugar del representado". (98)

Estimo que más que una clasificación, la idea de dividir a la representación en Activa y Pasiva corresponde en realidad a dos aspectos de la misma representación, según el punto de vista que se contemple.

Finalmente, el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, nos dice que la representación se clasifica en: "Directa o Indirecta; Voluntaria y Legal". (99)

Señala que la representación es Voluntaria, cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación. Esta Representación Voluntaria a su vez la subdivide en Directa e Indirecta. (100)

"Es Directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero, como en el caso del poder". (101)

(97) Cit. en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Op. Cit. Pág. 726. Voz: "Representación".

(98) Idem.

(99) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 18.

(100) Ibidem. Pág. 19.

(101) Ibidem. Págs. 21 y 22.

"Es Indirecta, cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero". (102)

Por otra parte, el autor en comento señala que la representación es Legal, cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales. También la llama representación necesaria, orgánica o estatutaria, en el caso de personas jurídicas. "La doctrina moderna, para evitar confusiones, prefiere hablar de órganos representativos". (103)

El maestro Pérez Fernández del Castillo subdivide esta Representación Legal en: "representación de menores e incapaces; representación de la sucesión; representación de personas morales; y representación del Estado". (104)

Interpretando las ideas del maestro Pérez Fernández del Castillo, tenemos que existe la Representación Voluntaria Directa cuando una persona autoriza a otra para actuar en su nombre y representación, produciéndose inmediatamente los efectos del negocio en la esfera jurídica del representado, sin tocar el campo de las propias actividades jurídicas del representante. En otras palabras, para que exista la Representación Voluntaria Directa es necesario que los efectos jurídicos nazcan en la cabeza de la persona representada, es decir, que el Negocio Jurídico se contraiga por el representante en nombre ajeno.

Existe Representación Voluntaria Indirecta, cuando una persona autoriza a otra para actuar y éste hace nacer los

(102) Idem.

(103) Ibidem. Pág. 19

(104) Ibidem. Pág. 77

efectos jurídicos en su propio nombre, siendo el verdadero y único interesado ante los terceros y sólo mediante una transmisión posterior hace llegar los derechos y obligaciones al dueño del Negocio Jurídico, es decir, al verdadero sujeto de los intereses.

Como podemos darnos cuenta, el mecanismo de esta Representación Indirecta es exactamente igual al del mandato romano (mandato no representativo), en el que como ya hemos indicado, al actuar el mandatario a nombre propio estaba muy lejos de ser verdaderamente representativo.

Por lo anterior, estimo que la subdivisión que el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo hace respecto de la Representación Voluntaria, no es propiamente tal, ya que está incluyendo una figura jurídica que no participa de las características propias de la representación y que es el mandato no representativo (Representación Indirecta).

En mi opinión y ateniéndome a las ideas que hemos expuesto durante el desarrollo del presente trabajo, en la llamada Representación Indirecta no existe más representación que en el nombre mismo que algunos autores le han otorgado, al no producirse los efectos del Negocio Jurídico de una manera directa e inmediata en la persona y patrimonio del sujeto de los intereses, siendo para ello necesario la celebración de un acto posterior. En tal sentido, se desnaturaliza completamente la figura de la representación.

Por otra parte, considero que la representación de personas morales verificada a través de órganos, no debe contemplarse dentro de la Representación Legal sino más bien dentro de la Voluntaria, ya que el conjunto de personas físicas que la constituyen, por el principio de la autonomía

de la voluntad designan a un órgano de representación que puede ser simple o colegiado.

Como podemos observar, las diversas clasificaciones que se han elaborado respecto a la representación, sólo han sido en función de la fuente de la cual emana esta figura jurídica (de la voluntad o de la ley), pero no se ha considerado a la misma en función de la naturaleza propia y elementos que constituyen a este instrumento jurídico. En el Capítulo anterior señalamos que también a través de la teoría de la personalidad, con especial atención al atributo más importante de ésta, la Capacidad y en particular en la de ejercicio, es como debe ser estudiado este instrumento del Derecho, vinculándolo con otro atributo importante de la persona que es el patrimonio.

Considerando lo anterior, podemos decir que existe representación de capaces, representación de incapaces y representación por extinción o afectación de la personalidad.

La representación de incapaces, considerada como un instrumento substitutivo de la voluntad del incapaz de ejercicio a un capaz, para que este último actúe en nombre y por cuenta del incapaz. Esta representación se da por disposición de la Ley y en tal sentido es una Representación Legal. La Ley a su vez legitima directamente a un sujeto extraño para que celebre el Negocio Jurídico respecto a un determinado objeto, a nombre y por cuenta del incapaz, quien realmente es el sujeto de los intereses. (patria potestad, tutela, curatela y representantes de ausentes).

Por lo que toca a la representación de capaces, una persona capaz de ejercicio, apoyado en el principio de la autonomía de la voluntad extiende su voluntad a otra y lo legitima respecto al objeto para que actúe en nombre y por cuenta de aquella. Esta representación se da por un acto de

autonomía privada y en tal sentido es una Representación Voluntaria. El propio sujeto de los intereses legitima directamente a un sujeto extraño para que éste celebre a nombre y por cuenta del primero el Negocio Jurídico en cuestión en relación al objeto. En esta representación incluimos a la representación de personas morales verificada a través de órganos.

Por último, la representación por extinción o afectación de la personalidad que puede presentarse tratándose de personas morales o físicas. Se verifica a través de un órgano y puede derivar según se determine en la ley o por un acto de autonomía privada, como en este último caso sería el albacea designado en testamento, liquidador designado en estatutos, etc.

Con lo expuesto, estimo que es suficiente para poder fijar nuestro estudio: Descartando la existencia de la Representación Indirecta y apartándonos desde ahora totalmente del análisis de la Representación Legal, por salirse del objetivo del presente trabajo, en adelante vamos a tratar exclusivamente de determinar con exactitud la naturaleza y características de la Representación Voluntaria Directa.

B) Estructura y Elementos.

En el Capitulo anterior precisamos que la voluntad al ser el elemento esencial de todo Negocio Juridico, es necesaria su manifestación para la formación del mismo, y que esta manifestación puede no provenir del sujeto de los intereses del negocio de que se trate. Muchas veces, por razones de comodidad, por ausencia del interesado o bien cuando es necesario la intervención de personas especializadas en la materia respectiva, se hace necesario que la voluntad sea manifestada por un sujeto extraño al negocio, para lo cual dicho sujeto debe encontrarse debidamente legitimado respecto al objeto por el verdadero sujeto de los intereses para poder celebrar el negocio.

Por esta situación y para iniciar el estudio de la Representación Voluntaria Directa, debemos hacer en primer término un análisis de los elementos que la componen.

El primer elemento que podemos señalar en la Representación Voluntaria Directa, es el **representado**. Es el verdadero sujeto de los intereses, en cuya esfera jurídica van a recaer los efectos del Negocio Juridico celebrado por el representante. Su principal característica radica en que debe contar con su respectiva Capacidad de ejercicio y además debe encontrarse legitimado respecto del objeto en cuestión. Es decir, que por sí mismo podría celebrar el Negocio Juridico y por lo tanto adquirir y ejercitar los derechos o en asumir las obligaciones que del negocio resulten.

El representado al ser plenamente capaz y aprovechándose de esta situación, por su propia voluntad legitima frente a un objeto determinado y extiende su voluntad a otro para que éste celebre el Negocio Juridico en su nombre.

Como consecuencia de la característica anterior, este primer elemento de la Representación que nos ocupa, se distingue también porque en su persona radica el deseo de ser representado y la elección de la persona que lo va a representar.

Como segundo elemento de la Representación Voluntaria Directa tenemos al representante. Es en realidad el sujeto extraño al Negocio Jurídico que celebra, a quien no le corresponden los intereses del mismo pero es la persona por medio de la cual realmente se celebra el negocio. Su característica principal también radica en que debe ser una persona capaz de ejercicio, es decir, debe tener la aptitud de obrar por sí pero lo hace en nombre de otro (el representado), y además debe encontrarse debidamente legitimado por el representado para poder actuar en relación al objeto del Negocio Jurídico.

El representante manifiesta su propia voluntad en la celebración del Negocio Jurídico pero actuando siempre en nombre y por cuenta del representado, quien le ha extendido su voluntad y lo ha legitimado debidamente para ello.

Una segunda característica que distingue al representante y que analizaremos con posterioridad en el Apartado relativo a las etapas que componen el fenómeno representativo, es su aceptación para actuar con tal carácter en el Negocio Jurídico. Esta aceptación se da al estar presente en su actuación frente a los terceros.

Finalmente, un tercer elemento que podemos encontrar en la Representación Voluntaria Directa y que se forma con la unión de los dos anteriores, es el contenido propio del acto jurídico que la crea. Por una parte, el representado da su consentimiento y legitima a otro sujeto; el Negocio Jurídico (que debe ser lícito y posible) le es

ajeno al representante por corresponder o pertenecer al representado; y por último, la aceptación del representante mediante el otorgamiento del instrumento jurídico junto con los terceros para la formación del negocio.

La integración de estos tres elementos componen en su totalidad a la Representación Voluntaria Directa.

C) Efectos.

Los efectos que la Representación Voluntaria Directa produce son variados, según se trate de la persona del representado, del representante y del tercero con quien éste celebra el Negocio Jurídico.

En relación a la persona del representado, ya hemos señalado que los efectos jurídicos que del negocio celebrado por el representante resultan, recaen en la persona y patrimonio del representado. En otras palabras, cualquier actuación que se derive de la representación afecta a la esfera jurídica particular del representado. Este al ser el verdadero sujeto de los intereses, absorbe en su persona y patrimonio los derechos y obligaciones que derivan del Negocio Jurídico.

Por lo que respecta a la persona del representante, los efectos del Negocio Jurídico realizado por él a través de la Representación Voluntaria Directa, no alteran en forma alguna su esfera jurídica. Este no adquiere los derechos ni contrae las obligaciones que por su propia actuación y manifestación de voluntad genera. Su actuación establece un vínculo directo entre representado y tercero, por lo que éstos son los únicos que podrán ejercer esos derechos o exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas en virtud de la actuación del representante.

En relación a los terceros y en virtud de que el Negocio Jurídico se celebra a nombre y por cuenta del representado, es lógico suponer que los efectos de dicho negocio se establecen en forma directa y exclusiva entre tercero y representado. Todo Negocio Jurídico celebrado a través de la representación sólo obliga y faculta al representado frente a los terceros y a éstos frente a aquél.

D) Etapas del Acto Representativo.

En el Capitulo anterior hicimos alusión a las diversas teorías que han tratado de explicar el fenómeno jurídico de la representación y mencionamos a una en especial, la llamada de la Procuración o de los Poderes Representativos, en la que se contienen los postulados que en mi consideración son el sustento de la Representación Voluntaria Directa. Para no dejar incompleta la presente exposición, a continuación expondremos las ideas básicas de esta teoría moderna y ello nos facilitará el análisis de las diversas etapas que componen el acto representativo.

Sobre la base de distinción entre mandato y representación se llega a descubrir un elemento nuevo de toda Representación Voluntaria Directa: La procuración. Es indiscutible a estas fechas la diferencia que existe entre representación y mandato, pues mientras aquella es una simple facultad para obrar a nombre de otro, el mandato es un contrato con un contenido obligacional determinado: El mandatario se encuentra obligado a obrar por cuenta del mandante. Así lo establece el artículo 2546 de nuestro Código Civil. (105)

Por otra parte, la distinción entre representante y mandatario radica esencialmente en la forma en que uno y otro se comportan ante los terceros con quienes se relacionan. Mientras el mandatario sin representación obra a nombre propio y por cuenta del mandante, se obliga como si realmente fuera el verdadero dueño del negocio, como si no existiera el mandante, debiendo en un acto posterior, como sería el caso de la rendición de cuentas, transmitir a éste los efectos de

(105) Artículo 2546.- "El Mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

los actos realizados. En este sentido, la relación entre mandante y mandatario es totalmente personal e ignorada por los terceros.

El representante por el contrario, obra a nombre ajeno (de su representado) y los efectos jurídicos de sus actos realizados no invaden su esfera jurídica en lo más mínimo, sino que los mismos se producen directamente en la persona y patrimonio del representado. Al obrar a nombre ajeno, la relación del representado con su representante es conocida y sabida por los terceros, a lo que se conoce como "contemplatio domini", es decir, "del dominio de todos".

Cabe recalcar que la distinción entre mandatario y representante no sólo deriva de la forma de comportarse frente a los terceros, sino también por la naturaleza misma del vínculo que une a ambos con sus respectivos principales; el mandatario sin representación, no sólo es la persona que actúa en nombre propio y por cuenta del mandante, es también y como consecuencia necesaria del carácter contractual que lo une con su mandante, un sujeto obligado a obrar por éste. El representante por el contrario, no sólo actúa en nombre y por cuenta del representado, sino que además se encuentra facultado y legitimado por éste para obrar en su nombre, es decir, frente a los terceros y en relación a un determinado objeto, respectivamente.

Es así que al representante visto desde un punto de vista independiente, no le une ningún contrato con su representado; no se encuentra obligado frente a éste, sino que sencillamente está facultado.

Una vez establecida la distinción y autonomía que existe entre mandato y representación, así como de los elementos que los componen, podemos afirmar que existen

mandatos sin representación y representaciones sin mandato. En estas últimas, basta la simple voluntad de un sujeto en delegar a otro determinadas facultades representativas, sin que exista al mismo tiempo la obligación de ejercitarlas.

Es importante aclarar que esta distinción entre mandato y representación no es absoluta ya que uno de los aspectos más importantes e interesantes de la moderna teoría de la representación, es el estudio de una figura jurídica que comprende a ambas: el mandato representativo. Este es el único caso en que el representante además de estar facultado por el representado, también se encuentra obligado a representarlo en virtud de una relación contractual coexistente a la representación. Pero a pesar de que en este instrumento jurídico se contemplan tanto la representación como el mandato, nada impide que podamos diferenciarlos por las características propias e independientes de cada uno de ellos.

Precisamente de la diferencia existente entre estas dos figuras jurídicas es como llegamos a la idea de **procuración**. Dejando por el momento a un lado el estudio del mandato representativo, tenemos que existen representaciones que no toman su origen del mandato, en las que como ya hemos señalado no se encuentran en ellas un contenido obligacional para ninguna persona, por lo que no es en el mandato ni en cualquier otro contrato donde debemos buscar el origen de la Representación Voluntaria Directa.

Es en la autonomía de voluntad del representado donde concluimos debe encontrarse el origen de la Representación que nos ocupa.

La Representación Voluntaria Directa se basa en una declaración unilateral de voluntad. Así se desprende del principio de que "nadie puede obrar a nombre de otro sin su

consentimiento", principio que es recogido por el artículo 1801 del Código Civil. (106)

En virtud de lo anterior, la declaración de voluntad que se requiere para que exista la Representación Voluntaria Directa, deriva del consentimiento de una persona plenamente capaz en el sentido de querer ser representado en un Negocio Jurídico. Es precisamente esta declaración de voluntad del representado lo que conocemos como procuración.

Por este consentimiento, manifestado al exterior y dirigido a otra persona, en virtud de la declaración de voluntad, es como debe ser estudiada la Representación Voluntaria Directa.

Cabe aclarar que esta declaración de voluntad (procuración) de parte del sujeto que va a hacerse representar no es en sí la que en forma exclusiva e inmediata compone el fenómeno representativo. Esta es sólo una parte del mismo ya que existen otras dos etapas muy importantes, configuradas por una parte, por los poderes representativos que derivan de la misma procuración y que el representado otorga al representante, y por la otra, la aceptación de la procuración y por ende de esos poderes representativos por parte del representante, ya que está presente en su actuación frente a los terceros.

Por lo expuesto, podemos diferenciar perfectamente la declaración de voluntad del representado, de las facultades o poderes que con esa declaración confiere al representante, y de la actualización de esos poderes por los actos que a nombre de aquél realiza éste. Nos encontramos

(106) Artículo 1801.- "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley".

pues, en presencia de tres etapas de todo fenómeno representativo: La procuración, los poderes de representación y la actuación del representante frente a los terceros.

Para lograr una mejor claridad en la exposición que nos ocupa, a continuación analizaremos en particular cada una de las etapas antes mencionadas.

D.1) Declaración de Voluntad del Representado.

Es como ya hemos mencionado lo que las teorías modernas sobre la representación denominan procuración. La Representación Voluntaria Directa tiene su origen: "de un acto, una decisión libre del representado a través de un acto unilateral". (107)

La procuración implica pues todo acto voluntario por el cual se concede poderes representativos. Como ya anteriormente hemos señalado, se exige del representado que sea plenamente capaz para poder emitir esta declaración de voluntad.

Por esta declaración de voluntad, el sujeto de los intereses da a conocer su deseo de ser representado y extiende su voluntad a otra para que esta última actúe en su nombre y por su cuenta, "relacionándose con un tercero y adquiriendo derechos o asumiendo obligaciones". (108)

En el Apartado relativo al estudio del Negocio Jurídico, mencionamos que todo sujeto, con base en la

(107) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 27.

(108) Ibidem. Pág. 54.

autonomía de la voluntad puede regular sus propios intereses, pero siempre dentro de los límites que le impone el orden jurídico. También la normatividad permite que un sujeto plenamente capaz, mediante la procuración, legitime directamente respecto a un objeto determinado a otro sujeto extendiéndole su voluntad y facultándolo para que a su nombre y por su cuenta celebre el Negocio Jurídico que él mismo puede realizar.

Por otra parte: "la declaración de voluntad o procuración fija la extensión de la representación conferida, tanto para conocimiento y gobierno del representante, como de quienes con él contratan". (109)

La procuración, es pues, la base de toda Representación Voluntaria Directa; determina la extensión, duración y condiciones de ejercicio de los poderes representativos a que da origen y por medio de ella se legitima al representante en su actuación respecto a un determinado objeto.

Tenemos entonces que es la voluntad del representado y su declaración la que libremente designa a la persona que lo va a representar y a través de ella otorga las facultades que éste va a ejercer.

Es importante señalar que esta procuración tiene características especiales. Si bien es una declaración unilateral de voluntad, no podemos asimilarla a ninguna otra declaración contemplada en el Derecho Positivo. Por una parte, no puede considerársele como fuente de obligaciones.

(109) NATTINI. Cit. por BARRERA GRAFF, JORGE. Ibidem. Págs. 55 y 56.

La procuración no produce obligaciones, ni para el representante de aceptarla u obrar conforme a ella, ni para el que la emite, ya que los únicos efectos de la procuración son el "dar poder" y el legitimar, extendiendo la voluntad a aquél a quien va dirigida para que lleve a cabo los actos a nombre de quien la emite. Por esta característica, la procuración se distingue de las demás declaraciones de voluntad, las cuales sí producen obligaciones, como son por ejemplo: la oferta al público, la promesa de recompensa, etc.

Reitero que es precisamente por esta característica por la que se diferencian las figuras del representante y del mandatario, que como ya hemos señalado, mientras el mandatario está obligado a actuar, el representante, en virtud de la procuración, solo está legitimado y facultado para representar.

Por otra parte y como segunda característica de la procuración, podemos señalar que sus efectos inmediatos no son patrimoniales. Por regla general todas las declaraciones de voluntad están dirigidas a negocios económicos; no sucede así con la procuración. Por el contrario, la procuración no produce directamente efectos patrimoniales ya que éstos se manifiestan indirectamente con la actuación del representante. Los únicos efectos de la procuración son el de legitimar al representante frente al objeto del Negocio Jurídico y el de otorgarle poderes de representación, que por su especial característica traen como consecuencia una extensión de la voluntad del que va a ser representado, ya que en virtud de estos poderes el representante podrá realizar actos a nombre del representado, como si él mismo estuviera presente.

En resumen, podemos afirmar que los efectos de la procuración son: el extender la voluntad del representado a la voluntad del representante; el legitimar a este último

para que actúe en relación a un determinado objeto; y el otorgarle los poderes representativos conforme a los cuales va a actuar en nombre y por cuenta del representado.

D.2) Poderes o Facultades.

Una segunda etapa que se presenta en la Representación Voluntaria Directa, es la que se forma por los poderes o facultades que en virtud de la misma procuración se otorgan a favor del representante.

"Para que un contrato pueda celebrarse válidamente por un representante, es necesario que éste tenga poder de obrar en nombre del representado". (110)

Estos poderes o facultades son el campo conforme el cual se va a producir la actividad del representante.

"Determinan los límites de la representación frente a los terceros", (111) y "le confieren la posibilidad de obrar frente a ellos a nombre del principal, para que mediante la manifestación de su voluntad, se vincule al representado con el tercero". (112)

Esta segunda etapa del fenómeno representativo toma su origen de la primera. La procuración es una declaración unilateral de voluntad de donde surgen los poderes de representación. A través de la procuración, nacen las facultades o poderes conferidos, por lo que el alcance de dichos poderes está delimitado por la procuración.

(110) BORJA SORIANO, MANUEL. Op. Cit. Pág. 244.

(111) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 53.

(112) Ibidem. Pág. 54.

Por último y así como señalamos respecto de la primera etapa del fenómeno representativo, en el sentido de que se desarrolla dentro de los límites que le impone el orden normativo, para esta segunda etapa, los poderes representativos también se otorgan dentro de esos límites.

D.3) Actuación del Representante.

Con la actuación del representante se realiza la finalidad de la procuración y dicha actuación será conforme a los poderes que ha recibido.

En esta tercera etapa de todo fenómeno representativo, es donde la representación toma su esencia.

La manera de actuar del representante frente a los terceros deriva de los poderes representativos que le han sido conferidos a través de la procuración; se encuentra legitimado respecto a un objeto determinado y además facultado para que frente a los terceros actúe en nombre y por cuenta del representado.

Es importante aclarar que la representación propiamente dicha no es una relación existente entre representante y representado. No podemos decir que la relación entre ellos hace surgir realmente a la representación. De una manera sencilla, la representación se forma con la unión de las tres etapas a las que nos referimos y que toma su esencia en la manera de actuar del representante estando presente frente a los terceros, declarando su propia voluntad, pero actuando siempre en nombre y por cuenta del representado, situación que es conocida y del dominio de dichos terceros, ya que el representante les da a conocer su carácter, así como la persona para quien obra.

La "contemplatio domini" (del dominio de todos) caracteriza la actuación del representante y lo distingue de cualquier otra figura afin. Por ella, el representante da a conocer a los terceros con los que contrata que el verdadero sujeto de los intereses es el representado.

Por otra parte, dentro de esta tercera etapa de la Representación Voluntaria Directa debemos incluir la aceptación por parte del representante de la procuración. Esta aceptación puede ser expresa o tácita y es necesaria para su actuación frente a los terceros. Con la aceptación, el representante conoce los poderes representativos que le han sido otorgados para actuar frente a los terceros a nombre y por cuenta del representado y además se hace sabedor de que se encuentra legitimado por este último frente al objeto en cuestión.

Es necesario aclarar que estas tres etapas que componen el fenómeno representativo, pueden producirse en distinto orden al mencionado: El procedimiento normal del fenómeno representativo, es tener en primer lugar a la procuración y necesariamente como consecuencia de ésta, surgen los poderes representativos y por último la aceptación del representante y su actuación frente a los terceros. Sin embargo, el orden mencionado puede invertirse y así existir primero la actuación de una persona en favor de otra que no ha manifestado su voluntad para ello. En este caso, la ratificación posterior del acto viene a ser una verdadera procuración y el acto mismo celebrado por el representante será válido. Asimismo, con la ratificación quedan conferidos los poderes representativos y a su vez se legitima al representante en relación al objeto.

Cunha Goncalves, señala: "La ratificación propiamente dicha es, pues, la declaración unilateral de voluntad por la cual una persona teniendo conocimiento de un acto hecho en su nombre y provecho, pero al cual era extraña, lo adopta como suyo o como hecho por su voluntad". (113)

A través de la ratificación se vincula el ahora representado con el tercero, en virtud de los actos celebrados por el también ahora representante.

Cabe aclarar que el sujeto que actúa por cuenta de otro sin ser su representante, no puede considerársele como tal sino hasta el momento en que el acto ejecutado es ratificado por el dueño del negocio. Ante tal situación, estamos en presencia de la figura del gestor de negocios y que diversos autores han confundido su actuación previa a la ratificación, con la del representante.

A nuestro criterio, nunca el gestor puede representar ni el representante gestionar. El gestor de negocios toma la figura de representante, siempre y cuando el acto ejecutado sea ratificado por el dueño del negocio. En tal supuesto, deja de tener la calidad de gestor para convertirse en un verdadero representante por los actos ejecutados. En el Capítulo siguiente profundizaremos en la distinción que existe entre ambas figuras, la que deriva en su manera de actuar de uno y otro frente a los terceros, así como de la relación que los une con los respectivos dueños del negocio.

CAPITULO CUARTO**"LA REPRESENTACION Y FIGURAS AFINES"**

Durante el desarrollo del presente trabajo ha quedado establecida la noción genérica de la representación, y en particular hemos estudiado las características, elementos y etapas que componen a la Representación Voluntaria Directa.

Para profundizar en las ideas expuestas, he considerado necesario hacer una comparación y a la vez diferenciar a la figura del representante con otras figuras jurídicas respecto de las cuales diversos autores lo han confundido, como es el caso del mandatario, el gestor de negocios y el órgano de personas morales. Si bien entre estas figuras existen caracteres comunes, también hay diferencias, las que nos permiten colocar a cada uno de ellos en el campo jurídico que les corresponde y no hacer una mezcla indebida de ellos. Estas figuras a que hago alusión, son las que en mi consideración tienen mayor interés práctico en la vida jurídica de los individuos y cuya existencia al igual que la de la representación, es necesaria ya que posibilitan y auxilian al individuo como integrante de una sociedad para que pueda desarrollar toda su potencialidad y así lograr la satisfacción de sus necesidades.

Cabe aclarar que nuestra finalidad no es analizar en particular la naturaleza propia de cada una de las figuras mencionadas, sino continuar con el estudio de la Representación Voluntaria Directa.

A) Representante y Mandatario.

Ya hemos indicado la distinción básica que existe entre representante y mandatario y señalamos que a nuestra manera de ver, por sus características propias, entre ambas figuras existe una plena autonomía. Sin embargo, para cumplir con los propósitos del presente Apartado, a continuación haremos un breve resumen de las diferencias a que anteriormente hemos hecho alusión. Es importante mencionar, que estas diferencias son desde un punto de vista independiente, es decir, del mandatario sin representación y del representante sin mandato.

Así, las diferencias fundamentales entre mandatario y representante radican, por una parte, en la manera de actuar de uno y otro frente a los terceros, y por la otra, en la naturaleza de la relación jurídica que los liga con los respectivos dueños del negocio.

Por lo que respecta a su actuación frente a terceros, el mandatario sin representación aunque siempre obra por cuenta del mandante, lo hace a nombre propio como si realmente él fuera el verdadero dueño del negocio. El representante por su parte, además de actuar por cuenta del representado, lo hace a nombre de este último. Esto tiene mayor relevancia si nos apoyamos en el principio de la "contemplatio domini", el cual deriva por la actuación del representante y esencial en el instrumento jurídico de la representación.

En relación a la naturaleza que une jurídicamente al representante y al mandatario con los respectivos dueños del negocio que celebran, tenemos que el mandato por ser un contrato, crea obligaciones a cargo del mandatario. Dichas obligaciones consisten en obrar por cuenta del mandante. En la representación no sucede lo anterior, ya que al derivar de

la autonomía de voluntad del representado, no nace a través de ella ninguna obligación, sino única y exclusivamente se faculta y legitima al representante para obrar frente a los terceros a nombre y por cuenta de su representado y respecto a un determinado objeto.

Sin perjuicio de las diferencias anotadas anteriormente, el representante y el mandatario son dos figuras jurídicas que en determinados aspectos se identifican. Su principal rasgo común es que ambos siempre actúan en interés ajeno (por cuenta de otro) es decir, en un Negocio Jurídico que no es propio.

Un segundo rasgo común entre ambas figuras, es que su actuación siempre es discrecional, la que deriva ya sea de las instrucciones dadas por el mandante o por la procuración del representado. En otras palabras, en todos los actos jurídicos que celebren, ambos expresan su propia voluntad y tienen la facultad de decidir sobre dichos actos conforme a las instrucciones o procuración, según sea el caso, recibidas. Cabe aclarar que no son meros portadores de la voluntad del mandante o del representado sino que ambos manifiestan siempre su propia voluntad en el Negocio Jurídico que celebran.

"Cuando las instrucciones recibidas son a tal grado circunscritas, que no dan lugar absolutamente a la libertad de acción de la persona encargada de obrar en nombre de otra, no existe la representación". (114)

Es de gran interés hacer en este momento, un breve análisis respecto del instrumento jurídico que comprende tanto a la representación como al mandato. Nos referimos al mandato representativo, el cual es muy común en la práctica y

(114) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 431.

se encuentra contemplado en el artículo 2560 de nuestro Código Civil. (115)

En términos del artículo mencionado, pueden existir mandatos que se otorguen con facultades para representar. El mandatario-representante puede actuar a nombre propio (como mandatario) o a nombre ajeno (en su carácter de representante).

En el mandato representativo la relación que une al mandatario-representante con el dueño del negocio debe contemplar las características propias de ambas figuras. Esta situación, nos ayuda y justifica con mayor claridad nuestra afirmación expuesta anteriormente, en el sentido de la diferencia que existe entre mandatario y representante, pues en la relación del mandato representativo, sin confundirse, coexisten ambos instrumentos del Derecho.

Es así que en el mandato representativo el mandatario-representante está facultado para obrar a nombre de otro, pero al mismo tiempo por su calidad de mandatario, se encuentra obligado a actuar. Esto en principio puede parecer una contradicción, ya que una persona no puede estar facultada y obligada a un mismo tiempo, respecto a una conducta determinada. A mi juicio no existe tal contradicción ya que el afirmar que el representante está facultado para obrar a nombre de otro, no debe entenderse como que queda a su arbitrio y discreción el obrar o dejar de hacerlo, sino que debemos analizarlo en el sentido de que goza de poderes representativos, lo cual es perfectamente

(115) 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".

conciliable con su obligación de actuar que como mandatario se le impone en el mandato representativo.

Lo anteriormente asentado es considerando al mandato representativo desde su punto de vista interno, es decir, en virtud de la relación que une al mandatario-representante con el dueño del negocio.

Desde el punto de vista externo, es decir, las relaciones que existen entre el mandatario-representante con los terceros, es necesario señalar que en el mandato representativo, se presentan también las características esenciales y particulares de ambas figuras, es decir, el actuar a nombre propio o a nombre ajeno. Conforme lo dispuesto por el artículo 2560 del Código Civil, la elección entre estas dos formas de obrar queda en primer término, a cargo del dueño del negocio, ya sea otorgando poderes representativos o simplemente un mandato, según convenga a sus intereses. A falta de instrucciones en este sentido, sólo el mandatario-representante gozando de la discrecionalidad que lo distingue, puede determinar si obrará representando o como un simple mandatario.

Con lo expuesto, estimo que ha quedado debidamente establecida la diferencia que existe entre la representación y el mandato. Pero no debemos perder de vista que el caso más frecuente en la práctica jurídica es la existencia del mandato representativo, que comprende a ambos y que a la vez pueden existir mandatos sin representación y representaciones sin mandato.

B) Representante y Gestor de Negocios.

No podemos confundir a la gestión de negocios con la representación, ya que la naturaleza de ambos instrumentos jurídicos es esencialmente distinta.

La gestión de negocios fue considerada en el Derecho Romano como un cuasicontrato, muy parecido al mandato: "Se consideró desde los romanos que en la gestión de negocios hay una figura semejante al mandato, por eso ya posteriormente los glosadores hablaron de un cuasicontrato o gestión oficiosa". (116)

Las obligaciones y derechos que de la gestión resultaban, tenían su origen en esa semejanza que existió con el mandato, al grado que se consideró a la gestión como una fuente de obligaciones nacidas en virtud de un cuasicontrato.

Así pues, la semejanza que se tenía de la gestión de negocios con el mandato era absoluta, de tal forma que se consideró como característica principal del gestor el obrar por otro. Asimismo, las obligaciones nacidas para el gestor y para el dueño del negocio, la forma de realizar la gestión y la manera de terminarla eran iguales a las del mandato romano.

Estas ideas romanas llegaron a nuestros ordenamientos vigentes durante el siglo XIX. El Código de 84 que a su vez reproduce en esta materia al de 70, consideró a la gestión de negocios como un mandato especial, denominándolo mandato oficioso. La gestión de negocios se encontraba reglamentada en un Capítulo del Título denominado "Del Mandato o Procuración y de la Prestación de Servicios

Profesionales", y que en palabras del maestro Manuel Borja Soriano: "nos induce a aceptar la noción de cuasicontrato respecto de la gestión de negocios en nuestros Códigos antiguos". (117)

De lo anterior se deduce que cualquier relación gestoria se asemejaba siempre a la figura del mandato, por lo que sólo a través de este instrumento jurídico se explicaba la fuente de obligaciones que por la gestión nacían.

Pero en el siglo actual se ha modificado esta posición: "Los civilistas modernos, han acabado por reconocer que el concepto de cuasicontrato carece ya de toda relevancia jurídica y que no es sino un nombre vacío de contenido" (118)

Analizando la naturaleza de las relaciones que existen entre el gestor y el dueño del negocio, se ha afirmado que la fuente de obligaciones nacidas por la gestión de negocios, no deriva de su analogía con el mandato y mucho menos por ser un cuasicontrato, sino que más bien responde a la idea de una especie de enriquecimiento ilegítimo.

El gestor queda obligado por los actos que realiza; "el dueño del negocio queda obligado por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa". (119) Este último: "se obliga no por la voluntad del gestor, sino en tanto y cuanto ha recibido un beneficio". (120)

Coincido con las ideas anteriores, en el sentido de que la gestión de negocios debe ser considerada como una fuente de obligaciones, en virtud de un enriquecimiento

(117) BORJA SORIANO, MANUEL. Op. Cit. Pág. 394.

(118) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Tomo II. Op. Cit. Pág. 285.

(119) Ibidem. Pág. 291.

(120) Idem.

ilegítimo y no por su analogía con el mandato y mucho menos como un cuasicontrato.

"No encontramos en nuestros Códigos, una categoría de fuentes de obligaciones con el nombre de cuasicontratos. Los dos hechos jurídicos (pago de lo indebido y gestión de negocios) a los que el Código de Napoleón denomina cuasicontratos, en nuestros Códigos están considerados aparte uno del otro, y si analizamos su naturaleza, no encontraremos un carácter común a la gestión de negocios y al pago de lo indebido, que como sabemos es un caso de enriquecimiento ilegítimo". (121)

Nuestro Código Civil vigente de 28, desliga a la gestión de negocios del mandato, como se desprende del artículo 1896 de dicho ordenamiento, (122) y le da el mismo rango que cualquier otra fuente de obligaciones (contrato, declaración unilateral de voluntad, enriquecimiento ilegítimo, actos ilícitos y riesgos profesionales), al dedicarle al igual que las anteriormente mencionadas, un Capítulo específico, dentro del Título denominado "Fuente de las Obligaciones".

Ahora bien, centrándonos en la distinción que existe entre representante y gestor de negocios, debemos analizarla desde un punto de vista externo y uno interno. En el primero, es decir, en la manera de actuar tanto del representante como del gestor frente a los terceros, tenemos que son totalmente opuestos. Nunca el gestor actúa representando y nunca los actos del representante pueden

(121) BORJA SORIANO, MANUEL Op. Cit. Pág. 395.

(122) 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 negocio".

considerarse como realizados en carácter de gestor de negocios.

Conforme a lo establecido por el artículo 1801 del Código Civil en el sentido de que: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley", podemos afirmar que la actuación de todo gestor nunca es una representación. El gestor no puede representar, pues no ha existido para ello ninguna procuración a su favor y por lo tanto no se encuentra debidamente legitimado respecto al objeto, ni goza de los poderes representativos para hacerlo. En el caso de existir estos presupuestos, no estaríamos hablando de gestor sino de representante.

Desde el otro punto de vista, es decir el interno, las relaciones que guardan tanto gestor y representante con los respectivos dueños del negocio por el cual actúan, son diferentes. Por una parte tenemos que es un presupuesto necesario de la gestión el no estar facultado ni legitimado para actuar, es decir, la no existencia de la procuración y por lo tanto de los poderes representativos, situación que es totalmente contraria a los presupuestos de la representación ya estudiados. Ni la procuración y por ende ni los poderes representativos y mucho menos la legitimación se presentan en la gestión de negocios.

En virtud de lo anterior, reitero que no pueden existir gestores que representen al dueño del negocio ya que al no presentarse la procuración ni los poderes representativos, no se puede configurar el fenómeno de la representación en el Negocio Jurídico celebrado en tales circunstancias.

Así tenemos que las relaciones que se establecen en virtud de la celebración del negocio a través de la gestión, son entre el gestor y el tercero y sólo con posterioridad,

mediante la realización de un nuevo acto, que es la ratificación de los actos por parte del dueño del negocio, es como puede relacionarse directamente éste último con el tercero.

C) Representante y Órgano de Personas Morales.

La utilidad social, jurídica y económica que justifica la existencia de la representación, se manifiesta, además: "tratándose de las personas jurídicas colectivas en las que hay una evidente imposibilidad de actuar sino por medio de personas físicas". (123)

La persona moral al ser un ente abstracto, no puede obrar por sí misma frente a los terceros; requiere de órganos que la representen y por lo tanto actúen en su nombre y por su cuenta. Dichos órganos a su vez se encuentran integrados por personas físicas.

Nuestra finalidad en el presente Apartado es el de hacer una comparación entre el representante de una persona física y el de una persona moral. Para ello es necesario señalar que la existencia de las personas morales es reconocida por el artículo 25 de nuestro Código Civil, dotándolas de personalidad y capacidad.

Por otra parte, la voluntad al ser un elemento esencial de toda relación comercial requiere ser exteriorizada, a través de la manifestación o declaración, para que tenga relevancia jurídica. La persona moral no puede por sí misma exteriorizar su voluntad, por lo que es esencial para ellas el tener órganos ya sean individuales o colectivos, integrados a su vez como ya mencionamos por personas físicas que lo hagan, pues sin estos órganos serían entes privados de toda posibilidad de actuación en el campo jurídico.

(123) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Cit. por PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 11.

"La Representación Voluntaria se presenta también en los órganos representativos de las personas morales, especialmente de las sociedades civiles o mercantiles, en las que el conjunto de personas físicas que constituyen a la persona moral designan a un órgano de representación que puede ser simple o colegiado". (124)

En virtud de lo anteriormente expuesto, toda actuación de una persona moral se realiza a través de órganos dotados de voluntad: "los cuales derivan de la constitución misma de la persona moral". (125)

Por otra parte, los campos en los que puede actuar una persona moral son amplísimos, por lo que requiere de órganos cuya función será según la esfera de competencia de que se trate. Así tenemos por ejemplo como órganos de personas morales, a la Asamblea de Socios, al Consejo de Administración, Gerentes, Directores, Comités de Vigilancia, etc.

Para lograr mayor claridad con lo expuesto y así poder cumplir con los fines propuestos en el presente Apartado, debemos plantearnos la siguiente interrogante: ¿Todo órgano de una persona moral obra representando a la misma?, o en otras palabras, ¿La función de todo órgano es obrar representando a la persona moral, sin importar el campo de actuación del órgano?.

Es importante señalar que en la doctrina existe diversidad de opiniones al respecto, pues mientras algunos autores consideran que toda actuación del órgano de la

(124) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Tomo III. Op. Cit. Pág. 130.

(125) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 177.

persona moral se realiza representándola, otros afirman que es necesario que el órgano cuente siempre con facultades para representar, e incluso hay quienes ignoran el problema y no hacen mención alguna al respecto.

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos señalado que por lo que respecta a las personas físicas, el fenómeno de la representación se presenta cuando la actuación del representante se realiza a nombre y por cuenta del representado. Lo mismo podemos afirmar tratándose de las personas morales. No es suficiente que exista un órgano de la persona moral para afirmar que el mismo la representa. Para ello, se requiere que ese órgano (simple o colegiado) goce de poderes representativos que le sean otorgados a través de la procuración en virtud de la declaración de voluntad de aquellos sujetos que constituyen a la persona moral. Ante tal situación, el órgano se encontrará debidamente legitimado respecto al objeto y podrá actuar frente a los terceros a nombre de la persona moral y en virtud de la "contemplatio domini", su carácter de representante será conocida por todos.

Existe la idea de que un órgano de la persona moral tiene facultades de representación y administración del patrimonio social, queriendo dar a entender con esto que ese órgano está facultado para obrar por la persona moral en el campo jurídico de sus atribuciones. Pero esta idea no se toma en el sentido de obrar en nombre de otro, sino que sólo se refiere a que un órgano representa a la persona moral en cuanto obra por ella. Limitarnos a esta idea, implicaría afirmar que todo órgano representa necesariamente a la persona moral, pues su finalidad, es obrar para la persona moral.

Considero que el término de que "todo órgano representa a la persona moral", no debe ser tomado conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, es decir, en cuanto obra por ella, sino más bien en lo ya analizado durante el desarrollo del presente trabajo, es decir, el de estar facultado para obrar en nombre de la persona moral. En estos términos, la representación es ajena a la actuación de los órganos que integran a las personas morales, cuando éstos no se encuentran debidamente facultados para ello, a través de la procuración.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que no todos los órganos representan a la persona moral, ya que algunos a pesar de obrar por ella, no lo hacen a su nombre.

"Existen órganos de las personas morales cuyas funciones muchas veces son ajenas a las de la representación, por lo cual no podemos identificarlos con dicho instrumento jurídico, pero también precisamente a través de ellos y cuando su esfera de competencia así lo permite es como la persona moral se exterioriza y se ostenta ante terceros".
(126)

"Reiteramos que la doctrina de la representación sí es suficiente para explicar la actividad que a nombre y por cuenta de la persona moral realizan los agentes y delegados del órgano quienes establecen relaciones jurídicas, y a nombre de la sociedad ejecutan actos y celebran contratos con los terceros". (127)

"Ahora bien, el órgano se integra de dos elementos, uno objetivo que al propio tiempo es estrictamente jurídico y que está constituido por el conjunto de facultades,

(126) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 165.

(127) Ibidem, Pág. 177.

funciones y atribuciones que el ordenamiento legal y el pacto de las partes le atribuye; y el otro, subjetivo, o sea, la persona o personas que lo integran y que ejercen, aplican y usan de dichas facultades, funciones y atribuciones". (128)

"Aquel elemento, constituye el contenido y la materia del órgano, que no otorga ni atribuye a éste capacidad ni derechos subjetivos, los que sólo corresponden a la persona moral de la que el órgano forma parte; además, en dicho conjunto de facultades, estriba la competencia del órgano, o sea la medida y el límite de funciones; y habrá tantos órganos del ente colectivo como funciones correspondan a éste. A diferencia de la persona física, dice De Marsico, que puede nombrar tantos representantes cuantos sean los derechos o los intereses que pretenda ejercitar o actuar.....en los entes abstractos hay tantos órganos cuantas funciones". (129)

Conforme lo expuesto, a cada órgano que forma parte de una persona moral, se le encomiendan diferentes funciones, atribuciones y facultades, pero no solo respecto a su actuación frente a terceros, sino también en las relaciones internas, es decir, entre los demás órganos que integran a la persona moral y con los sujetos que constituyeron a la misma.

Así tenemos que en su trato con los terceros, el órgano de la persona moral que como es lógico, se integra de personas físicas, pueden obrar ya sea a nombre propio o a nombre de la persona moral, pero siempre su actuación será por cuenta de la persona moral. En este sentido, podemos afirmar que en la actuación frente a terceros, el órgano puede o no representar a la persona moral. La representará

(128) Idem.

(129) Ibidem. Pág. 178.

siempre y cuando goce de la procuración hecha a su favor, es decir, cuándo así se le haya indicado la manera de actuar.

Para aclarar lo anterior, debemos distinguir por lo que toca a la actuación de los órganos sociales, entre su comportamiento interno y con los demás socios, y el externo, es decir, frente a los terceros. En el primer caso, todo órgano social tiene que obrar siempre como representante de la persona moral, es decir, en nombre de ésta, ya que por ejemplo no podemos concebir a un Consejo de Administración o a un Gerente que trate en nombre propio con los demás órganos o con las personas que constituyeron a la persona moral, pues frente a ellos no son más que administradores de sus intereses.

En el segundo aspecto, es decir, en la actuación de los órganos frente a terceros, dichos órganos como ya mencionamos, a través de las personas físicas que los integran, pueden actuar ya sea en nombre propio y por lo tanto sin representar a la persona moral, o bien actuar representándola, a nombre de la persona moral, situación que acontecerá siempre y cuando el órgano de que se trate goce de los poderes representativos correspondientes.

Por último, estimo importante señalar que la diferencia básica entre la actuación representativa de un órgano social y la de un representante de una persona física, radica en que mientras la actuación del primero es necesaria para su representada, en virtud de ser esta un ente abstracto y sin la cual no concibiríamos su existencia y por lo tanto su posibilidad de actuar en el campo jurídico, la actuación del representante de una persona física es una solución práctica y muchas veces cómoda, pero nunca indispensable para la existencia jurídica de la persona física.

Esta misma diferencia funda y nos da la razón con las ideas expuestas al principio de este trabajo, en el sentido de justificar la existencia del instrumento jurídico de la representación, en virtud de la utilidad social, jurídica y económica que la misma produce, permitiendo al individuo como tal y como integrante de una sociedad, el don de la ubicuidad jurídica, manifestándose esta utilidad además, por la necesidad de la misma tratándose de las personas morales.

CAPITULO QUINTO

"ASPECTOS SOCIOLOGICOS Y JURIDICOS QUE HACEN INDISPENSABLE LA FIGURA DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA DIRECTA"

Centrándonos en la idea motivadora del presente trabajo, no nos queda más que el precisar la importancia que el instrumento jurídico de la Representación Voluntaria Directa tiene para el individuo, tanto en su carácter de sujeto de Derecho como integrante de una sociedad.

A mi juicio, la importancia de esta figura jurídica no solo debe ser vista en virtud de ser un mero instrumento del que pueden valerse los individuos para satisfacer las necesidades que la vida social les impone; a través de ella además se posibilitan y aumentan las relaciones humanas, la convivencia y la cooperación de los individuos, logrando con ello cumplir con una de las principales características de la propia naturaleza humana: La ayuda mutua.

El hombre convive con sus semejantes, y en tal sentido su vida diaria la realiza en compañía de otros de su misma especie. "Con ello queremos decir que convivir no es solamente un estar juntos, sino un actuar estando juntos".
(130)

En efecto, la convivencia humana comprende todos los actos que de una u otra forma hacen nacer una relación entre los hombres. Entre estos actos y en el caso que nos ocupa, tenemos el de representar.

En virtud de la Representación Voluntaria Directa y por los actos del representante, se vincula y relaciona directamente al representado con el tercero.

Es por esto que la Representación que nos ocupa, al ser un instrumento jurídico, debe al igual que el Derecho en general encontrarse íntimamente ligada a los requerimientos sociales. En tal virtud, estimo necesario a continuación precisar el carácter social del Derecho y dentro de éste contemplar el de la Representación Voluntaria Directa.

A) Caracteres Sociales del Derecho.

Una característica de la naturaleza humana es que el hombre nunca ha podido ni puede vivir aislado. "El hombre siempre ha estado en contacto con sus semejantes. La experiencia y la investigación científica así lo han demostrado irrevocablemente". (131)

El hombre, es pues, un ser eminentemente social, debe vivir en sociedad y por lo tanto en convivencia con sus semejantes. "La vida del hombre se desarrolla en sociedad, porque así lo imponen las leyes naturales a que está sujeta nuestra especie. La vida humana es vida de relación; las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, bien tendiendo a alcanzar propósitos independientes entre sí, o un común objeto en un esfuerzo también común". (132)

Por otra parte, el hombre se encuentra sometido a leyes que tienen por objeto la regulación de la manifestación exterior de su actividad en relación con sus semejantes. Estas leyes en su conjunto constituyen el Derecho, cuya finalidad es la de regular la conducta del hombre. De la naturaleza del hombre surge la necesidad del Derecho. El hombre es el centro del Derecho y éste está al servicio del primero, para ayudarlo y regir su conducta en la sociedad.

"Para el nacimiento del Derecho es necesaria, pero también suficiente, una cualquiera comunidad de vida, una

(131) *Ibidem*. Pág. 114.

(132) GARCÍA, TRINIDAD. Op. Cit. Pág. 9.

sociedad sea cual fuere". (133) Así pues, el Derecho surge en virtud de la colectividad y su fuente se encuentra en la sociedad misma.

Conforme a lo expuesto, el Derecho para cumplir con sus fines, debe elaborar un conjunto de normas que fijen los límites de conducta de cada individuo. Todas las normas jurídicas, deben ser acordes con las características y la naturaleza del hombre, por lo que forzosamente dichas normas deben ir dirigidas a satisfacer las relaciones sociales de los individuos, así como a regular sus actividades en relación con las actividades de sus semejantes.

"El verdadero fin del Derecho debe ser el de proteger y armonizar todos los intereses, sean colectivos o individuales, y asignar a cada uno de ellos su sitio propio; el interés colectivo no se explica sin el individual, y la protección de éste no es más que el respeto de aquél". (134)

El Derecho en estos términos, a través de sus normas, debe tener como finalidad el establecer y motivar relaciones de concordancia y cooperación entre los miembros de la sociedad de que se trate: "para lograr con ello, la seguridad, estabilidad, tranquilidad, orden y paz" (135) en las relaciones humanas.

Pero no es suficiente que el Derecho simplemente establezca las normas a que nos hemos referido. Es necesario además que esas normas se adecúen a la realidad social de la época de que se trate. Toda sociedad se encuentra sujeta a diversos procesos que por naturaleza son dinámicos y por lo

(133) COVIELLO, NICOLAS. Op. Cit. Pág. 2.

(134) GARCIA, TRINIDAD. Op. Cit. Pág. 47.

(135) F. SENIOR. ALBERTO. Op. Cit. Pág. 191.

tanto cambian según los lugares y las épocas en que se presentan. El Derecho debe estar acorde con estos cambios y evolucionar conforme a los mismos, por lo que sus normas deben necesariamente adecuarse a las necesidades sociales, jurídicas y económicas de los individuos. Tal situación debe presentarse en el caso de la Representación Voluntaria Directa, la cual al ser un instrumento jurídico, sus disposiciones aplicables y reglamentación deben adecuarse a la realidad social y necesidades de nuestra época.

Así pues, las normas, contenido del Derecho, deben ser elaboradas para satisfacer las necesidades sociales del individuo. "No podrán negarse que el carácter esencial de la norma jurídica es un fin que tiende a la solidaridad humana". (136)

Por otra parte, toda conducta humana responde a un porqué, es decir, a una motivación dirigida a la satisfacción de una necesidad. Todo acto del hombre tiene un fin por sí mismo: el de satisfacer sus necesidades. En tal sentido, el Derecho debe otorgar a los individuos los instrumentos necesarios que le den la certeza y seguridad en sus relaciones sociales. En el Derecho tienen que reflejarse esas necesidades humanas, por lo que para la realización de los fines del hombre, es precisamente a través de los instrumentos del Derecho como podrán satisfacerlos. Uno de estos instrumentos jurídicos es precisamente la Representación Voluntaria Directa, que reiteramos es una figura de la que disponen los individuos para la satisfacción de las necesidades que la vida social les impone. Su presencia dentro de la sociedad es necesaria e indispensable para el actuar de las personas jurídicas.

Es así que la normatividad a fin de regular la satisfacción de las necesidades que a diario se presentan en las relaciones humanas, ha hecho suya la figura de la Representación Voluntaria Directa.

Por otra parte, las necesidades humanas pueden ser múltiples: Ayuda, defensa, adquisición, servicios, conservación, etc., respecto de las cuales no siempre es posible que un individuo desarrolle personalmente toda su actividad para lograr satisfacerlas. Para ello se vale de entre otros instrumentos jurídicos, de la Representación que hemos venido estudiando.

Asimismo, es incuestionable que la mayoría de las necesidades humanas van dirigidas y tienen un contenido de carácter patrimonial o económico. Por lo anterior, las consecuencias de la Representación Voluntaria Directa se manifiestan principalmente en la esfera patrimonial del Representado.

"Los hombres necesariamente tienen que apropiarse riquezas para satisfacer sus necesidades, o simplemente aprovechar la riqueza ajena en el uso o goce; pero también necesitan de los auxilios de los demás hombres, es decir, debe haber un intercambio de servicios. Estos dos fenómenos no pueden permanecer ajenos al Derecho, porque sin ellos se encontraría el hombre ante un estado de choque y de anarquía. Los derechos patrimoniales comprenden los derechos reales y los derechos personales. En los primeros se busca dar forma jurídica a la apropiación o aprovechamiento de la riqueza, y así tenemos la propiedad como institución jurídica en que se hace apropiación de la riqueza y el usufructo, uso, habitación y servidumbres como formas jurídicas en las que se hace un aprovechamiento de la riqueza ajena. En los derechos personales u obligacionales de dar, de hacer o de no hacer,

el sistema objetivo regula el intercambio de los servicios. Es precisamente a través del contrato como se establecen esas diferentes formas en que el hombre puede servir al hombre mediante obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Es sobre todo el sistema contractual, que ocupa parte fundamental del derecho patrimonial, el que regula estas relaciones jurídicas". (137)

Por lo expuesto, podemos afirmar que del carácter social del Derecho deriva el carácter social de la Representación Voluntaria Directa. Si pensamos en una sociedad en donde no fuera dado jurídicamente a los hombres realizar más actos que los que en lo personal le fueran físicamente posibles, estaríamos en contra de la naturaleza propia del ser humano. Esta se funda en la ayuda mutua, la convivencia y la cooperación de los individuos, lo que se logra, entre otros instrumentos jurídicos, con el de la Representación en cita.

El orden jurídico en concordancia con esta naturaleza del hombre, permite que los actos ejecutados por una persona repercutan en la esfera de derechos de otra, en virtud de la satisfacción de imperantes necesidades de carácter social y económico.

B) Trascendencia Social de la Representación Voluntaria Directa.

La figura de la Representación Voluntaria Directa ha reportado desde épocas remotas una extraordinaria utilidad y beneficios a la humanidad. No exageramos si afirmamos que las actividades de las sociedades modernas en buena parte descansan sobre este instrumento del Derecho.

En el mundo moderno esta figura desempeña un papel considerable en la formación de relaciones jurídicas, pues permite a los capaces realizar una multitud de actos jurídicos simultáneamente en distintos lugares geográficos, como si ellos los realizaran personalmente. Suprime las imposibilidades materiales, de alejamiento, inexperiencia, multiplicidad de ocupaciones, etc., que constantemente son obstáculos para la celebración de Negocios Jurídicos.

Por otra parte, si unimos a la Representación Voluntaria Directa con la idea de persona moral, en el sentido de que ésta a su vez puede multiplicarse en virtud de la citada Representación (pues esta figura no es privativa de las personas físicas), nos damos cuenta del interés e importancia de ese instrumento en la vida actual. La persona moral puede actuar de manera soberana, como un ente diverso de los sujetos que la integran, los cuales, generalmente no responden de las obligaciones sociales, sino hasta por el monto de su aportación al capital o patrimonio de los mismos.

En virtud de lo expuesto, por la Representación Voluntaria Directa la persona física y la persona moral pueden multiplicarse jurídicamente. "Su utilidad se manifiesta principalmente en la esfera del patrimonio". (138)

(138) COLIN ET CAPITANT. T.I, Núm. 75; CAPITANT. Introduction. Núm. 316. Cit. por BORJA SORIANO, MANUEL. Op. Cit. Pag. 280.

En consecuencia, la trascendencia social de la figura en estudio radica en permitir a todo individuo plenamente capaz, integrante de una sociedad, así como también a las personas morales, el realizar simultáneamente múltiples actos jurídicos, sin estar presentes en forma material, pero sí jurídica. Permite la pluralidad de actos concretos en la unidad de un solo ser. La satisfacción de necesidades colectivas de trascendencia social y económicas no podrían lograrse plenamente sin la existencia de la Representación Voluntaria Directa.

Igualmente, la Representación Voluntaria Directa: "se vuelve imprescindible por la especialización técnica del representante (abogado, administrador de negocios, etc.) y por la amplitud y gran complejidad de los actos a que los hombres de negocios de nuestros días tienen que atender, lo cual únicamente logran con el nombramiento de representantes quienes adquieren un papel relevante en la actividad de las empresas". (139)

Por otra parte, la función y la importancia de esta figura en la sociedad son claras y evidentes, ya que: "la amplitud y el número de los actos que el representado puede atribuir al representante, es enorme, ya que salvo los actos personalísimos, que son excepcionales, en los que se requiere la presencia de la persona directamente interesada y la expresión y manifestación personal de su voluntad, en todos los demás cabe que él se valga de un representante para contratar y obligarse". (140) Uno de estos actos personalísimos es el testamento, que al ser una disposición de última voluntad, es necesario para su formación, la manifestación personal del testador.

(139) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 20.

(140) Ibidem, Pág. 21.

La Representación Voluntaria Directa, "constituye una manifestación de la cooperación económica" (141) ya que también por sus efectos en el patrimonio del representado y no del representante, así como por la gran variedad de negocios en que puede manifestarse, se explica la trascendencia social que tiene en nuestros días. "Constituye indudablemente un instrumento de la técnica jurídica, tan esencial en la vida moderna de relación como lo son la sociedad anónima, los títulos de crédito, etc". (142)

(141) NATTINI. Cit. por BARRERA GRAFF. JORGE. Idem.

(142) Idem.

C) La Representación Voluntaria Directa en la Legislación.

La Representación Voluntaria Directa, la encontramos contemplada en nuestro Código Civil de 1928, en sus artículos 1800 y 1801, disposiciones ubicadas dentro del Libro Cuarto, denominado "DE LAS OBLIGACIONES", en su Primera Parte, "DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL", Título Primero, "FUENTES DE LAS OBLIGACIONES", Capítulo Primero, correspondiente a "CONTRATOS", en un rubro especial denominado "REPRESENTACION".

"El Código de 1884, en su Capítulo denominado "De la Capacidad de los Contrayentes", contiene el artículo número 1282, que trata de la capacidad y los artículos 1283, 1284 y 1285 que se ocupan de la representación. Estos tres últimos han sido reproducidos con los números 1800, 1801 y 1802 por el Código de 1928, bajo el rubro de representación". (143)

"Los artículos 1283 del Código de 1884 y 1800 del Código de 1928, establecen esta regla: El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro, legalmente autorizado". (144)

"Los artículos 1284 del Código de 1884 y 1801 del Código de 1928, establecen el requisito de poder en el representante y reconocen la distinción entre la Representación Legal y la Voluntaria, diciendo que: Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la Ley". (145)

(143) BORJA SORIANO, MANUEL. Op. Cit. Pág. 287.

(144) Ibidem. Pág. 288.

(145) Idem.

"Los artículos 1285 del Código de 1884 y 1802 del Código de 1928, establecen que: 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. El artículo 1802 del Código de 1928, inspirándose en el artículo 36 del Proyecto Franco Italiano, agrega: Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho a exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató".(146)

"Entre nosotros, a pesar de la doctrina inicial de los autores germánicos, y de toda la doctrina moderna que analiza y distingue la representación, nuestro Código Civil es omiso en la reglamentación de la representación y solo trata de negocios y actos relacionados con ella, como es el mandato, la gestión de negocios, la ratificación. Sin embargo, nuestro Código Civil aún sin reglamentar a esta figura jurídica, distingue implícita pero muy claramente la representación del mandato, al permitir que el mandatario obre a nombre propio, lo que significa que nuestros legisladores, siguiendo al Derecho Alemán e Italiano, separan ambas figuras, permitiendo que haya mandato sin representación y representación sin mandato". (147)

Conforme a lo anterior, nuestro Código Civil no reglamenta en forma particular a la Representación Voluntaria Directa y respecto a ella sólo establece lineamientos generales. Distingue a la Representación del mandato, pero posteriormente al tratar al poder en varios de los

(146) Idem.

(147) BARRERA GRAFF, JORGE. Op. Cit. Pág. 16.

artículos que componen el Capítulo correspondiente al contrato de mandato, se está refiriendo a la Representación y los confunde.

Es así que a pesar de encontrarse en nuestro Código Civil una distinción entre Representación y mandato, lo cual es correcto, esta distinción no es plena ya que en el capítulo correspondiente al contrato de mandato (Artículos 2546 y siguientes) se confunden ambas figuras, incluso con la del poder.

D) Comentario.

Ofrece ciertas dificultades la distinción conceptual entre las figuras jurídicas de Representación, mandato y poder, conceptos vinculados entre sí, que se relacionan estrechamente en muchos casos coexistiendo en una misma relación jurídica (el mandato representativo) y que la doctrina ha confundido y continúa confundiendo, influyendo en la redacción de los Códigos, a tal punto que los mismos no legislan separadamente dichas figuras.

En época de los romanos no podía existir tal distinción, en virtud de que ellos no conocieron a la representación. El Código Civil Francés al aceptar únicamente el mandato representativo, tampoco estableció tal distinción. Actualmente existen Códigos, como el nuestro, en los que se comienza a formular el distingo, dedicándose a la Representación un rubro especial. Pero la diferenciación y reglamentación plena será el día en que en nuestro Código Civil se destine a las figuras que nos ocupan, un capítulo específico, legislándose como figuras jurídicas autónomas.

A pesar de que nuestro Código Civil da un rubro especial a la Representación y por lo tanto la diferencia del mandato, en las disposiciones aplicables a este contrato confunde ambas figuras, incluso con la del poder. No es suficiente que nuestros legisladores hayan dado un rubro específico a la Representación si en posteriores artículos continúa confundiéndose con el mandato. Estimo que no debe existir en nuestro Código Civil la confusión de los conceptos que nos ocupan. Poco han sido los esfuerzos de los autores para elaborar una doctrina que influya posteriormente en el legislador y por lo tanto permita la creación de preceptos

legales que logren la separación en el texto legal de los términos mandato, Representación y poder.

Pienso que debe haber una abstracción de los tres conceptos dentro de nuestra Ley positiva civil. En este sentido, debe llevarse a cabo rigurosamente la separación sistemática entre el mandato y la representación, dando al poder la colocación que le corresponde, es decir, en la Representación.

Representación, poder y mandato no son nociones inseparables. Esto sin perjuicio de que pueden coincidir en el mandato representativo, otorgado con los poderes representativos respectivos.

Fontanarrosa (148) señala que: "El concepto de representación como lo admite y desarrolla la doctrina moderna es una creación relativamente reciente de la ciencia jurídica, a tal punto que los Códigos inspirados en la legislación napoleónica no lograron organizar una sistemática de la representación como categoría legislativa, aunque hubieron de admitir muchas de sus consecuencias en disposiciones dispersas atinentes a los Negocios Jurídicos legislados por ellas".

En virtud de lo anteriormente expuesto, considero que deben legislarse separadamente el mandato y la Representación y dentro de ésta última deben establecerse las normas generales sobre el poder.

El Código Civil al otorgar un rubro especial a la Representación, reconoce que hay representaciones que no derivan de la relación contractual del mandato. De lo

(148) Cit. en Enciclopedia Jurídica Ormeba. Tomo XXIV. Pág.725. Voz: "Representación".

contrario, no se explicaría la existencia de tal rubro. En lo referente al poder, éste puede existir independientemente del mandato, ya que nace de un acto jurídico unilateral (la Procuración) y no del mandato.

Conforme a lo asentado al principio de este Capítulo, en el sentido de que el Derecho como exponente de la realidad social, debe adecuarse a las necesidades sociales de nuestra época y evolucionar según las transformaciones que día a día se presentan en las relaciones de convivencia humana, estimo que uno de los aspectos que deben tomar en cuenta nuestros legisladores, es reformar y adicionar el Código Civil atinente a la distinción de las figuras que hemos venido examinando, así como a la reglamentación de las mismas. Con esto se logrará salvar la laguna y la confusión en que actualmente se encuentra dicho Código y se adaptaría así nuestro Derecho a las modernas concepciones.

Pienso que la Representación debe tratarse en un Capítulo especialmente dedicado a ella dentro del Libro Cuarto del Código Civil y no así en un rubro (como actualmente se encuentra) dentro del Capítulo de Contratos, ya que este instrumento jurídico puede darse tanto en los actos unilaterales como en los realizados por dos o más personas. Dentro de este Capítulo de Representación, debe reglamentarse al poder, precisando y estableciéndose la diferencia que existe entre el acto que le da nacimiento, a lo que hemos llamado "Procuración", que es una declaración unilateral de voluntad y como tal debe ser regulado, y el contrato a que puede estar acompañado, el mandato, que es un acto jurídico bilateral.

En lo referente al mandato, opino que el Código Civil debe limitarse a las normas específicas de este contrato.

Asimismo, el Código debe establecer disposiciones generales sobre la representación y normas específicas para cada una de las especies de la misma, así como diferenciar el poder del mandato y dedicar una especial atención a la Capacidad y Legitimación que para la representación y el poder específicamente considero deben ser objeto de una regulación particular.

Así por ejemplo, debe establecerse que el poder representativo es el conferido por el interesado; que el Negocio Jurídico concluido por el representante en nombre y por cuenta del representado, dentro de los límites de las facultades que le hayan sido conferidas, produce sus efectos directamente respecto del representado. En cuanto a la Capacidad y Legitimación del representante y del representado, debe establecerse que cuando la Representación fuere conferida por el interesado, para la validez del Negocio Jurídico concluido por el representante bastará que éste tenga Capacidad de ejercicio, siempre que el representado también haya disfrutado de dicha Capacidad en el momento en que otorgó la Representación y que en todo caso, para la validez del negocio, es necesario además que el representado se encuentre legitimado frente al objeto del negocio en cuestión y que a su vez, mediante la procuración legitime al representante respecto de dicho objeto.

Deben existir también disposiciones aplicables a los vicios de voluntad del representante y dedicar algunos artículos al poder, en lo referente a su extensión, así como a la ratificación.

En estos términos, estimo que nuestra legislación logrará adecuarse a la realidad social y dará un paso adelante sin continuar como ha sido a la fecha encerrado en los moldes clásicos. El Derecho debe avanzar según las

transformaciones de las sociedades; la naturaleza y carácter del Derecho es el ser evolutivo, por lo que sus normas positivas deben irse modificando una vez que exista la garantía de estabilidad de sus preceptos. Tal situación acontece con la Representación Voluntaria Directa.

CONCLUSIONES

1.- La representación es la facultad que tiene una persona llamada representante, de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra llamada representado.

2.- La representación es un instrumento jurídico substitutivo o extensivo de la Capacidad de ejercicio y por lo tanto de la voluntad. Es substitutivo en el caso de la Representación Legítima y extensivo tratándose de la Representación Voluntaria Directa.

3.- La existencia de la representación se justifica en virtud de la utilidad social, jurídica y económica que la misma desarrolla a favor de los individuos integrantes de la sociedad. Por esta utilidad, los actos ejecutados por una persona repercuten en la esfera de derechos de otra, permitiendo con ello la satisfacción de las necesidades propias del individuo.

4.- Toda sociedad se caracteriza por la idea de cooperación y ayuda mutua que existe entre sus integrantes. En la representación se manifiesta este carácter, ya que a través de este instrumento del Derecho los individuos se auxilian y cooperan para lograr satisfacer las necesidades de ayuda, adquisición, defensa, etc., que su vida social les impone. En tal sentido, la existencia de la representación es necesaria e indispensable en el seno de la vida social.

5.- No existe representación alguna en lo que diversos autores han llamado "Representación Indirecta". Se trata más bien un mandato sin representación, también llamado mandato no representativo.

6.- Las notas esenciales que caracterizan a toda representación son: Que el representante obre a nombre del representado, y que el acto o Negocio Jurídico celebrado por el propio representante no sea de éste, es decir, le sea ajeno por corresponder o pertenecer al representado. En estos términos, el acto o negocio realizado por el representante, surte efectos de manera directa en la esfera jurídica del representado como si hubiera sido realizado materialmente por él.

7.- Existen dos presupuestos de validez en la Representación Voluntaria Directa: La Capacidad y la Legitimación. Tanto el representante como el representado deben contar con su respectiva Capacidad de ejercicio. El primero, en el momento de otorgar la Representación; el segundo, en su actuación frente a los terceros. Igualmente, el representado y el representante deben encontrarse legitimados respecto al objeto del Negocio Jurídico en cuestión. El primero, al ser el verdadero sujeto de los intereses del negocio; y el representante, quien debe ser legitimado por aquél, para así encontrarse en una posición específica frente a dicho objeto.

8.- Cualquier acto de Representación Voluntaria Directa sólo puede explicarse teniendo como base una declaración unilateral de voluntad por parte del representado.

9.- En toda Representación Voluntaria Directa existen tres etapas, que son: a) La Procuración; b) Los Poderes Representativos; y c) La Representación propiamente dicha. La primera consiste en la declaración unilateral de voluntad de cualquier persona capaz de ejercicio en el sentido de hacerse representar. La segunda etapa se compone de las facultades o poderes que por esa declaración se

confieren al representante. Por último, la tercera etapa, que se da con la aceptación y actuación del representante, estando presente frente a los terceros y dándoles a conocer a los mismos su carácter.

10.- La naturaleza de la relación que une al representante con su representado no es obligacional sino facultativa, es decir, en el sentido de que se encuentra facultado.

11.- El representante se distingue: Del mandatario sin representación, en que éste obra obligado hacia su mandante y a nombre propio, mientras que el representante lo hace solamente estando facultado por su representado y a nombre de éste (a nombre ajeno); Del gestor de negocios, en que éste no puede obrar nunca a nombre ajeno ya que no está autorizado por nadie para hacerlo; Del órgano de una persona moral, en que dicho órgano, en sus relaciones externas, es decir, frente a terceros, puede obrar a nombre propio (de las personas físicas que a su vez integran al órgano) y por lo tanto sin representar a la persona moral, mientras que el representante siempre lo hace a nombre de su representado. Además, el órgano de representación es necesario para la existencia de la persona moral, no así el representante para la existencia de la persona física.

12.- Del carácter social del Derecho deriva el carácter social de la Representación Voluntaria Directa. Por ella, se permite al individuo integrante de la sociedad y a las personas morales, el don de la ubicuidad, que por la naturaleza propia de cada uno de ellos les impide estar en dos o más lugares al mismo tiempo.

13.- La Representación Voluntaria Directa es reconocida por el legislador en nuestro Código Civil y correctamente la diferencia del mandato al otorgarle un rubro

especifico. Sin perjuicio de lo anterior, considero que no basta la existencia de la diferenciación mencionada para poder afirmar que nuestro Derecho reconoce una plena autonomía entre Representación, poder y mandato. Es necesario que el legislador cumpla con la finalidad propia del Derecho, en el sentido de que éste debe encontrarse adecuado a la realidad social de nuestra época y por lo tanto evolucionar conforme a la misma. Para cumplir con lo anterior, debe crear disposiciones concretas para cada una de las figuras en comento y por lo tanto legislar separadamente mandato y Representación y dentro de esta última debe establecer normas aplicables al poder. Con la reforma que se propone se tiene la certeza de la estabilidad que para ello se requiere.

14.- Con el desarrollo del concepto de representación es como se ha desarrollado el concepto de persona con la precisión con que ahora lo conocemos.

BIBLIOGRAFIA

- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. "Derecho Notarial". Edit. Cárdenas., 3a. Ed. México, 1984.
- BARRERA GRAFF, JORGE. "La Representación Voluntaria en Derecho Privado". Representación de Sociedades. U.N.A.M., Instituto de Derecho Comparado., 1a. Ed. México, 1967.
- BERNAL, BEATRIZ Y LEDESMA, JOSE DE JESUS. "Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorrománistas. De los Orígenes de la Alta Edad Media". Edit. Porrúa, S.A., 4a. Ed. México, 1989.
- BONET RAMON, FRANCISCO. "Naturaleza Jurídica del Contrato de Mandato". Bosch, Casa Editora. Barcelona, España, 1941.
- BORJA SORIANO, MANUEL. "Teoría General de las Obligaciones". Edit. Porrúa, S.A., 9a. Ed. México, 1984.
- BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado". Traducción de la 6a. Ed. Italiana por Pablo Macedo. Edit. Porrúa, S.A. México, 1978.
- "Código Civil para el Distrito Federal". Colección Porrúa. Edit. Porrúa, S.A., 59a. Ed. México, 1991.
- COVIELLO, NICOLAS. "Doctrina General del Derecho Civil". Traducción por Felipe de J. Tena. Edit. Hispanoamericana. México, 1938.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "El Negocio Jurídico". Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, España, 1967.
- DE PINA VARA, RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Edit. Porrúa, S.A., 7a. Ed. México, 1975.
- "Diccionario Jurídico Mexicano". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo VIII. México, 1984.
- DIEZ-PICAZO, LUIS. "La Representación en el Derecho Privado". Edit. Civitas, S.A., 1a. Ed. Madrid, España, 1979.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A. "El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Edit. Porrúa, S.A., 3a. Ed. México, 1982.

"Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana". Tomo III. Edit. Sopena Argentina., 3a. Ed. Buenos Aires, Argentina, 1949.

"Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomos XX, XXIV y XXV. Edit. Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1987.

FRIEDMAN, W. "El Derecho en una Sociedad en Transformación". Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1962.

F. SENIOR, ALBERTO. "Compendio de un Curso de Sociología". Francisco Méndez Oteo, Editor y Distribuidor., 1a. Ed. México, 1963.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil". Primer Curso, Parte General. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979.

GARCIA MAYNES, EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A., 24a. Ed. México, 1975.

GARCIA, TRINIDAD. "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A., 28a. Ed. México, 1986.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. "Derecho de las Obligaciones". Edit. José M. Cajica Jr., S.A., 4a. Ed. Puebla, Pue., México, 1971.

GUZMAN VALDIVIA, ISAAC. "El Conocimiento de lo Social". La Sociología Científica y la Ontología Social. Edit. Jus, S.A., 4a. Ed. México, 1970.

IGLESIAS, JUAN. "Derecho Romano". Edit. Ariel., 6a. Ed. Barcelona, Caracas, México, 1979.

LEDESMA, JOSE DE JESUS. (Véase: BERNAL, BEATRIZ).

"Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano". Coordinación de Enrique Alvarez del Castillo L. Tomo I. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979.

MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. Edit. Porrúa, S.A., 1a. Ed. México, 1987.

MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS. "El Derecho Privado Romano". Edit. Esfinge, S.A., 3a. Ed. México, 1974.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. "El Derecho Social". Edit. Porrúa, S.A., 3a. Ed. México, 1980.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. "Teoría de los Agrupamientos Sociales". Edit. Porrúa, S.A., 3a. Ed. México, 1974.

ORTIZ URQUIDI, RAUL. "Derecho Civil". Parte General. Edit. Porrúa, S.A., 2a. Ed. México, 1982.

- PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Edit. Porrúa, S.A., 8a. Ed. México, 1975.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. "Representación. Poder y Mandato". Edit. Porrúa, S.A., 1a. Ed. México, 1984.
- PETIT, EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Traducción por José Fernández González. Edit. Porrúa, S.A., 5a. Ed. México, 1989.
- PUIG PEÑA, FEDERICO. "Compendio de Derecho Civil Español". Parte General. Ediciones Pirámide, S.A., 3a. Ed. Madrid, España, 1976.
- RECASENS SICHES, LUIS. "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A., 7a. Ed. México, 1985.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A., 2a. Ed. México, 1967.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil". Tomos I, II y III. Edit. Porrúa, S.A., 22a. Ed. México, 1988.
- SANCHEZ MEDAL, RAMON. "De los Contratos Civiles". Teoría General del Contrato. Edit. Porrúa, S.A., 1a. Ed. México, 1973.
- TENA, FELIPE DE J. "Derecho Mercantil Mexicano". Edit. Porrúa, S.A., 9a. Ed. México, 1978.
- TRUEBA URBINA, ALBERTO. "Derecho Social Mexicano". Edit. Porrúa, S.A. México, 1978.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo I. Parte General. Talleres Tipográficos Cuesta., 3a. Ed. Valladolid, España, 1925.
- VENTURA SILVA, SABINO. "Derecho Romano". Edit. Porrúa, S.A., 6a. Ed. México, 1982.
- VILLORO TORANZO, MIGUEL. "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa, S.A., 8a. Ed. México, 1988.
- ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL. "Contratos Civiles". Edit. Porrúa, S.A., 3a. Ed. México, 1989.