

93
27



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

EL CONTRATO CONSIGO MISMO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

SARAI ESCOBEDO GARCIA



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

AL MAESTRO JESUS FLORES TABARES

INDICE

EL CONTRATO CONSIGO MISMO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTOS	1
1.- AUTOCONTRATO	3
2.- SUSTITUCION	15
3.- REPRESENTACION	18
A) LEGAL	24
B) VOLUNTARIA	31
C) NECESARIA U ORGANICA	33
4.- PODER, REPRESENTACION Y MANDATO	35

CAPITULO SEGUNDO

HISTORIA

1.- MARCO HISTORICO Y DOCTRINARIO	41
A) ROMA	41
B) FRANCIA	42
C) ESPAÑA	44
D) ITALIA	45
E) ALEMANIA	47
2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MEXICO	53

CAPITULO TERCERO

REPRESENTACION, RELACION Y PODER	58
1.- TEORIAS DE LA REPRESENTACION	65
A) TEORIA NEGATIVA DE DUGUIT	65
B) TEORIA DE LA FICCION	65
C) TEORIA DEL NUNCIO	66
D) TEORIA DE LA COOPERACION	66
E) TEORIA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE	67
F) OPINION DE LA AUTORA	69
2.- EL APODERAMIENTO	71
A) PODER GENERAL	73
B) PODER ESPECIAL	75
C) PODER LIMITADO	76

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO CONSIGO MISMO

1.- SUPUESTO	77
2.- NATURALEZA	79
3.- ANALISIS (POSIBILIDADES PRACTICAS)	82
4.- CODIGO CIVIL VIGENTE	90
5.- PROYECTO PARA REGULAR EL CONTRATO CONSIGO MISMO	96

CONCLUSIONES	99
---------------------	----

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Este trabajo tienen por finalidad presentar un estudio estructurado y fundamentado de la naturaleza y función del contrato consigo mismo y analizar basados en las conclusiones obtenidas, si los ordenamientos jurídicos actuales que lo regulan lo hacen de manera adecuada.

Para alcanzar este objetivo estudiaremos brevemente el contenido histórico y se abundará en la naturaleza y la función de la figura del contrato consigo mismo a la luz de la teoría de la representación, enriqueciéndola con las valiosas aportaciones de los estudiosos en la materia.

Una vez hecho lo anterior, analizaremos la figura en su regulación por nuestro derecho positivo, concretamente en el Código Civil para el Distrito Federal, formando una crítica sobre sus deficiencias y proponiendo lo que sería una regulación correcta.

Cabe señalar que esta figura ha sido objeto de escaso estudio por la doctrina mexicana, mencionándose de forma elemental en los libros que sobre contratos han escrito nuestros principales autores, a pesar de ser éste un planteamiento común entre catedráticos, abogados, notarios y jueces.

Por otra parte, quiero expresar que el tema de este trabajo se debe a la importancia de la figura del contrato consigo mismo en la actualidad de nuestro mundo jurídico de relaciones cada vez mayores, más complejas y veloces que exigen una definición acertada de la figura referida; además de la frecuencia necesaria con que se ha presentada en el desarrollo de mi profesión dentro de instituciones bancarias.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS

1.- AUTOCONTRATO

Análisis especial dentro del derecho requiere la figura de la representación, tanto legal como voluntaria de una persona.

Este problema abarca no solamente al llamado contrato consigo mismo, o sea, la producción de efectos contractuales entre uno de los representados y su representante o de un segundo poderdante del mismo y por la sola actividad del que los representa, sino también en punto relativo a la posibilidad y eficacia de los negocios jurídicos unilaterales que el representante lleve a cabo consigo mismo.

Los dos supuestos mencionados requieren que la manifestación de voluntad se haga por una sola persona que actúa por sí, y en representación de otra o de diversas partes al mismo tiempo, por lo que el estudio que nos ocupa entra en la esfera propia de la representación.

El maestro Manuel Borja Soriano, establece una noción del contrato del representante consigo mismo citado por Demogue, diciendo que éste se da "cuando una persona celebra un contrato figurado en su propio nombre y en

nombre de un tercero, a quien representa, o como representante de las dos personas". (1)

El maestro Ernesto Gutiérrez y González menciona que "El contrato consigo mismo, es el que celebra una persona representante de dos o más, en su calidad de representante de ambas, o cuando actúa en su propio nombre y en el de su o sus representados celebrando el acto". (2)

Con este alcance entenderemos por autocontrato la figura que nace cuando un representante celebra consigo mismo actos jurídicos como tal, o como representante y en simultánea representación de un tercero.

Persona y parte se identifican por lo general, pues cada persona tiene un interés propio; pero también tienen un interés común.

En la figura del contrato consigo mismo advertimos la contrafaz: una persona puede actuar por varias partes. En el contrato consigo mismo la actividad y declaración de una sola persona con dos calidades distintas, da lugar a los efectos jurídicos que resultan del contrato. Esto adviene en los casos de doble representación, es decir, cuando en una sola persona se reúnen dos calidades de representante, o bien, se tiene en el supuesto en que el representante actúa a la vez por el representado y por sí. Como se observa, se enfrentan dos patrimonios, uno pertenece al representado y otro al representante, o los dos pertenecientes a dos diferentes representados, y el contrato consigo mismo se da cuando el representante, mediante una

(1) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones pág. 291

(2) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones pág. 298

declaración de voluntad emitida invocando la representación, celebra un negocio que establece relaciones jurídicas entre ambos patrimonios.

No existe contrato consigo mismo cuando el representante, en virtud de la facultad de sustitución a él atribuida, nombra a un sustituto, que no representa al representante, sino al representado, y el sustituto concluye un negocio, en nombre del representado, con el representante, que obra en nombre propio y por cuenta propia; tampoco cuando el acto, si bien trae una ventaja al representante, ha sido celebrado (en nombre del representado) con un tercero (afianzamiento de una deuda propia en nombre del representado, asunción de una deuda propia en nombre del representado), pero existe el peligro, en estos actos de que sean concertados de manera fraudulenta por el representante y por la otra parte.

A reserva de abundar sobre el particular, debemos dejar apuntado desde ahora, que en el contrato consigo mismo existen dos declaraciones de voluntad, aunque se funden en una sola decisión del representante. Una es emitida en nombre propio, y otra en nombre del representado, o bien en nombre de los dos representados. Esto es muy claro en el contrato de compraventa celebrada ante un Notario Público mediante representación de ambas partes.

En el estudio de una institución jurídica, frecuentemente ocurre que el investigador se expone a caminar por senderos extraviados, por no tener en

cuenta si el nombre de la institución responde en realidad a lo que debe ser la institución misma. Esto ocurre con el contrato consigo mismo.

La terminología no es muy variada; se habla del autocontrato, contrato consigo mismo, autocontratación y autoacto.

En el derecho francés se emplea la expresión *contrac avec soi meme*, que se sigue en el derecho italiano (*contratto con se medesimo*). La doctrina alemana habla de *selbskontrat* o *selbskontahieren*. La denominación es cómoda y ha hecho carrera, pero sin duda es viciosa.

No hay autocontrato jurídico; autocontratar equivale, según el sentido directo de la frase, a contratar uno solo con él mismo. Esto desde luego es una imposibilidad jurídica y lógica. El representante, por su calidad de tal, reúne en su persona dos centros distintos de interés, ocupando las posiciones opuestas de proponente y aceptante. Pero, en el fondo no está realizando un contrato consigo mismo, sino con la persona a quien representa, titular del otro interés.

¿Merece la pena designar con nombre propio esta especial modalidad?. Todos los contratos tienen un nombre referido al objeto de ellos, así la compraventa, la prenda, el depósito, el mandato, la sociedad. El que nosotros estudiamos no tiene objeto propio; está, pues, su modalidad jurídica a la altura del albaceazgo, de la sindicatura, de la quiebra, etc.; no se ha dicho nunca contrato de albaceazgo o contrato de síndico.

Emplearemos las expresiones tradicionales de autocontrato, contrato consigo mismo, autocontratación y autoacto, con la premisa, y tras las explicaciones que preceden, de que estos nombres, no deben entenderse empleados en el presente trabajo, con el sentido que debe atribuírseles en una correcta designación jurídica.

La figura de la representación puede dar lugar a dos supuestos en que una misma persona ocupe las dos posiciones contractuales, manteniendo distintos intereses:

- Una persona, actuando a nombre de otra, contrata consigo mismo en su propio nombre (autocontratación en el sentido estricto).
- Una persona, contrata actuando a nombre de dos ó más personas. (Doble representación).

Comunmente, la función del apoderado consiste en celebrar negocios jurídicos con o con respecto a terceros. Cuestión discutible es si puede cerrar también consigo mismo el contrato para el cual se le apodera, comprando o alquilando para sí, por ejemplo, la cosa del mandante, es decir, dirigiéndose a sí mismo una oferta de venta o de arrendamiento, y aceptando esta oferta por medio de una declaración formulada en su propio nombre, y recogida en nombre de su apoderado.

Los hermanos Mazeaud nos dicen, respecto de esta clase de actos lo siguiente: "Técnicamente ese negocio es posible; porque está formulado por el acuerdo de dos voluntades, el del representado, dado por el

representante, y el del representante como la otra parte, que él da por sí mismo. Pero, en la práctica, eso es extremadamente peligroso. Ignorando que el representante tiene la intención de tratar con él, el representado le revelará lo que habría mantenido en secreto si hubiera creído que se encontraba frente a otro contratante, sobre todo, las condiciones mínimas en que se encuentra resuelto a concluir. Al tener en el negocio un interés personal, el representante conscientemente o no, descuidará los intereses del representado, en beneficio de los suyos propios" (3)

Esta opinión es interesante por cuanto sí admite la posibilidad jurídica del contrato consigo mismo, pero plantea el problema del conflicto de intereses entre el representante y el representado, que ordinariamente se da en ella, y que consiste en la incompatibilidad de dos intereses contrapuestos, sean económicos o extraeconómicos. La circunstancia de ser una sola persona la que afecta dos o más patrimonios, determina la posibilidad de un conflicto de intereses. En tales casos, precisa evitar que se pongan en pugna el deber y el interés.

En el segundo caso, de que el autocontratante represente a dos personas, no parece tan difícil aceptar en el orden técnico la figura en cuestión, pues evidentemente pone en relación y vincula dentro del lazo contractual a dos voluntades distintas, contrapuestas, tendientes a fines diversos, como son las que van a integrar el consentimiento en la relación jurídica de que se trata; y este supuesto, a la par que no es tan discutible (como el de la autocontratación en sentido estricto), es de más fácil ocurrencia en la

(3) Mazeaud, Henry Jean León. Lecciones de Derecho Civil. Segunda parte, volumen I pág. 170, 171

práctica, sobre todo cuando son varias las personas que figuran en la autocontratación.

El maestro Rafael Rojina Villegas considera que "si el representante contrata en nombre de ambas partes, no hay razón para considerar que sacrifica el interés de una en aras del de la otra; en principio, el representante no tendrá ninguna razón para beneficiar los intereses de uno de sus representados en contra o en provecho del otro" (4)

También sobre este supuesto se discute su naturaleza y posibilidad jurídica y la probable parcialidad del representante en favor de alguno de sus representados.

En ambos casos, autocontratación en sentido estricto y doble representación, hay una sola persona y varias partes, a diferencia de un contrato común en donde dos personas por lo menos deberán expresar, personalmente, su voluntad.

La llamada teoría autocontractual asume perfiles definidos, propiamente es un medio técnico que permite llevar a cabo operaciones útiles, que serían imposibles o difíciles de practicar de otro modo.

Con esta teoría se pueden suplir deficiencias de conocimiento, dificultades de tiempo, lugar o multiplicidad de ocupaciones, por cuanto que el representante quién, a nombre de sus representados, concluye

(4) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, tomo III, pág. 136

determinados actos jurídicos, mientras aquéllos se encuentran realizando otro tipo de actividades.

Cabe afirmar que el autocontratante pone en relación dos patrimonios distintos, los que resultarán afectados por la relación jurídica creada, aunque las manifestaciones de voluntad creadoras de dicha relación emanen de una sola persona. Es evidente, cualesquiera que sean las dificultades técnicas con que tropecemos para aceptar la figura en cuestión, que la misma se ha ido abriendo paso en la doctrina, y en el derecho positivo, y que la utilidad de su aceptación, las ventajas que ésta supone, ha superado tales obstáculos.

Al ser el contrato consigo mismo una consecuencia extrema, pero lógica de la representación, pueden esgrimirse en favor de él las mismas razones de utilidad que se han manejado en favor de la representación.

"La representación ha reportado, señala Ernesto Gutiérrez y González, en todas las épocas una extraordinaria utilidad, pues ha permitido a los incapaces de ejercicio realizar actos que las leyes les prohíben, por medio de un representante, y obtienen los mismos efectos que si ellos hubieran actuado. También permite a los capaces realizar múltiples actos jurídicos simultáneamente en distintos lugares geográficos, como si ellos los realizaran". (5)

(5) Gutiérrez y González Ernesto. Obra citada, Pág. 288

Este último argumento en favor de la representación voluntaria, que es la que se efectúa en favor de personas con capacidad de goce y de ejercicio, vale utilizarla especialmente en favor del contrato consigo mismo.

Frente a estas ventajas, que en realidad vienen a ser razones de utilidad práctica, los tratadistas han señalado el inconveniente que se plantea por la posibilidad de un conflicto de intereses entre el representante y el o los representados, conflicto que en seguida analizaremos.

Como ya se ha comentado, la circunstancia de ser una sola persona la que afecta dos o más patrimonios, determina la posibilidad de un conflicto de intereses entre el representante y el o los representados.

Este antagonismo de intereses ha sido señalado como el principal obstáculo para la aceptación positiva del acto jurídico consigo mismo.

El conflicto de intereses consiste en la incompatibilidad de dos intereses contrapuestos, sean económicos o extraeconómicos.

El Doctor Acdeel E. Salas, citado por Héctor Masnatta, señala que "Siempre ha sido peligroso poner en conflicto el deber y el interés; generalmente la lucha termina con el sacrificio del deber". (6)

La actuación del representante ha de ser conforme al fin para el que se le ha conferido el poder, y se deduce claramente que el interés del representado es precisamente aquel pleno interés que él quiere perseguir a base del

(6) Masnatta, Héctor. El contrato consigo mismo en las segundas jornadas de Derecho Civil. *Jurisprudencia Argentina*. Año XXVIII, número 2403

apoderamiento y a través del negocio de gestión, como lo hubiera pretendido si hubiese estipulado directamente el negocio.

No es necesario que tal "interés" sea exclusivamente económico, junto al mismo puede coexistir un interés extrapatrimonial y aún promediar éste solamente. Así el representado encarga que venda un bien a determinada persona, a un precio no mayor de cierta suma, con la intención de proporcionar al comprador un beneficio indirecto. Si el representante excediera el precio, la compraventa se habría realizado en conflicto con el interés extraeconómico del representado.

La incompatibilidad señalada, debe examinarse especialmente desde el enfoque de los efectos que puedan derivarse de la satisfacción de los intereses del representante, es decir, las consecuencias que trae al representado la preferencia del representante por su propio interés.

El conflicto de intereses será significativo, cuando como consecuencia de la preferencia del representante por su propio interés, derive o pueda derivar un perjuicio al representado.

Algunos tratadistas, como Mosco, señalan que debe hablarse de peligro de daño, pues no es necesario que se produzca efectivamente; además, este peligro de daño debe ser actual, esto es, existir en el momento de la conclusión del negocio.

De acuerdo con Rumelin, la utilidad que el negocio presenta para el principal, puede considerarse suficiente como elemento excluyente del conflicto. Pero este criterio se juzga actualmente inaceptable, dado que si el representante tiene un interés en pugna que lo impulsa a descuidar el interés del representado, la ventaja que logre éste último no basta para eliminar el conflicto.

Mosco nos indica, que el peligro de daño puede ser peligro de perjuicio económico, pero no lo es necesariamente; es necesario y esencial que el conflicto pueda resolverse en una frustración total o parcial de los fines lícitos perseguidos por el representado.

Debe estimarse facultados a los representantes para autocontratar, cuando la determinación del contenido del contrato excluya la posibilidad de la pugna de interés, y aun cuando a pesar de la indeterminación del poder, existan datos, circunstancias y límites objetivos que permitan eliminar casi completamente todo arbitrio o dibujen la posibilidad del conflicto de intereses. Por ejemplo, venta a precio oficial o corriente, compra de un automóvil a precio de lista, transporte conforme a tarifa, etc.

Lo hasta aquí señalado respecto al conflicto de intereses, es aplicable íntegramente al supuesto de la autocontratación en sentido estricto; sin embargo, cabe incluir también el supuesto de la doble representación. A este respecto, Sopa, considera que el peligro del conflicto de intereses, en

cuanto al representante podría favorecer a uno de sus dos representados en perjuicio del otro, es de menor gravedad, si es que existe.

Sobre el particular Mosco, autor de la obra "La Representación Voluntaria", piensa que "esa opinión no resulta muy convincente; la falta de imparcialidad del representante puede redundar en perjuicio del principal y el conflicto posible exige que se guarde el cuidado necesario para prevenir el vicio de la legitimación, como en el caso de la representación simple.

No obstante, aunque no se prescinda del control, es visible que la posibilidad del daño ya no deriva del funcionamiento de la autocontratación, que facilita la actuación del interés egoísta, sino más bien del riesgo implícito en toda concesión de poder a una persona. (7)

Debemos reconocer que, en el supuesto de doble representación, es concebible una mayor imparcialidad por parte del representante, que no está interesado personalmente en el negocio, y que, en principio, como señala Rojina Villegas, no hay razón para que el representante beneficie a uno de sus representados en contra o en provecho del otro.

(7) Masnatta, Hector. Obra citada, pág. 203.

2.- SUSTITUCION

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (en lo sucesivo el Código Civil) admite la posibilidad de que un acto jurídico produzca efectos sobre quien no contribuyó a formarlo con su voluntad.

Así, el artículo 1801 del mencionado ordenamiento legal dispone que una persona puede contratar a nombre de otro, si está autorizado por éste o tiene por ley su representación.

Dimanan de tal disposición las dos vertientes que surgen de la teoría de la representación y que engloban a una inmensa gama de casos en los que un acto se forma con el propósito de que sus efectos se desvíen a la esfera jurídica ajena. Nos referimos a la representación conferida por medio de una autorización, o mejor conocida como representación voluntaria, y aquella que es otorgada directamente por la ley, esto es la representación legal.

Así, aparte de los representantes de los incapaces y de las personas jurídicas, como de los mandatarios-apoderados actúan por otro o para otros, factores y gestores mercantiles de diversos tipos, mandatarios que obran en su propio nombre, síndicos y liquidadores de quiebras y concursos, gestores de negocios, etc.

Esta diversidad de actividades jurídicas que responden a distintos intereses y que cuentan con su propia reglamentación legal, tienen un denominador que es menester poner de manifiesto: una persona emite un acto volitivo, cuyos efectos están destinados a influir en una esfera jurídica ajena.

Este rasgo nos permite comprobar que una persona puede poner a disposición de otra la aptitud de su voluntad para realizar actos jurídicos. Se admite, pues, la desviación de los efectos de quien dió a luz el acto mediante su voluntad o con el concurso de ella, a quien permaneció ajeno. En síntesis, una persona ha sustituido o reemplazado a otra en la celebración de un acto jurídico, sin variar ni modificar las consecuencias de éste, sino en cuanto a la determinación final del destinatario de sus efectos.

A este denominador común hallado en esa diversidad de supuestos lo denominaremos "sustitución".

Siguiendo a Negri Pisano y esbozando una noción de este fenómeno, diremos que "mediante la sustitución una persona ocupa el lugar de otra en la formación de un acto, con la particularidad de que no obstante aportar el sustituto una manifestación de la voluntad propia, los efectos se producen finalmente en la esfera jurídica de la persona sustituida" (8)

El concepto antes vertido, sin embargo, no representa una regla de derecho válida para todos los supuestos de sustitución, ya que en las más de las

(8) Negri Pisano, Luis Esteban. La Representación Voluntaria. Buenos Aires, 1985, 1a. Edición, Pág. 44

ocasiones los supuestos de creación del acto de sustitución, así como los efectos particulares de cada uno en concreto, resultan disímbolos.

Es entonces indispensable reconocer algunas distinciones que permitan identificar a grupos de figuras con características similares que admitan igual explicación teórica y que puedan regirse por un sistema de reglas comunes.

Uno de los problemas con que tropieza la teoría general de la representación, consiste en dilucidar si la sustitución con eficacia indirecta forma parte de la institución que nos ocupa, es decir, determinar si es o no una verdadera especie de representación, ya que el concepto mismo de la figura habrá de ser distinto si queda referido sólo a la representación directa que si se refiere a ambas formas de representación.

La sustitución opera con eficacia indirecta cuando los efectos del acto llegan al sustituto en dos etapas. En primera instancia, al formarse el acto, sus consecuencias penetran en la esfera del sustituto y todo ocurre como si él fuese el destinatario definitivo de ellas. Luego, mediante un nuevo acto, esos efectos pasan al sustituido a fin de que se cumpla el propósito original del negocio. Es el dominus quien queda desvinculado originalmente por el acto primigénio. Se sigue de ello que en este tipo de sustitución el principal no tienen acción contra el tercero con quien actuó el sustituto, sino contra el sustituto mismo, ya que es el sustituto quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato celebrado con el tercero por lo cual

tendrá únicamente una posterior obligación de transmitir, atribuir o destinar al dominus los derechos adquiridos y una facultad de exigir que éste le retribuya de las obligaciones que sobre él recaigan.

La concepción antes expuesta representa una innovación que en esta materia introdujo el Código Civil del 28, ya que el Código Civil de 84 establecía como parámetro único la representación (o sustitución) directa.

La sustitución tiene eficacia directa o inmediata cuando los efectos del acto formalizado por el sustituto llegan al sustituto sin necesidad de ningún acto complementario suyo y sin fijarse aquéllos ni un instante en la persona del representante.

En general la sustitución reconoce la existencia de una relación entre sustituto y sustituido que suele obligar al primero a cumplir actos cuyos efectos recogerá el segundo.

Según el interés que se trate de satisfacer, la relación básica determinará el modo de obrar del sustituto y de la relación básica también dependerá que la sustitución opere con eficacia mediata o inmediata.

3.- REPRESENTACION

Para la mayor parte de la doctrina, hay que encontrar la esencia de la representación en el hecho de que el representante despliega una actuación

en nombre del representado. Esto es, la representación puede definirse como "el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otra y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado". (9)

Este concepto nos lleva a la conclusión de que el instituto de la representación entra en el amplio cuadro de la sustitución, que ya hemos analizado, pero en sentido más estricto, ya que la representación implica que el representado, ya sea por medio de un poder legal, faculta al representante a actuar por medio de actos jurídicos en nombre del representado.

El Código Civil vigente no define dicha institución, por lo que estudiaremos algunas teorías que ha expuesto la doctrina para aclarar los alcances que presenta.

Noción de Representación según Manuel Borja Soriano: "Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero" (10).

(9) Costán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común Tomo VI. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1981. pág. 343

(10) Borja Soriano, Manuel. Obra citada. pág. 244

Por su parte Manuel Bejarano Sánchez, opina que "Es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante) repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídico-económica de otro sujeto (llamado representado), como si éste último los hubiera realizado, y no afectan la del representante, el cual queda ajeno a la relación de derecho engendrada por su acción" (11)

Esta institución cobra gran utilidad en el comercio jurídico, pues basta pensar en la necesidad que tienen los menores, los enajenados mentales y otros sujetos privados de capacidad de ejercicio de contar con un representante, para hacer valer sus derechos, pues si carecieran de él no podrían hacer efectivas sus facultades.

Barrera Graff.- "se entiende por representación, la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro; es decir el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico" (12)

Generalmente, esta actuación a nombre de otro supone la concesión previa de atribuciones y facultades, por una persona o por la ley, para que otra la represente, es decir, realice a su nombre cierta actividad jurídica. Pero es también posible que quien obra a nombre de otro, lo haga sin que previamente se le haya conferido tales facultades y atribuciones; en este caso también existe representación aunque la actuación sea a nombre

(11) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. Edición, México 1990, pág. 343

(12) Barrera Graf, Sergio. La Representación Voluntaria en Derecho Privado. UNAM, 1987, Pág 21

ajeno, y esté sujeta a una ratificación posterior de aquel a cuyo nombre se obra.

Podemos concluir algunas notas sobre el concepto de representación:

a) Es una institución jurídica, es decir, un medio establecido por el Derecho para lograr una consecuencia jurídica;

b) La consecuencia es producir efectos directos e inmediatos en la esfera jurídica de una persona que no es el agente (el que actúa);

c) La representación puede darse tanto en actos patrimoniales como extrapatrimoniales;

d) La institución de la representación forma parte de la Teoría General del Derecho. Esto es que no sólo tiene aplicación en una de sus ramas, sino en todas (con diferencias de tratamiento).

Parte de la doctrina considera que no es satisfactorio definir a la representación mencionando sólo sus resultados, sin descubrir su esencia, la cual está constituida por la *contemplatio dómīni*, esto es, por la manifestación que hace el agente de que no obra en nombre propio por lo que el tercero, enterado de esta circunstancia, sabe que los efectos jurídicos del acto que realiza se producirá, para el dueño del negocio y no para el

agente. Sin embargo déjan de tomar en cuenta a la representación indirecta como una verdadera forma de representación.

Desde el punto de vista del representante, la representación requiere de las siguientes notas:

- a) La atribución de un derecho o interés subjetivo;
- b) Que dicho derecho o interés corresponda al representado;
- c) Que el interés por el que se obra sea lícito, es decir, que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico;
- d) Que tal derecho o tal interés pueda cumplirse por un tercero, como es el representante (se excluyen los actos personalísimos) y con cierta autonomía o independencia;
- e) Que el representante goce de capacidad de ejercicio.

No se debe considerar como nota esencial de la representación su carácter voluntario, tomando esta expresión tanto como acto querido y decidido en el que interviene el pleno consentimiento de las dos partes, tanto como acto facultativo, libre, no forzoso ni impuesto para ellas. Por el contrario, puede hablarse de representación no sólo en los negocios jurídicos voluntarios - representación voluntaria- como el poder, el mandato o la comisión, sino

también en aquellos como la patria potestad, la tutela, en que la representación derivada del comando de una norma jurídica -representación legal y necesaria-. En ambas figuras existe una nota esencial, o sea el actuar del representante a nombre y en interés del representado.

La función y la importancia de la representación es clara y evidente, si se considera que el representado o principal, no sólo amplía enormemente el radio y el ámbito de sus actividades jurídicas y económicas al valerse de alguna o de varias personas para vincularse con terceros, sino que también en muchos casos como el de la sociedad, incapacitados e interdictos, requieren de la intervención de un representante -persona física- para relacionarse jurídicamente con los terceros.

Esencial al negocio de la representación es que el contrato celebrado o el acto ejecutado por el representante, no pertenezca a éste, sino a aquél por cuya cuenta y a cuyo nombre se obra, o sea, al representado; 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.

también en aquellos como la patria potestad, la tutela, en que la representación derivada del comando de una norma jurídica -representación legal y necesaria-. En ambas figuras existe una nota esencial, o sea el actuar del representante a nombre y en interés del representado.

La función y la importancia de la representación es clara y evidente, si se considera que el representado o principal, no sólo amplía enormemente el radio y el ámbito de sus actividades jurídicas y económicas al valerse de alguna o de varias personas para vincularse con terceros, sino que también en muchos casos como el de la sociedad, incapacitados e interdictos, requieren de la intervención de un representante -persona física- para relacionarse jurídicamente con los terceros.

Esencial al negocio de la representación es que el contrato celebrado o el acto ejecutado por el representante, no pertenezca a éste, sino a aquél por cuya cuenta y a cuyo nombre se obra, o sea, al representado; 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.

A) REPRESENTACION LEGAL

La representación legal, es aquella que se encuentra establecida por la ley, su origen radica en un precepto legal que faculta a una persona para obrar en la esfera jurídica de otra; sus límites y las facultades otorgadas al representante están también determinadas por la ley, pensemos en el caso de los padres que ejerzan la patria potestad, en los tutores, en los albaceas y veremos que todas estas personas van a poder realizar efectos en el patrimonio de sus hijos sujetos a la patria potestad, de sus pupilos o de sus herederos en función de una autorización que les ha sido concedida por la ley, y que la extensión de esas facultades, está precisamente determinada por la ley.

Suelen distinguirse dos clases de representaciones legales:

1.- La establecida por la ley para las personas de capacidad limitada, en especial la conferida a quienes ejercen la patria potestad o la tutela respecto de un menor o un incapacitado; y

2.- La establecida por la ley para la administración de un patrimonio o de un conjunto de bienes ajenos, por ejemplo la conferida a un titular interino, (ausente, nasciturus, síndico, administrador judicial, albacea...). No significa que ese patrimonio no tenga titular, significa simplemente que el titular de ese patrimonio puede en un momento dado, verse imposibilitado para realizar actos jurídicos propios.

Dentro de la representación legal, la doctrina suele incluir lo que a veces se distingue con el nombre de Representación Judicial, siendo el caso cuando el juez, fundándose en un precepto de derecho, atribuye la representación a un determinado sujeto. En el fondo, la posibilidad de realizar este acto de representación, radica en las facultades que la ley otorga al juez para efectuar el nombramiento, y en las disposiciones legales que permite la factibilidad del nombramiento y la determinación de las facultades, fijándose tanto los límites como la extensión de los poderes del representante.

Pese a esta variedad y a la específica finalidad de cada una de ellas, podemos hablar de una figura jurídica unitaria ya que, a través de ella, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede actuar por sí solo.

Algunos autores consideran dentro de la representación legal, la de las personas morales (sociedades y asociaciones) aunque tal postura no sea unánime, pues hay quienes la denominan necesaria, orgánica o estatutaria. Nosotros consideramos correcta la segunda postura.

PATRIA POTESTAD

Es la institución que ejercen los padres y a falta de éstos, los abuelos, sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados. Quienes la ejercen, tienen la administración de los bienes y la legítima representación legal del incapaz.

La patria potestad de los hijos nacidos del matrimonio, la ejercen el padre y la madre, en el caso de faltar éstos, los abuelos en el orden que el Juez de lo Familiar determine; esta última regla no se sigue cuando existe tutor testamentario.

Si el hijo nacido fuera de matrimonio, es reconocido y vive con los padres, ambos ejercen, pero si es reconocido pero viven separados, entre ellos se pondrán de acuerdo en quien de los dos ejercerá la custodia; en el caso de que no lo hagan, el Juez de lo Familiar del lugar será, quien previa audiencia de los padres y al Ministerio Público, resuelva a quien corresponde ejercerla. Si la causa es el divorcio, dependerá del convenio en el voluntario y de la sentencia, en el necesario.

La patria potestad del hijo adoptivo la ejercen únicamente los adoptantes.

La representación legal, en virtud del ejercicio de la patria potestad, la acreditan los padres, con la copia certificada del acta de nacimiento; los abuelos con la designación que de ellos haga el Juez; el adoptante, con la copia certificada del acta de adopción.

TUTELA

Es una institución jurídica que tiene por objeto, la guarda de una persona incapaz y de sus bienes, según lo determina el Código Civil.

" Art. 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley"

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

"Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que

éstos les provoque no pueden gobernarse y obligarse por si mismo, o **manifestar su voluntad por algún medio**".

Para que la tutela se confiera; es necesario que se declare el estado de incapacidad de la persona que va ha quedar sujeta a un procedimiento judicial, en los términos del Código de Procedimientos Civiles y además, que el incapacitado no esté sujeto a patria potestad.

La tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa.

Es testamentaria.- cuando surge del testamento del ascendiente sobreviviente de los dos que conforme a la ley ejercen la patria potestad.

Legítima.- cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Corresponde a los hermanos y de preferencia a quienes lo sean por ambas líneas; a falta o por incapacidad de éstos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

La dativa.- se ejerce cuando no hay tutor testamentario o éste se encuentre impedido temporalmente o no exista pariente que desempeñe la legítima. El tutor, una vez nombrado en cualquiera de estos casos, debe aceptar y protestar el leal desempeño de su cargo y para que se le discierna, caucionar su manejo.

Pronunciando y publicando el auto de discernimiento de la tutela, en los términos que previene el Código de Procedimientos Civiles, el Juez de los Familiar, remite copia certificada al Juez del Registro Civil, quien levanta el acta correspondiente. El curador debe cuidar del cumplimiento de este artículo. Por otro lado, es necesario efectuar la debida anotación en el acta de nacimiento del incapacitado.

El carácter de tutor se acredita con la copia certificada de los autos de nombramiento, aceptación, protesta y discernimiento. Este último se dicta por el Juez cuando el tutor garantiza debidamente el manejo de su cargo.

REPRESENTACION DE LA SUCESION

El albacea no representa al autor de la sucesión, ni a los herederos ni a la masa hereditaria. Es un liquidador del haber hereditario.

Mientras adjudica los bienes, los debe administrar y representar a la sucesión en todos los juicios que se promuevan en favor o en contra de ella y finalmente, debe rendir cuentas.

El Código Civil señala que debe tener libre disposición de sus bienes. En caso de sucesiones testamentarias, puede ser designado por el testador; si renuncia al cargo o es inhábil, lo nombrarán los herederos, legatarios o en su defecto, el Juez. Tratándose de intestados, lo nombran los herederos o el Juez. Su carácter se acredita con las copias certificadas del nombramiento, aceptación, protesta y discernimiento del cargo.

REPRESENTACION EN LA QUIEBRA Y EN EL CONCURSO

Estas figuras pertenecen a lo que se conoce como patrimonio de liquidación, el cual está representado por medio de una persona física o moral denominada síndico. Su función tiene como finalidad liquidar el patrimonio del quebrado o concursado, enajenar los bienes y con su producto, pagar a los acreedores. Algunos autores consideran que el síndico representa al quebrado o concursado, otros a los acreedores, algunos más piensan que al

Juez y finalmente, hay quienes opinan que representa al patrimonio de liquidación. Joaquín R. Rodríguez sostiene que: "El síndico actúa en nombre y por derecho propio, con facultades sobre bienes ajenos" (13)

Ante notario público se acredita el carácter de síndico, con las copias certificadas de los acuerdos de nombramiento, aceptación y protesta del cargo. El auto de discernimiento lo dicta el Juez una vez que aquel ha caucionado el manejo de su cargo.

B) REPRESENTACION VOLUNTARIA

En la representación voluntaria, una persona de manera consciente y libre le encarga a otra persona que sea la que lleve su representación; tiene su origen, límites y funciones en la voluntad privada, en la voluntad de algún sujeto, que de este modo permite que otro sea el que produzca efectos en su patrimonio.

En la representación voluntaria, la concesión o atribución de facultades para que el representante obre a nombre del representado debe distinguirse de la ejecución de estas atribuciones o facultades por el representante frente a terceros. El primer negocio, la atribución de facultades por el representado al representante, se integra por el poder que el representado otorga y el cual es un acto unilateral dirigido al representante y al tercero o terceros, con quienes habrá de contratar, independientemente de que este acto o negocio

(13) Rodríguez, Joaquín R. Derecho Mercantil, 17a. Edición, México, Porrúa, tomo II, 1983, Pág. 96.

unilateral vaya con frecuencia ligado y vinculado con un contrato, como puede serlo el mandato o la comisión.

Supone pues, la representación por una parte, un negocio de sustitución del representado por el representante; y por otra parte, la afectación de un patrimonio ajeno al del representado por el comportamiento del sustituto.

C) REPRESENTACION NECESARIA O REPRESENTACION ORGANICA

Esta se refiere a la representación de las personas morales. No hay duda en torno a que las personas jurídicas tienen que valerse de la colaboración de otros para llevar a cabo actos y negocios jurídicos. El problema -que es fundamentalmente teórico-, no radica en admitir los supuestos, sino en llevarlos a un plano conceptual.

Para explicar el fenómeno hay dos tipos de soluciones:

a) La que podemos llamar "organista", tomada del Derecho Público, conforme a la cual no hay representación necesaria de las personas morales, sino que éstas actúan directamente a través de sus órganos, del mismo modo que las personas físicas lo hacen a través de los órganos. No existe intermediación, la actuación es directa.

b) La de la representación necesaria u orgánica, conforme a la cual la persona jurídica se piensa como ser incapaz de obrar por sí misma, que a semejanza de lo que ocurre con los demás incapaces necesita valerse de un representante.

Para algunos autores existe una auténtica representación de las personas jurídicas, la cual no es en sentido estricto, ni representación legal ni voluntaria, sino un tercer género.

Por un lado la representación es necesaria, la persona jurídica necesita al representante para actuar, lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero por otro, la determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación no es obra de la ley; sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella.

De la misma manera, la determinación de las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada, bien configurando al efecto los estatutos o reglas por las que ha de regirse la persona jurídica o bien, determinándolo al conferir la representación.

Se habla de "Representación Orgánica" como un tercer género.

SOCIEDADES MERCANTILES, REPRESENTACION DE LAS, Y MANDATO. DIFERENCIAS. ARTICULO 10 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.-

Tratándose de sociedades, la representación, a diferencia del mandato, no deriva de la voluntad del otorgante, sino de la ley y del contrato social, pudiendo actuar el representante de la persona moral con todas las facultades que son necesarias, pero sólo dentro de los límites que derivan del objeto de la sociedad, lo cual se desprende claramente del art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dice " La representación en toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes

al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezca la ley y el contrato social"; esto es, en tanto que el principio que rige en el mandato es que el mandatario actúa solamente de acuerdo con las facultades expresas conferidas por el mandante, tratándose de la representación en las sociedades mercantiles el representante goza de todas las facultades; pero sólo dentro de los fines que persigue la persona moral y que reglamenta la ley y el contrato social.

(amparo directo 1890/80.- Alfredo Atala Boulos.- 24 de marzo de 1982.- unanimidad de 4 votos.- Ponente: Raúl Lozano Ramírez.)

4.- PODER, REPRESENTACION Y MANDATO

La representación supone siempre la existencia de una relación jurídica entre el representante y el representado a la que nosotros llamaremos relación representativa. La doctrina más antigua situaba esta relación dentro de la órbita del contrato de mandato y se equiparaban de esta manera las ideas de mandato y representación. Así, por ejemplo, Sánchez Román definía el contrato de mandato como aquél por virtud del cual una persona, el mandante, confiere su representación a otra, el mandatario, que la acepta.

Es claro cómo la confusión en torno al origen de la representación se tornaba áspera y difícil de resolver.

Siguiendo a Díez-Picazo, diremos que el problema se aclara distinguiendo lo que es la relación representativa en sí de lo que es la relación originante de la representación. Efectivamente, la representación puede tener su fundamento no sólo en un contrato de mandato, sino también en un contrato de servicios, en un contrato de trabajo, en un acto de apoderamiento, etc., o en el caso de la representación legal, en una relación familiar, por ejemplo.

La relación representativa, en cambio, es el conjunto de derechos y de deberes que entre dos personas surgen por el hecho de que una de ellas esté actuando como representante de otra. Y aunque parece que estamos aceptando que esta relación es un mandato, lo que queremos afirmar es que a esta relación debe aplicársele el esquema legal del mismo. Con esto podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico, al instituir la reglamentación del mandato, ha establecido lo que se podría llamar la disciplina normativa típica de una relación representativa.

De aquí se sigue que aunque la representación encuentre su fundamento en una relación de gestión distinta del mandato, a esta relación en cuanto representativa habrá que aplicarle aquella disciplina normativa típica.

Por ello, nosotros compartimos las ideas del autor citado y preferimos distinguir la relación originante de la representación (que puede ser un contrato de mandato, de prestación de servicios, etc.) y la relación representativa que se establece entre representante y representado, a la

cual habremos de aplicar la disciplina normativa del mandato, cualquiera que sea la relación interna en que se funde.

PODER

Como fuente de la relación representativa voluntaria tenemos al poder, que como Fernández del Castillo define, se trata "del otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación". (14)

Dicho poder o facultad puede tener las siguientes fuentes:

a) por la ley, como ocurre con el tutor y con los titulares de la patria potestad, quienes por virtud directamente de la ley pueden obrar a nombre del incapaz que representan (arts. 537-V y 425 del Código Civil);

b) por una resolución judicial como acontece con el representante común de varios actores o varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo en la designación de aquél es nombrado dicho representante por el juez de conformidad con el artículo 53 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y

c) por la voluntad de una de las partes en un contrato de mandato, que es el caso más frecuente y por ello, como anota Sánchez Medal, es muy común hallar el empleo impropio del mandato como sinónimo del poder (o bien por

(14) Fernández del Castillo, Bernardo. Representación, Poder y Mandato. Porrúa, México, 1994, 5a. edición, pág. 14

el órgano competente de una persona moral al designar a uno de sus funcionarios).

Volviendo al punto de la identificación del poder con el mandato, nos parece oportuno recordar que para los tratadistas la abstracción del poder ha tenido la utilidad de facilitar su distinción de otras figuras jurídicas como la del mandato, fideicomiso, sociedad, prestación de servicios profesionales, etc. Consideramos, sin embargo, que no puede utilizarse ni desarrollarse en forma abstracta e independiente esta figura, sino unida a cualesquiera de las figuras jurídicas mencionadas. Citando a Fernández del Castillo diremos que el poder no tiene un fin en sí mismo, sino que sirve de medio para la realización de la conducta y consecuencias jurídicas posibles mencionadas o reguladas en el mandato, sociedad, fideicomiso y otros. En conclusión el poder es un negocio abstracto, por no referirse a casos concretos; autónomo porque puede existir en forma independiente de cualquier negocio, pero para su aplicación requiere la unión con otro negocio que exprese el alcance de la representación.

REPRESENTACION

La representación, tal como la define Sánchez Medal, es "la acción de representar, o sea el acto, por virtud del cual una persona dotada de poder llamada representante obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o dominus del negocio". (15)

(15) Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Cíviles, Porrúa México, 1993 9a. edición. Pág. 308

También por representación en el sentido propio se entiende la "contemplatio domini", esto es, la declaración unilateral que el representante hace frente a terceros a realizar un determinado acto jurídico, de que actúa a nombre y por cuenta de su representado. Así pues, toda representación supone o exige un poder, pero no se confunde con éste, ya que el poder es la facultad de representar y la representación es ya el ejercicio mismo de esta facultad.

La necesidad de distinguir este concepto es indudable debido a la interrelación que existe entre el concepto de representación y los conceptos de poder y mandato.

MANDATO

El mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (art. 2546 del Código Civil).

Puede ser de dos clases: mandato representativo, si el mandatario obra a nombre del representante y mandato no representativo, si el mandante no concede al mandatario dicha facultad.

En nuestro derecho el mandatario puede obrar a nombre propio o en el del mandante, salvo pacto en contrario (art. 2560 del Código Civil).

Con esta distinción queda claro, a nuestro entender, que hay que establecer la frontera entre mandato y representación del siguiente modo:

- a) Cabe hablar de una representación sin mandato siempre que la relación originante de la representación sea de diversa naturaleza (por ejemplo un contrato de trabajo), aunque con la advertencia hecha de que a los efectos representativos de dicho contrato de trabajo, habrá que aplicar como ya hemos mencionado, la disciplina normativa del mandato;
- b) Cabe un mandato sin representación, cuando el mandatario obra en su propio nombre, lo cual existe de acuerdo con la posibilidad contenida en el artículo 2560 del Código Civil.

Anticipadamente podemos decir que la aplicación a la relación representativa de la disciplina normativa del mandato nos permite sostener que la causa de la mencionada relación se encuentra en la confianza que el gestor le merece al principal o dominus negotii, así como que dicha relación se funda en un evidente intuitu personal.

Si el punto esencial de la representación radica en el cuidado y la tutela del interés del principal, no puede haber ningún inconveniente en admitirlo así. La representación se caracteriza por crear una relación de confianza entre representante y representado que por ello posee un eminente carácter personal que influye en su régimen jurídico.

CAPITULO SEGUNDO

HISTORIA

1.-MARCO HISTORICO Y DOCTRINARIOS

A) ROMA.-

Es en vano, señala Giorgi, que se pretenda encontrar la autocontratación en el Derecho Romano que no conoció la representación contractual tal como la admiten las leyes modernas. Los textos alegados, agrega el citado autor, son casos singulares, hipótesis dudosas y que reciben diversas interpretaciones.

Sin embargo, no puede negarse radicalmente la existencia del acto jurídico consigo mismo en el Derecho Romano. Entre los romanos el reconocimiento del autocontrato constituye la excepción, por la sencilla razón de que el Derecho Romano solo excepcionalmente admite la representación directa.

Es pues intermedia la posición del Derecho Romano en materia de autocontratación. Si bien es cierto que la desconoció en términos generales, la aceptó en ciertos casos concretos, como en la tutela.

La autocontratación concedida por el tutor al pupilo para la celebración de determinados actos, aunque hablando con propiedad, no constituye sustancialmente un caso de autocontratación, no es diversa su naturaleza jurídica.

"Varios son los pasajes, dice Hupka, en los que se permite que el titular de la jurisdicción sea una de las partes interesadas. Los cónsules, pretores y otros magistrados, en ciertos casos podían intervenir en su doble calidad de funcionarios y de tutores, interponiendo se Auctoristas. Pero, agrega el autor citado, constituiría un error deducir de esto que una misma persona puede reunir los papeles de las dos partes. En contra de tal conclusión se manifiesta ya la circunstancia de que las mismas fuentes, mientras permiten por un lado al magistrado que interponga como tutor de la private auctoristas, prohíben por otro lado expresamente que el tutor interponga su auctoristas en los actos jurídicos del pupilo en que el tutor está autorizado. La autorización era, pues, excepcional, circunscrita a los actos formales desprovistos de peligro." (16)

B) FRANCIA.-

El Código Civil Francés de 1804, sanciona radicalmente la oposición de intereses en la representación legal. La celebración del contrato consigo mismo está prohibida al representante bajo pena de nulidad que, por otra parte, sólo el incapaz puede alegar. De acuerdo con los artículos 420 y 1596

(16) Hupka, Joseph W. La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos, Revista de Derecho Privado 1980, Pág. 96.

del mencionado Código, el tutor deberá hacerse sustituir en la representación del pupilo por el pro-tutor o por un tutor ad-hoc. El padre, administrador legal, deberá contratar por medio de un mandatario especial designado por los tribunales (art. 389).

Este Código prohíbe además cierto número de contratos en los que el tutor tiene interés, por juzgarlos muy peligrosos para el pupilo, tales como, la compra o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles del pupilo. (art. 450); Los restantes contratos quedan permitidos bajo formalidades especiales. En cambio, respecto del padre, a falta de disposiciones que lo prohiban, siempre será suficiente la intervención del administrador ad-hoc.

Con relación a los representantes voluntarios, no existe regulación positiva para la autocontratación, ni prohibición para su celebración; consecuentemente, la eficacia del contrato consigo mismo en particular, dependerá del poder o de la ratificación del mandante.

En principio, se estima que el mandatario puede celebrar por su cuenta y consigo mismo la operación jurídica que le ha sido encargada como representante. Con mayor razón podrá adquirir directamente del mandante o del representante de éste el bien que administraba, bastando que la contraprestación sea suficiente. El principio registra excepciones, como el caso de los agentes de cambio, quienes no pueden realizar por su propia cuenta, cualquier clase de operaciones mercantiles directamente o por interpósita persona. Por otra parte, en razón de lo establecido en el artículo

1596 del citado Código Civil francés, los mandatario no pueden, directamente o por interpósita persona, adjudicarse los bienes que hayan sido encargados de vender. La doctrina y la jurisprudencia francesa han entendido que la nulidad que sanciona la prohibición del artículo 1596, es relativa, por lo cual la previa autorización dada al mandatario o la aprobación o cumplimiento posterior convalida el acto.

Las disposiciones del Código Civil italiano de 1865 reproducían, en los artículos 300 y 1457, los preceptos del Código Civil de Napoleón. La diferencia solo existía en cuanto a la intervención de un curador ad-hoc para el caso de conflicto de intereses en la representación legal, en vez del tutor constante a que se refería el derecho francés.

C) ESPAÑA.-

A su vez el Código Civil Español en su artículo 275, prohíbe a los tutores hacerse pago, sin intervención del pro-tutor, de los créditos que le corresponden, y comprar por sí o por medio de otra persona los bienes de un menor o incapacitado, a menos que expresamente hubiere sido autorizado para ello por el consejo de familia.

El artículo 1459, al referirse al contrato de compraventa, prohíbe al tutor las adquisiciones de los bienes de los pupilos e incluye en la prohibición a los mandatarios respecto a los bienes de cuya administración o enajenación estuviese encargados. Por lo tanto, en el derecho español no hay

disposición general sobre la posibilidad de que el representante celebre, en su calidad de tal, contratos consigo mismos; existe conflicto, entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, respecto a la admisibilidad de la autocontratación, que la falta de la regla permisiva o prohibitiva ha motivado. El citado Registro, por resolución de 30 de mayo de 1930, seguida en múltiples decisiones, no excluye en absoluto la eventualidad de la autocontratación cuando no vaya acompañada de contradicción de intereses o de peligro de lesión presente o futura de los derechos de una de las partes. En cambio, el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 6 de marzo de 1909, viene negando su admisión, fundándose en el argumento de que en todo contrato han de concurrir siempre dos o más voluntades distintas y autónomas.

D) ITALIA.-

La legislación alemana y la italiana del presente siglo vienen a ser, en el tema que nos ocupa, la más significativas, y curiosamente consagran sistemas opuestos por lo que al autocontrato se refiere.

En relación al Derecho Italiano, ya se ha dicho que el Código Civil de 1865 seguía el sistema de la Codificación Napoleónica. Estudiaremos ahora la evolución posterior.

El derecho comercial ha cumplido una función decisiva en la evolución del sistema contractual moderno, no siendo de los menores el papel jugado en materia de representación.

Los mercantilistas italianos, según señala Ascarelli, comenzaron por reconocer la validez del cambio con repetición, esto es, la renovación de un primer giro hecho por el deudor haciendo un nuevo giro a favor de un acreedor que no podía satisfacerlo en dinero contante. De aquí se llegó a admitir la contabilidad consigo mismo, y la validez del contrato de venta que el comisionista, encargado de comprar mercancía por cuenta del comitente, hiciera suministrando a precio corriente mercaderías propias. Ese principio pasó a ser establecido por el artículo 386 del Código de Comercio, y en el derecho vigente italiano fué traspasado al artículo 1735 del Código Mercantil de 1942, sobre la base de dicho texto, tanto del artículo 150 del Código Mercantil, algunos autores, sostuvieron que debía admitirse generalmente el contrato consigo mismo; sin embargo, otra parte de la doctrina sostuvo la opinión contraria, y señalaba la nulidad del contrato consigo mismo en nombre del representado, si no contaba con la autorización o la ratificación de éste.

Al disponerse una reforma a la ley civil, la Comisión Real introduce una solución, y así resulta el artículo 1395 del Código Civil, que a la letra dice: "Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de tal modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta únicamente por el representado".

E) ALEMANIA.-

Por lo que toca al derecho alemán en el primer proyecto del Código Civil los redactores dieron por supuesto que la posibilidad de una doble representación era consecuencia de los principios generales sobre representación directa, y que tampoco se oponía a la autocontratación el concepto de contrato, que solo exigiría la exteriorización de la voluntad del autocontratante en forma cognoscible para los terceros.

La comisión encargada del segundo proyecto invirtió la consideración. Juzgó decisivo el conflicto de intereses y sus peligros para el representado, y estableció, separándose del primer proyecto, la prohibición general de la doble representación.

El Código Civil Alemán de 1900, excluyó la posibilidad de la doble representación, no solamente con referencia a determinadas clases de representantes legales, sino a toda clase de representación, abarcando a todo género de negocios jurídicos, contratos y actos unilaterales, con una sola excepción de los que consistan exclusivamente en un acto de cumplimiento de obligaciones.

El Artículo 181 del B. G. B. textualmente establece: "El representante, salvo autorización en contrario, no podrá celebrar en nombre del representado acto alguno consigo mismo, obrando en nombre propio o como

representante de un tercero, a no ser que dicho acto consista en el cumplimiento de una obligación".

El sistema seguido por el legislador germano, como ya hemos señalado, resulta opuesto al establecido en el Derecho Italiano.

El precepto alemán debe su existencia a un pensamiento apoyado en el fundamento moral de impedir la explotación o el aprovechamiento de una posición jurídica formal para fines propios.

Esta disposición del Código alemán es interesante porque acepta la autocontratación en el supuesto que se refiere al cumplimiento de una obligación preestablecida, de suerte que el representante al llevar a cabo un acto de esa índole, lo único que puede hacer es cumplir una obligación ya existente.

Hecha la revisión de los antecedentes generales del autocontrato, en el siguiente punto expondremos el pensamiento de los principales autores mexicanos, y la manera como ha sido tratada la figura en cuestión en nuestros Códigos Civiles de 1870, 1884, dejándo para un análisis en el último capítulo a nuestro actual Código Civil.

DOCTRINA EN MEXICO

Manuel Borja Soriano, en su obra "Teoría General de las Obligaciones", dedica el capítulo cuarto del título noveno del tomo primero, al contrato consigo mismo.

Se limita, en su mayor parte, a citar ideas de autores europeos. Su opinión particular la transcribe en unos cuantos renglones; pero la estudiaremos, dada la importancia de este autor en los medios académicos.

Comienza exponiendo una noción preliminar del contrato consigo mismo, dada por Demogue, la cual abarca los dos supuestos que comprenden el autocontrato, es decir, la autocontratación en sentido estricto y la doble representación.

El primer supuesto, de acuerdo con los ejemplos mencionados por Borja Soriano, sería el de un tutor que da en arrendamiento un bien de su pupilo, y el segundo, sería el del apoderado de dos personas que celebra un contrato en el que a nombre de una de ellas vende cierta cosa a la otra y a nombre de ésta, la compra.

Acto seguido, Borja Soriano se refiere a la opinión de los tratadistas extranjeros, que como Demogue y Popesco-Ramniceano, señalan que en el autocontrato no existe el concurso de voluntades, sino un solo querer, por

lo que, concluyen considerando al contrato consigo mismo como un acto jurídico unilateral, por actuar en el una sola voluntad.

Posteriormente, Borja Soriano hace una relación de los autores que ven en el contrato consigo mismo un verdadero contrato, tales como Arno, Madray, Giorgi, Ennecereus-Nipperdey, Planiol, Ripert y Esmein, y Gunha Goncalves.

Después de esto, Borja Soriano nos da su propia opinión, concluyendo que en el contrato consigo mismo se encuentran los caracteres propios del contrato.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, en su libro "Derecho de las Obligaciones", analiza también, dentro de la sección dedicada a la representación, el contrato consigo mismo o autocontrato. Este autor nos proporciona el concepto de contrato consigo mismo, que señalamos en este trabajo, refiriéndonos a las dos hipótesis del mismo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la institución materia de nuestro estudio, se pronuncia en favor de la corriente que considera el autocontrato como un auténtico contrato.

Señala, de manera acertada a nuestro parecer, que lo que la ley exige para integrar el consentimiento como elemento de existencia de todo contrato, no son dos personas, sino dos voluntades jurídicas.

En opinión de Gutiérrez y González, en los dos supuestos que comprenden la autocontratación, existen dos voluntades, aunque sean manifestadas por una sola persona, y es por lo mismo que se integra el consentimiento para dar lugar al contrato, en donde el representante expresa dos querer, dos voluntades, que corresponden jurídicamente a las ideas de peticación y aceptación.

Jorge Barrera Graf, en su libro "La Representación Voluntaria en los Contratos", considera al contrato consigo mismo como una declaración unilateral de voluntad reconocida por el derecho.

En opinión de este autor, mal puede llamarse contrato aquella figura jurídica en la que sólo una persona interviene, representando a otras dos, o sólo a una, ya que, añade Barrera Graf, en ambos casos, ni intervienen dos personas ni menos hay acuerdo de voluntades.

A pesar de lo anterior, Barrera Graf, reconoce que dicha declaración unilateral de voluntad, normalmente se aplica o surte efectos en negocios típicamente contractuales, como son la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, etc.

No estamos de acuerdo con Barrera Graf, cuando afirma que es necesario que en el contrato intervengan cuando menos dos personas. Ya hemos dicho, que así como varias personas pueden tener un interés común, y

celebrar un contrato figurando todas ellas como una parte del mismo, también una persona puede hacer el papel de varias personas.

El consentimiento, como elemento de existencia del contrato, viene a ser el acuerdo de dos ó más voluntades jurídicas sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos. La voluntad jurídica, no es, por lo menos esencialmente una pura volición sino una voluntad imputada, por lo que, la doble imputación de lo que se declara, coloca al fenómeno en el ámbito contractual.

Por lo tanto, en el autocontrato existen dos declaraciones, aunque se basen en una única decisión del representante.

Una es emitida en nombre propio y otra en nombre del representado, o una emitida en nombre de un representado y la otra por el otro representado; lo anterior se comprueba, como ya hemos dicho, en la compraventa: el representante que trata consigo mismo no debe emitir una declaración, sino dos declaraciones de diferente contenido, la declaración del comprador y la declaración del vendedor.

Expuesta la opinión de los anteriores tratadistas mexicanos respecto del problema del autocontrato, podemos concluir que para la mayor parte de la doctrina mexicana, el autocontrato es una figura en la que se encuentran los elementos propios del contrato, pero que, la celebración de este tipo de actos jurídicos debe someterse a limitaciones impuestas por el derecho

positivo, en prevención a un posible conflicto de intereses entre el representante y sus representados.

2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MEXICO

Código Civil de 1870

Es evidente la gran influencia del Código Civil Francés, es decir, el Código Napoleónico, sobre nuestro Código de 1870, especialmente en la materia de obligaciones.

Bajo esta tónica, y por lo que respecta a la representación legal, al igual que en el mencionado ordenamiento francés, de acuerdo con los artículos 400 y 401 del Código de 1870, el que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de la ley.

De acuerdo con esto, el Código de 1870 señala en sus artículos 409, 412, 413 y 414, que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio o fuera de él, por un tutor ad-hoc nombrado por el juez para cada caso.

Por otra parte, las disposiciones del Código Civil de 1870, con relación a la tutela, establecían que todos los sujetos a tutela, sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrían en todo caso un curador, una de cuyas obligaciones era defender los derechos del incapacitado en juicio y fuera de él, siempre que estuvieran en oposición con los del tutor (artículo 669, 674 y 675).

Prohibía asimismo, este Código, la celebración de algunos contratos como la compra o arrendamiento por parte del tutor de los bienes del pupilo (artículo 615 y 2975).

Por lo que se refiere a la doble representación, se establecía que en caso de que fueren varios los menores que estuvieran a cargo de un tutor, y tuviesen intereses opuestos, el juez debía nombrar un tutor interino para que defendiera los intereses de los menores que el juez mismo designe. (art. 534 y 535).

Respecto a la representación voluntaria, expresamente este Código prohibía a los mandatarios, que adquirieran los bienes de cuya venta o administración se hallaban encargados.

Las adquisiciones que se hicieran en contravención a esta prohibición, no producían efecto legal alguno, ya se hubieren hecho directamente o por interpósita persona; además, el comprador era responsable de los daños y perjuicios, en caso de que la cosa se hubiere adquirido con dolo (art. 2975, 2977, 2978, y 2979).

A este respecto, existe una diferencia entre el Código Francés de 1804 y nuestro Código de 1870, puesto que en este último la prohibición abarca los bienes de cuya venta o administración se halle encargado el mandatario, en tanto que el artículo 1596 del Código de Napoleón, únicamente prohíbe al mandatario adjudicarse los bienes de cuya venta se halle encargado.

CODIGO CIVIL DE 1884

Este Código es casi una reproducción del de 1870, con ciertas reformas introducidas por una comisión, de la que fué secretario el licenciado Miguel S. Macedo.

Relacionado con nuestro estudio, es importante el artículo 387 de este ordenamiento, que señala que siempre que el padre, administrador legal de los bienes del menor, tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Esta disposición la encontramos ya en el Código de 1870, y de ella se desprende, de acuerdo con el maestro Borja Soriano, que el padre no puede celebrar un contrato de compraventa con su hijo menor representándolo; pero sí puede representarlo en un contrato en el que le haga una donación pura y simple.

Lo anterior, en virtud de que el precepto del Código de 1884 y los correspondientes del Código de 1870, no son excluyentes de la posibilidad de que el padre, como representante de los hijos, y al propio tiempo por su propio derecho, manifieste la voluntad de aquéllos y la suya propia en un acto jurídico, siempre que, no tuvieren intereses opuestos en dicho acto.

Los artículos 580 y 585 del Código de 1884, al igual que los artículos 669, 674 del Código de 1870, establecen que todos los sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto cuando la tutela sea interina y no haya que administrar bienes; entre las obligaciones del curador está la de defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

De estos preceptos también se desprende, (aunque no la prohibición absoluta de que el tutor actúe como representante del menor o del incapaz, por sí mismo y en representación de ellos), la necesidad en la mayoría de los casos, de que las manifestaciones de voluntad referida a intereses contrapuestos entre el tutor y su representado, sean expresadas por distintas personas; esto es, por el tutor mismo en cuanto a lo que a él interese y por el curador en cuanto a los derechos del menor o del incapaz.

Asimismo, el artículo 520 del ordenamiento de 1884 prohíbe al tutor comprar o arrendar los bienes del menor, y hacer contrato alguno respecto de

ellos, para sí, para su mujer, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad.

La prohibición anterior cesa, de acuerdo con el artículo 521, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor, su mujer, hijos o hermanos sean coherederos, partícipes o socios del menor.

Estos artículos ratifican el criterio antes apuntado respecto a la necesidad de proteger al pupilo de un posible abuso por parte del tutor.

Al igual que el Código de 1870, el de 1884, prohíbe a los mandatarios comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados. Las compras hechas en contravención a esta prohibición no producen efecto legal alguno, ya se hubieren hecho directamente o por interpósita persona (artículo 2845 y 2847).

En tales casos, en que se rechaza la posibilidad de que los representantes puedan contratar en relación a los bienes de sus representados, tal negativa se informa en la posibilidad de que los intereses contrapuestos del representante y del representado, en relación a los bienes de que se trata, se traduzca en un daño, en un menoscabo para los intereses de aquellas personas que precisamente trata de salvaguardar; de aquí también que, eliminada esa posibilidad, no haya por que rechazar otros supuestos de contrato consigo mismo en los que efectivamente quede excluída.

CAPITULO TERCERO

REPRESENTACION, RELACION Y PODER

La representación origina siempre lo que podríamos denominar una situación jurídica triangular en la cual intervienen tres tipos de sujetos cuyos intereses se ven o pueden verse afectados por el desarrollo del fenómeno representativo.

En primer lugar se encuentra el representado, a quien usualmente se denomina también principal o dueño del negocio (*dominus negotii*). Es la persona cuyo interés gestiona el representante y en quien han de recaer en definitiva directa o indirectamente los efectos de la gestión representativa.

En segundo lugar aparece el representante que es la persona que actúa en interés o por cuenta del principal.

Por último debe ser tenido en cuenta el tercero, con quien o ante quien se realiza la gestión representativa y que puede adquirir derechos o asumir obligaciones, como consecuencia del acto que realiza con el representante.

La relación representativa, sin embargo, es aquella que se establece entre dos personas por el hecho de que una de ellas actúe como representante de otra o gestione sus intereses. Está formada por el conjunto de derechos y deberes que entre tales personas surgen como consecuencia de aquel

hecho. Así, como sujetos de la relación representativa en sentido estricto deben considerarse tan sólo al representante y el representado, a quienes nos referimos de una manera especial en los puntos siguientes.

El "dominus negotii" o representado es la persona cuyo interés se gestiona por medio de la actividad representativa y el que ha de recibir directa o indirectamente los efectos del acto de la representación. Sobre su naturaleza Díez-Picazo explica: "la característica principal que lo define es su titularidad sobre los intereses afectados por el negocio o por el acto del representante, por lo que se le puede denominar, en un sentido muy amplio, dueño del negocio". (17)

En principio no es necesario ningún requisito especial para que una persona sea representada. Cualquier persona puede serlo. Las limitaciones no provienen de especiales estados civiles, cualidades o condiciones de la persona en celebrar tales actos y negocios jurídicos por sí mismo. De aquí se deduce que el representado debe ser una persona plenamente capaz para poder conferir a otra la representación.

Al examinar el segundo de los sujetos de la relación representativa, la persona del representante; el primer problema que se plantea es el relativo a las condiciones de idoneidad y de una manera particular a la capacidad de obrar necesaria para ser representante. Se trata sobre todo de decidir si es o no posible que actúe como representante de otras personas que carecen

(17) Díez-Picazo, Luis. La Representación en el Derecho Privado. Civitas, Madrid, 1988, pag. 48

de la plena capacidad de obrar o cuya capacidad de obrar se encuentre limitada.

Es está una cuestión largamente debatida en la doctrina, en la que no ha llegado a haber resultados unánimes. Al contrario, se dibujan claramente dos disposiciones diversas. Para una de ellas, el representante no necesita poseer las condiciones o cualidades legales que determinan la plena capacidad de obrar, sino simplemente las condiciones naturales necesarias para entender y querer de acuerdo en cada caso con la naturaleza y el contenido del negocio del que se trate. Conforme, en cambio, con una posición diferente, la plena capacidad de obrar es siempre necesaria para poder actuar como representante.

Planteada la cuestión en un terreno estrictamente jurídico, no puede olvidarse que la impugnación de los contratos y negocios jurídicos por defecto de capacidad es siempre una medida de protección al incapaz, otorgada a éste o a sus representantes legales exclusivamente. Ello significa, a nuestro juicio, que el encargo conferido a un menor seguiría las reglas generales de capacidad y no sería posible, por lo mismo, llevarlo a cabo de acuerdo al sistema que en materia de capacidad sigue nuestro derecho.

La relación representativa tiene por objeto un servicio que el representante presta al representado. Por ello, la prestación que asume el representante es una prestación de hacer. Nuestro Código Civil parece restringir tal objeto

al mencionar reiteradamente los vocablos "contratar" y "contrato", como si sólo el celebrar contratos fuera la única actuación que un representante pudiera realizar.

"Art. 1800.- El que es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado."

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

"Art. 1802.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.

Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató."

Nosotros preferimos adoptar la doctrina española que, liderada por Díez-Picazo, nos dice que el objeto de la representación (relación representativa) es que el representante lleve a cabo "asuntos" que designan cualquier tipo de actividad o de actuación que versa sobre bienes o intereses de cualquier clase, aunque luego nos encontremos con el problema de la delimitación del concepto referido, el cual, si bien no coincide con el acto jurídico, sólo se

ven distanciados por los bienes que están en juego en la relación representativa y que respecto a ellos tenga el representado. (18)

El objeto de la relación representativa, como en general el objeto de cualquier relación jurídica, debe reunir los requisitos de idoneidad que se reducen a la posibilidad de los servicios de gestión encomendados, a su licitud y a su determinación.

La relación representativa encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado. Se sigue de ello, ante todo, que la relación descrita posee un carácter marcadamente personal que a su vez va a influir poderosamente en el régimen jurídico de la institución.

Aunque nuestro Código Civil no menciona en materia de ineficacias la consecuencia que acarrea el error sobre la persona, esto no obsta para que la modificación sobrevinida o la desaparición de las circunstancias o cualidades personales, sobre las cuales se basó la confianza de las partes, deba tener un cause para repercutir en la suerte de la relación. En general, toda pérdida de la confianza debe generar una posible terminación de la relación. Esta afirmación queda regulada en nuestro derecho en el artículo 1813, que dice:

(18) Díez Picazo, Luis. Obra citada, pág. 350.

"Art. 1813.- El error... de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

El fundamento de la relación representativa, que hemos colocado en el elemento fiduciario o confianza recíproca y mutua entre las partes y básicamente en la confianza del representado hacia el representante, constituye un criterio de primer orden para integrar el contenido de derechos y deberes de esta relación. Esta integración puede, además, llevarse a cabo teniendo a la vista las normas concretas que nuestro Código Civil dedica al contrato de mandato.

Sobre estas bases, el esquema de los deberes y obligaciones del representante hacia el representado se puede configurar del siguiente modo:

a) Existe en primer lugar un deber de fidelidad que es el deber básico de todo gestor de asuntos ajenos. La relación representativa aparece envuelta en el recíproco deber de fidelidad entre las partes. Aunque falte en nuestro Código Civil un precepto que haga expresa referencia a dicho deber, no cabe duda de que se trata en todo caso de algo que viene impuesto por el juego del principio general de buena fe. Fidelidad implica de modo general la necesidad de comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza

depositada. La confianza impone que la tutela o el cuidado del interés gestionado adquiera preferencia incluso sobre los propios intereses del gestor.

b) En segundo lugar existe el deber de llevar a cabo la gestión encomendada, arreglando o desarrollando la actividad de gestión de acuerdo con unas determinadas directrices emanadas de las instrucciones del principal y, subsidiariamente, de los criterios generales de la diligencia y los usos de los negocios (arts. 2574 a 2576 del Código Civil).

c) En tercer lugar, existen deberes de comunicación y consulta hacia el mandante, ya que el mandatario debe ejecutar el encargo con sujeción a las instrucciones recibidas por el mandante (art. 2562 del Código Civil).

En la ejecución del mandato, si el mandatario no recibió instrucciones concretas o no recibió facultades amplias para actuar a su arbitrio, debe consultar al mandante cuando así lo permita la naturaleza del negocio (art. 2563 del Código Civil).

1.- TEORIAS DE LA REPRESENTACION

a) Teoría Negativa de Dugùit

Para este autor la representación debe rechazarse porque es el producto del espíritu y no contiene nada de real: es la consecuencia de un análisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico.

b) Teoría de la Ficción

Es la sustentada por los clásicos: Pothier, Laurent, Planiol y Geny, entre otros.

El que actúa en realidad es el representante, pero el legislador finge que quien ejecuta los actos es el representado. Por ello surten efectos en el ámbito de sus derechos e intereses. Geny sostiene que cada uno no está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecutan personalmente... Ha parecido que convenía reconocer directamente mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer, en la persona de un tercero los derechos creados por la voluntad de un contratante que se convierte así en extraño a sus propios actos.

La teoría de la ficción es actualmente muy criticada, acerca de ella Demogue dice que cuadra con el caso de representación legal o judicial en la que el representado, carece de voluntad eficaz.

c) Teoría del Nuncio

Su promotor es Savigny, y sostiene que el representante es un simple enviado, mensajero o nuncio del representado; es sólo el portavoz de su voluntad; es quien contrata en realidad y no el representante, puesto que no declara su propia voluntad sino la voluntad de otro, y es por ello que las consecuencias del acto repercuten en la esfera económica-jurídica de éste.

La teoría del nuncio actualmente no es defendida por los autores, ya que es impotente para explicar todos los casos de representación y conduce a consecuencias injustas; no explica la representación legal ni la representación de protección; llevando a no tener en cuenta para las condiciones de capacidad y para vicios del consentimiento sino la persona del representado.

d) Teoría de la Cooperación

Esta teoría es la de Mitteis y según la cual, tanto el representado como el representante colaboran en la formación del negocio, deben determinar su validez y contenido según las dos voluntades: la del representante y la del representado, en la parte en la que cada una efectivamente influye en la formación del negocio.

Popesco-Romniceano critica la teoría de Mitteis porque produce complicaciones sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no hacen sino hacer obtuso el problema; criterio con el que estamos de acuerdo puesto que, en la regulación de la representación debe ser clara y simple, no complicada y oscura.

e) Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad del Representado por la del Representante.

A esta teoría pertenece la doctrina de Pilon, cuando hace notar que: La representación se analiza en la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa directa y realmente en la formación del contrato que producirá sus efectos en el patrimonio del representado.

Para Levy-Ullmann la representación es la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto ejecutado por una persona (llamada el representante) por

cuenta de otra, (llamada el representado) se producen directa e inmediatamente en la persona del representado. El efecto normal de todo acto jurídico es no ligar sino a las partes contratantes: la modalidad representación tiene precisamente por fin modificar ese efecto: las consecuencias del acto se producirán en la persona de un tercero, el representado.

Para Jhering en el fondo, el principio de la representación no es otra cosa que, la separación de la causa y del efecto del acto; la causa: la acción concierne a la persona del representante; el efecto: el derecho, concierne al representado.

Borja Soriano concluye de las teorías que se han expuesto lo siguiente: "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 nuestro Código Civil de 1884 y 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 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 la representación, aceptando esa teoría como la acepta Geny.

F) Opinión de la autora

Parece evidente que las distintas doctrinas no solucionan cabalmente el problema planteado. Sin embargo, tenemos que reconocer que de alguna manera la teoría de la ficción nos ayuda a establecer, sin tantos problemas, que la relación representativa se establece en virtud de que el derecho reconoce que por utilidad práctica los incapaces, y aún los que no lo son, deben suplir por alguna circunstancia su voluntad con la de otra persona.

Y es que aquí también donde debemos reconocer que la justificación al instituto de la representación tiene que separar el ámbito de la representación voluntaria del ámbito de la representación legal, ya que son esencialmente distintas, no sólo en cuanto a la causa que las motiva, sino en cuanto al problema jurídico de su justificación.

En nuestro concepto aunque ambas instituciones pertenecen al mismo género, la causa que las motiva y la necesidad jurídica que vienen a satisfacer son radicalmente distintas.

La representación voluntaria se justifica por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que fundamentalmente lo que exige en este tipo de relación representativa es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre

actos jurídicos. Como la representación voluntaria supone la capacidad plena del representado, debe respetarse esa voluntad autónoma o soberana. El representado se obliga porque así lo ha querido previamente, autorizando por adelantado los actos que haga su representante.

En la representación legal existe una relación jurídica muy diversa, en donde existen varias circunstancias que imponen la necesidad de la representación.

En primer lugar, el punto de partida de esta figura supone una incapacidad de ejercicio (en los menores, enajenados, etc.) o una imposibilidad material de actuar jurídicamente (en el ausente).

En segundo lugar, es indudable que hay una necesidad jurídica ineludible de que los derechos del incapacitado o del imposibilitado para actuar se hagan valer, porque de lo contrario la incapacidad de ejercicio, como dice Rojina Villegas, se transformaría en incapacidad de goce, cosa que en nuestro derecho llevaría como consecuencia la privación de la personalidad.

Los dos supuestos anteriores desembocan en el hecho de que el orden positivo autorice y reglamente la representación en estos supuestos. No hacerlo, como ya lo hemos explicado, sería impedir el ejercicio de los derechos del representado, porque no habría otra forma de permitir al incapaz o al imposibilitado actuar válidamente.

2.- EL APODERAMIENTO

La representación voluntaria se explica en torno al principio de la autonomía de la voluntad.

Es el poder de representación un acto jurídico unilateral que deriva toda su fuerza de la sola voluntad del poderdante y que para la consecución de los efectos que le son característicos no necesitan la aceptación por parte del apoderado.

La teoría del acto unilateral se ajusta a la naturaleza jurídica del apoderamiento. Al conceder el poderdante al apoderado la facultad de disponer sobre la esfera jurídica del primero y a nombre de él, ejecuta un acto que afecta únicamente al interés del principal. El poder no toca en lo más mínimo la esfera del apoderado como tal; no deriva éste de aquel ni obligaciones ni derechos, sino solamente la aptitud jurídica necesaria para hacer nacer, por medio de sus actos, derechos u obligaciones a favor o en contra de otra persona. Falta, por tanto, una razón intrínseca para hacer depender al nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado, que de requerirse estaríamos entonces en la relación del mandato.

El apoderamiento puede ser definido como el acto jurídico por virtud del cual una persona (dominus negotii o principal) concede u otorga voluntariamente a otra un poder de representación.

Como el apoderamiento es un acto jurídico unilateral, surge la cuestión de establecer si es o no un negocio recepticio, esto es, que no basta con que la declaración de voluntad sea emitida por el declarante, sino que es menester que éste se desprenda de ella, de manera que sea recibida o, por lo menos, que se haga lo posible para que pueda ser recibida por otra u otras personas.

En materia de apoderamiento hay que llegar a la conclusión de que el carácter recepticio no es condición de la existencia del negocio, sino condición de la eficacia. El apoderamiento existe desde que el poderdante emite su declaración de voluntad y puede, por consiguiente, ser eficaz, con tal de que llegue a ser conocido.

En cuanto al destinatario de la declaración de voluntad del apoderamiento, tenemos que decir que el destinatario natural de la declaración de apoderamiento es el propio apoderado y que notificada, comunicada o conocida por el apoderado, la declaración de voluntad de apoderamiento es plenamente eficaz.

Los sujetos del acto de apoderamiento son el poderdante (dominus negotii o principal) y el apoderado.

En el acto de apoderamiento pueden ser varias las personas de los poderdantes o varias las personas de los apoderados:

a) Si son varios los poderdantes, el poder de representación sólo surge cuando todos los interesados celebran el negocio jurídico de apoderamiento. Las declaraciones de voluntad de cada uno de los poderdantes pueden aparecer aisladamente, pero todas ellas forman siempre un negocio jurídico unitario.

b) Si son varios los apoderados, el ejercicio del poder de representación puede realizarlo cada uno de ellos separadamente, todos conjuntamente, o bien en determinado número. En el primer caso, cada uno de los apoderados puede usar el poder de representación concedido. Se habla en este sentido de un "apoderamiento solidario". La idea de solidaridad, probablemente inexacta traída al campo de las obligaciones, es empleada para indicar que el poder de representación es concedido totalmente a cada uno de los apoderados, de tal manera que cada uno de ellos pueda ejercitarlo individual y separadamente. En el segundo caso, los apoderados deben actuar conjuntamente; se habla por similitud con la idea de un apoderamiento mancomunado.

A) PODER GENERAL

El artículo 2554 del Código Civil establece las facultades que comprenden los poderes generales en nuestro derecho.

"Art. 2554.- En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales para ejercer actos de dominio bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar en los tres casos antes mencionados las facultades de los apoderados se consignarán las limitaciones o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen."

La disposición antes citada es producto del movimiento tendiente a la unificación de facultades que se dio en el año de 1953, para una mejor

observancia y cumplimiento de los poderes que se hubieran otorgado en cualquier país del continente, con lo que se establece un cambio hacia una enunciación y no enumeración de facultades, por lo que se logró una generalidad en la actuación del representante y así no se obstaculiza su proceder, tan comúnmente experimentado en la práctica.

Las facultades "generales" a que alude el Código Civil se reducen a tres: Pleitos y Cobranzas, Administración y Dominio.

B) PODER ESPECIAL

El artículo 2553 nos da una pauta para definir a los poderes especiales.

"Art. 2553.- El mandato puede ser general o especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554. Cualquiera otro mandato tendrá el carácter especial".

Queda claro cómo para nuestra ley existen sólo dos tipos de poderes: el general y el especial.

C).- PODER LIMITADO

Es común encontrar en la práctica notarial la denominación a este tipo de poderes conferidos conforme a las facultades del artículo 2554, es decir facultades generales, pero limitado a cierto negocio.

La distinción entre poderes limitados y poderes especiales resulta conveniente para distinguir nítidamente las facultades que corresponden a cada tipo de poder, ya que mientras en el primero se otorgan facultades generales para un negocio en específico, de lo cual resulta que el apoderado podrá realizar uno o más actos jurídicos, dentro de la amplia gama de facultades conferidas, relativos a un bien o negocio, en el segundo no sólo se limita el objeto sobre el que versaran las facultades, sino que éstas deben estar específicamente limitadas (enumeradas) para un mejor desempeño del mandato y para un mejor control sobre los actos del mandatario. Así, dependiendo del tipo de poder, el tercero o terceros con los que el mandatario tenga relación podrán tener conocimiento sobre los actos jurídicos que los representantes puedan realizar con ellos.

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO CONSIGO MISMO

1.- SUPUESTO

Se define al contrato del representante consigo mismo como "el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa a la vez como parte directa y como representante de la otra, o como representante de ambas partes". (19)

Esta figura, refiere De Castro, ha debido su origen en definitiva al Derecho Mercantil en las antiguas ciudades italianas y alemanas de activo tráfico mercantil, en las que fue uso de banqueros y comisionistas considerarse autorizados por sus clientes para contratar (comprar, vender, cambiar, etc.), bien en el nombre de dos clientes o bien en el de uno de ellos y consigo mismo, especialmente cuando se trataba de mercancías con precios fijados en un mercado o bolsa. Los juristas añade De Castro, dudaron de la licitud de este tipo de actos, mas parece que a lo largo del tiempo llegó a prevalecer el criterio de su validez.

En nuestro Código Civil, la materia del presente estudio sólo se encuentra regulada, en preceptos aislados de los cuales no es posible extraer un

(19) Alessandri, Alfonso. La Autocontratación, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Chile 1988, Pág. 17

principio general. Por ello, el régimen jurídico de la referida autocontratación constituye en nuestro Derecho Positivo un tema que determina en gran medida una auténtica laguna legal que es preciso integrar con base en los principios generales, los cuales analizaremos.

Para perfilar la figura y plantear claramente los problemas que su construcción tanto teórica como práctica suscita, creemos que se pueden dibujar o esquematizar los siguientes supuestos siguiendo a Díez-Picazo:

1.- Por esencia, la autocontratación exige cuando menos un acto jurídico que sea de naturaleza bilateral. Es evidente que no existiría el contrato consigo mismo cuando el negocio es exclusivamente unilateral.

En los negocios en que hay más de dos partes y en general en los negocios plurilaterales, un supuesto análogo al de la autocontratación se produce cuando son realizados por una misma persona las declaraciones de voluntad de dos o más partes.

2.- El caso típico del autocontrato se da cuando el autor del negocio o del acto jurídico interviene en él con un doble papel, de manera que una de las partes del negocio es él mismo en su propio nombre y derecho y otra de ellas actúa representada por él. Ahora bien, el supuesto se actualizará cuando el autor del acto jurídico interviene por sí solo sustituyendo a cada una de las partes con una diferente representación. Por ejemplo: actúa

como vendedor en representación de A y como comprador en representación de B.

2.- NATURALEZA

Nos limitaremos aquí a hacer el reporte doctrinal que ha tratado de explicar sólo la naturaleza jurídica del contrato consigo mismo, para después analizar la admisibilidad que esta figura ha tenido en la doctrina.

Por lo que se refiere a la cuestión de la naturaleza jurídica de esta figura, dos han sido las posturas que se han emitido para explicar este fenómeno.

ACTO UNILATERAL

En este sentido, la postura propuesta por Demogue, apoyado por Stitchkin y Alessandri, ve en el contrato consigo mismo un acto jurídico unilateral que produce los efectos de un contrato; cree que el contrato consigo mismo no concuerda con la noción clásica de contrato porque no hay concurso de voluntades, sino sólo un querer; ve en él un acto jurídico unilateral cuya validez se admite por su utilidad social.

El acto jurídico que crea, modifica o extingue una obligación, pone en relación diversos patrimonios, pero no es por eso un contrato; para esto último se requiere algo más: lo que la doctrina clásica denomina el concurso de voluntades. El contrato no se caracteriza por sus efectos, que son idénticos a los de los demás actos jurídicos, sino por su función.

Para esta doctrina, el contrato consigo mismo es un acto híbrido, si así pudiera llamársele, que se asemeja al acto unilateral por el hecho de que se refiere una sola voluntad y al contrato por el hecho de que pone dos patrimonios en relación, por lo que la expresión "autocontrato" es un concepto destinado a expresar la idea de que una sola voluntad puede producir los mismos efectos de un contrato.

CONTRATO

La gran mayoría de los tratadistas se encuentran de acuerdo con esta postura, entre ellos tenemos a Eneccerus como su principal exponente, pero también apoyado por Planiol, Giorgi y en la doctrina nacional por Borja Soriano y Rojina Villegas. Según esta postura, en el contrato consigo mismo hay un verdadero consentimiento o acuerdo de voluntades, bastando para llegar a tal conclusión con aplicar las consecuencias mismas a que nos lleva la teoría de la representación en los actos jurídicos.

Consideramos oportuno citar lo que el renombrado autor alemán expresa sobre el particular.

"En la doctrina y en la práctica se discutía mucho la cuestión de si el representante de otro podía concluir negocios consigo mismo o como representante de un tercero (doble representación). En todos estos casos se habla de -contratar consigo mismo- , o de -autocontratación- a pesar de que también puede darse el caso de otorgamiento de negocios jurídicos unilaterales mediante declaración a sí mismo. La esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de semejantes negocios. No se advierte por qué el representante, que admite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos declaraciones de voluntad recíprocas, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona, sino en forma que pueda ser conocida por terceros, por ejemplo ante un juez o un notario. En la mayoría de semejantes negocios los intereses de ambas partes son opuestos y, por consiguiente, el admitir como regla general que el representante está facultado para la autocontratación, no sería conforme ni con los intereses del representado ni con su voluntad presunta (o de la ley). Esta facultad sólo debe suponerse cuando se haya otorgado especialmente o cuando se trate de negocios en que por lo regular no se ha de tener la lesión de la otra parte." (20)

(20) Eneccerus, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Edit. Civitas, Madrid, Pág 348.

OPINION DE LA AUTORA

En el caso del contrato del representante consigo mismo cuando una persona representa a las dos partes contratantes, debemos aceptar como válida la teoría que considera a nuestra figura en estudio como un contrato, ya que no encontramos ni legal ni doctrinalmente la imposibilidad para aceptar la cohesión de que dos voluntades sean emitidas por una misma persona. Nuestro legislador no exige, tratándose de los contratos, la presencia física de dos personas, ni esta presencia en teoría es un postulado de celebración de los contratos. Es indispensable solamente el concurso de dos voluntades y éstas pueden ser expresadas por una persona. En seguida trataremos la justificación o rechazo de la figura en estudio, sólo quiero insistir en que para mí el autocontrato es un verdadero contrato.

3.- ANALISIS (POSIBILIDADES PRACTICAS)

De acuerdo con Romer, el axioma según el cual nadie puede crear derechos y obligaciones para consigo mismo, no es obstáculo para la formación del autocontrato o contrato consigo mismo, ya que ello no sucede en éste último, puesto que el autocontratante afecta dos esferas patrimoniales distintas.

Algunos autores como Rumelin y Hupka, ven en el autocontrato un acto jurídico unilateral, por actuar en él una sola voluntad, y se oponen pues, a la posición de Romer por su explicación contractualista del autocontrato.

La teoría de la declaración unilateral de voluntad, descansa sobre presupuestos distintos a los que se debe atribuir el autocontrato. En aquella fuente de obligaciones, como su nombre lo indica, no se requiere una concurrencia de dos voluntades para que surja el vínculo obligatorio con el agregado de que, por ende, no hay determinación de la persona a quien se hace la declaración.

En la figura del autocontrato, como en la de todos los contratos, observamos que, para su formación se requiere, por un lado la policitud, propuesta u oferta, mediante la cual se proponen a la otra parte, las condiciones del contrato, y por otro la aceptación de esas condiciones, quedando formado el consentimiento, surgiendo así, el vínculo obligatorio.

Enneccerus, a quien ya hemos citado, nos dice que la posibilidad del autocontrato fluye espontáneamente de la combinación de los principios que rigen el contrato, con los que presiden la institución de la representación. En opinión de este mismo autor, el representante puede muy bien simultanear la actuación en nombre propio con la que despliega en nombre ajeno.

De lo anterior se desprende que, no hay inconveniente técnico-jurídico, para que el representante emita a la vez, dos o más voluntades jurídicas, y que

esto es, de acuerdo con Planiol, una prolongación extrema, pero lógica de la idea de la representación.

Consideramos que la celebración de este tipo de actos debe sujetarse a limitaciones impuestas por el derecho positivo tendientes a proteger a los representados de un posible abuso por parte del representante.

Hemos visto, como nuestro Código Civil, y en general, los Códigos de la mayoría de los países, contienen cierto tipo de limitantes a la celebración del autocontrato, lo cual quiere decir, que estas legislaciones aceptan la posibilidad jurídica del mismo, ya que, de no ser así, no tendrían razón para imponer estas limitantes.

En cuanto a la forma del autocontrato, aparte de exigirse la que corresponda al negocio jurídico de que se trate, debe pronunciarse respecto a todos, la necesidad de un acto exterior bastante para ser conocido de terceros.

Es decir, la voluntad debe ser manifestada en tal forma, que no solo deje fuera de duda que existe un serio "animus disponendi", sino que excluya también la posibilidad de una revocación secreta y no susceptible de control de la declaración emitida.

El anterior razonamiento puede apoyarse en el artículo 1797 de nuestro Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, a lo que equivaldría

prácticamente el autocontrato cuya exterioridad pudiera desvanecerse en todo momento por el autocontratante.

En base a lo expuesto hasta aquí, no dudamos en aceptar la posibilidad jurídica del autocontrato, y en considerar a éste como un auténtico contrato, por estimar que en el mismo, se reúnen todos y cada uno de los elementos, tanto de existencia, como de validez de los contratos.

De la exposición que se ha hecho en los apartados anteriores se puede deducir la conclusión de que la autocontratación es válida por lo menos en dos supuestos concretos: cuando existe una manifestación de voluntad del "dominus negotii", en virtud de la cual este último admite la autocontratación y cuando se da total inexistencia de incompatibilidad de intereses entre representante y "dominus negotii" con plena exclusión de la posibilidad o riesgo de abuso o conflicto.

Dos son, por consiguiente, las hipótesis que tenemos que examinar: la voluntad o autorización del "dominus negotii" y la ausencia de conflicto de intereses.

Resulta claro que la autocontratación es válida cuando el representado le presta su asentimiento al representante. Este asentimiento, licencia o voluntad puede ser anterior al acto de autocontratación o posterior a él.

Resulta dudoso determinar si la voluntad del representado constituye una particular forma del poder de representación (poder para autocontratar) si es una modalización del genérico poder de representación del cual forma parte como elemento de su contenido o si es una pura autorización o licencia. A nuestro juicio, la línea más probable es la segunda. No se puede hablar en puridad de un poder para autocontratar, ni tampoco de una autorización que sea constitutiva de un acto jurídico distinto del de apoderamiento. Se trata de un particular contenido que al poder se asigna. La doctrina entiende que la voluntad del "dominus" o autorización para autocontratar debe ser expresa siempre.

Algún sector doctrinal ha entendido que la voluntad del "dominus", que excluye la invalidez de la autocontratación, además de ser expresa, ha de producirse en forma idónea para impedir el eventual conflicto de intereses. Esto significa que la manifestación de la voluntad permisiva de la autocontratación debe ir acompañada de una determinación de aquellos elementos negociables que sean precisos para garantizar la tutela del representado. De acuerdo con esta idea las hipótesis de validez no son dos, sino una (ausencia del conflicto de intereses).

La autorización para autocontratar no sería otra cosa que un caso particular subsumible en la regla general. Por eso se habla de autorización concedida en forma que sea idónea para excluir el conflicto.

En rigor, las cuestiones que aquí están planteadas son dos, si la autorización se expresa, el principal ha asumido el riesgo de que el autocontrato se produzca y, por consiguiente, debe quedar vinculado por lo que haga el representante. Una cuestión distinta es la que está implícita en la exigencia de que el negocio de autocontratación lleve dos elementos negociables no determinados. En principio, el representante debe entenderse facultado para ello y si lo realiza con abuso debe ser responsable del mismo, pues la autorización concedida por el "dominus" no debe ir más allá de lo que es usual y de lo que demanda la tutela de su interés. Piénsese, por ejemplo, en el principal que confiere poder al representante para arrendar un inmueble y le autoriza para contratar consigo mismo y le fija el precio; si el representante al autocontratar respetando los límites del precio, establece un plazo de duración del arrendamiento mayor a lo que se puede considerar como ordinario. La cuestión es si el abuso de representación que en estos casos se comete debe conducir a la anulación del negocio o simplemente a un sistema de responsabilidad del representante frente al "dominus".

A nuestro juicio, la cuestión debe exponerse atendiendo a una justa protección de la situación del "dominus", toda vez que por hipótesis, no hay tercero que haya contratado con el representante y deba quedar inmune frente a un abuso que no conoció ni tuvo por qué conocer. Así, el abuso conduce a la anulación.

En otro supuesto, el autocontrato es válido cuando la voluntad del "dominus" se manifiesta con posterioridad. En tales casos, la hipótesis se asimila plenamente a la ratificación, cuya doctrina le es aplicable. La ratificación puede ser expresa o tácita. Puede entenderse como ratificación tácita un prolongado silencio del "dominus" después de haber conocido el hecho de la autocontratación llevada a cabo.

La segunda de las hipótesis en la cual la doctrina entiende que existe validez de la autocontratación, se produce en aquellos casos en que, aunque no exista al respecto manifestación de voluntad del "dominus", el contrato se articula o estructura de manera que queda excluida totalmente la posibilidad de conflicto de intereses entre representante y representado. A este efecto, se señala que para que haya conflicto de intereses es necesario que los sujetos se encuentren o se puedan encontrar en posiciones de contraste respecto del negocio que se celebra en el sentido de que la tutela del interés del representado no se concilie con la del representante. Si el conflicto de Intereses no existe, la razón de la exclusión de la autocontratación decae.

En este sentido, se ve muy claramente la exclusión de intereses, en los contratos gratuitos como la donación pura y simple. Sin embargo, conviene llamar la atención en este punto, en principio en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el mismo juego de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contraposición los interés de ambas partes. Del

mismo modo, puede existir normalmente contradicción de intereses aún cuando el negocio presuponga declaración de voluntad de las partes que vayan todas en la misma dirección (por ejemplo, contrato de sociedad, etc.). Aunque propiamente no hay sinalagma basta que las posiciones puedan ser distintas (verbigracia, participación en el haber social, etc.) para que el conflicto de intereses pueda surgir.

Podemos afirmar que las anteriores consideraciones no deben ser llevadas a unos términos que sean completamente absolutos. Por ello se dice que si el contrato se articula de forma que quede totalmente excluido el conflicto de intereses, es cuestión que se debe decidir en forma particularizada. De manera general, puede señalarse que el conflicto queda excluido si existe ya un contenido contractual totalmente predeterminado por el representado, de manera que el representante lo único que tiene que hacer es ejecutarlo y elegir la persona con quien se ha de ejecutar en cuyo caso es perfectamente posible que el representante sea la contraparte del representado.

En aquellos casos en que la autocontratación constituya una vulneración a cualquiera de los límites antes estudiados (contenido del poder, autocontrato en el que es claro el conflicto de intereses infringiendo una norma legal, etc.) se puede establecer que naturaleza tendría la sanción que resultara de la invalidez del acto.

A nuestro juicio, la regla de la nulidad absoluta parece rechazable por impedir la eventual posibilidad de ratificación, la cual, si bien no necesariamente sería deseable, sí cerraría la posibilidad de una mejor resolución para el caso de una infracción menor.

Por lo tanto, en nuestra opinión la sanción que procede en este tipo de casos es la nulidad relativa, ya que con sus efectos protegería al representado únicamente, ya que es precisamente eso lo que se busca tutelar, un interés particular, susceptible de ratificación conforme a los artículos 2230 y 2233 del Código Civil.

4.- CODIGO CIVIL VIGENTE

La situación que guarda nuestra figura en estudio en el Código Civil de 1928, no es del todo clara. Si bien no existe una prohibición general para contratar consigo mismo, se encuentran prohibiciones especiales que iremos estudiando específicamente.

En el artículo 569 se prohíbe al tutor adquirir o arrendar, para sí o para parientes, los bienes de sus pupilos. Dice el referido artículo:

"Art. 569. Ni con la licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer

contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciera, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva."

Es claro que este precepto supone un caso de sanción al autocontrato que celebra el tutor para sí o para sus parientes, nada más que aquí lo que hace la ley es imponer un límite al poder del representante legal que en este caso es el tutor.

La figura del autocontrato a la luz de la representación voluntaria se apoyó en base al auténtico problema ya planteado que resulta de determinar los límites de representación otorgada por una persona a otra.

Cuando la ley dispone una prohibición como la anterior, nosotros sostenemos que no hace sino determinar los márgenes de acción del representante. En este caso la ley predetermina el conflicto de intereses y sanciona el acto que en esa tesitura se celebre.

De la misma manera, y apoyados en la opinión de Rojlna Villegas, podemos decir que la ley también establece la prohibición de autocontratar a las personas que ejerzan la patria potestad respecto de sus hijos.

Al efecto, el artículo 440 del Código Civil, dispone que:

"Art. 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso."

De la redacción de este artículo, sin embargo, podríamos afirmar que las personas que ejercen la patria potestad sí podrían celebrar contrato consigo mismo con los incapaces cuando éstos se beneficien con el contrato (vgr. una donación gratuita).

También existe la prohibición especial para que los administradores de bienes ajenos compren los bienes de cuya administración se encuentren encargados. Al respecto los artículos 2280 y 2281 del Código Civil establecen:

"Art. 2280. No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I. Los tutores y curadores.

II Los mandatarios.

III Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado.

IV Los interventores nombrados por el testador o por los herederos.

V Los representantes, administradores o interventores en caso de ausencia.

VI Los empleados públicos."

"Art. 2281. los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido."

A este respecto, conviene hacer notar la afirmación de Sánchez Medal de que la prohibición de que nos ocupamos está en el sentido de que no se compren los bienes de cuya administración se hallen encargados, más no para que los vendan.

Al efecto nosotros afirmamos que la interpretación de Sánchez Medal se da en el terreno de la literalidad, mas no en el de la razón que el legislador tomó para establecer la prohibición. Consideramos que el mismo daño puede representar para el principal, el que sus bienes sean adquiridos por su representante que si son vendidos por ellos. Los efectos son los mismos, ya que si se piensa que en el primer caso el mandatario, abusando de su poder, adquiere los bienes a un precio menor al que se encuentran en el mercado al momento de su venta, causándole un perjuicio al "dominus", de la misma manera puede ocurrir, si el autocontratante vende a su

representado un bien de ínfima calidad por el precio corriente o de mercado. El interés del representado, en todo caso, se ve igualmente afectado.

No parece en este sentido coherente el comentario de Rojina Villegas al respecto: "Este artículo general que prohíbe a los representantes legales o voluntarios adquirir los bienes de sus representados, ha dado lugar a una discusión en el derecho francés para darle una aplicación por analogía a casos semejantes y no sólo para el contrato de compra-venta, o bien para elevar esta prohibición a norma general en todos los contratos, exceptuando aquellos casos permitidos por la ley de tal manera que existen en el derecho francés dos corrientes: la primera considera que esta prohibición para el contrato de compra-venta debe extenderse a los contratos traslativos de dominio (exceptuando la donación hecha en favor del representado), porque en donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, y si el legislador ha querido proteger al representado en el contrato de compra-venta, lo debe también proteger en todo contrato traslativo de dominio. Se supone que si es el representante el que adquiere para sí los bienes del representado, tratará de adquirirlos, en un precio menor al justo, y que debe prohibirse en general todos los contratos traslativos y no sólo en el contrato de compra-venta...Además de esta interpretación existe otra, según la cual el artículo debe aplicarse a todos los casos en que haya conflicto de intereses y no sólo a los contratos traslativos de dominio, sino general a todos aquellos contratos en que el representado pueda ser perjudicado porque se encuentra en conflicto su interés al del representante".

La prohibición que acabamos de estudiar comprende el supuesto de representación voluntaria establecido en el artículo 2280 fracción segunda al hablar de los mandatarios. Aquí, podemos afirmar, si se establece un límite objetivo al alcance de la representación voluntaria que se otorgó al mandatario.

Valga en este sentido el comentario aludido anteriormente.

El artículo 2405 establece otra prohibición específica para el autocontrato tratándose del contrato de arrendamiento. Dicha prohibición, sin embargo, comprende otro caso de representación legal únicamente al disponer que:

"Art. 2405. Se prohíbe a los encargados de los establecimientos públicos y a los funcionarios públicos y empleados públicos, tomar en arrendamiento los bienes que con los expresados caracteres administren."

Para tal prohibición Sánchez Medal agrega que no será objeto de la misma aquel contrato por virtud del cual dichas personas (encargados, funcionarios) den en arrendamiento sus bienes a los establecimientos públicos o dependencias, valiendo para tal afirmación el mismo comentario que hicimos en relación al artículo 2280.

En resumen, la posición del contrato consigo mismo en nuestro Código Civil, parece ambigua al establecer en algunos casos de representación legal

principalmente y en otro de representación voluntaria, prohibiciones aisladas que si bien resuelven lo que ocurriría en una determinada hipótesis, dejan otras muchas al descubierto, con lo que podemos validamente hablar de que en nuestro Código Civil existe una laguna legal en este sentido, ya que los dispositivos estudiados, no resuelven a cabalidad el problema y el principio axiomático de Derecho Privado que reza que "lo que no está prohibido está permitido", no resulta lo más afortunado para aplicar en este caso, ya que como he expuesto anteriormente, el principal problema que resulta de la articulación del autocontrato es el latente conflicto de intereses que se presentan en casi todos los casos. Al no haber norma que prohíba el autocontrato en general, deberíamos admitir que es válida la celebración del mismo. solución que de manera genérica no es lo suficientemente eficaz ya que la falta de previsión, de conocimiento, y aún de un dispositivo legal, que de manera clara nos oriente para saber en qué casos un representante puede celebrar de forma válida y eficaz un contrato representando a otra persona y por su propio derecho, puede llevar a la ausencia de un criterio válido en la resolución de los conflictos que con arreglo a este problema se suscitaren.

5.- PROYECTO PARA REGULAR EL CONTRATO CONSIGO MISMO

No soy partidaria de aplicar en esta materia el axioma de que lo que "no está prohibido está permitido". La razón es muy sencilla. Si bien es cierto

que el Principio de la Autonomía de la Voluntad es la base sobre la que se cimentó la estructura de nuestro Código Civil, también lo es que en determinados supuestos, la ley prevé parámetros sobre los cuales dicho principio debe tomar forma y expandirse siempre dentro de los límites de dichos límites.

Sin entrar en la discusión de si las materias en las que ocurre lo anterior, son realmente aquellas que deben tener un tratamiento privilegiado o no (vgr. el arrendamiento de casa habitación), propongo, que por virtud de la compleja problemática tanto conceptual como práctica que se ha expuesto a lo largo de este trabajo, exista una norma genérica que permita establecer en qué casos es lícito y eficaz que el representante celebre un contrato consigo mismo, de manera que así, los fedatarios, jueces, y en general los particulares, tengan la certidumbre necesaria para poder articular debidamente estos contratos, y por lo tanto darle celeridad y dinamismo al tráfico jurídico que se presenta en la vida diaria.

En este orden de ideas, propongo que en el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo Primero del Código Civil en materia de representación, se adicione un artículo marcado con el numeral 1802 bis, que establezca:

(Art. 1802 bis. Es válido el contrato que el representante celebre consigo mismo, ya sea en su propio nombre o como representante de otra persona, siempre y cuando el representado lo hubiera autorizado expresamente, o

que el contrato sea concedido de forma tal que excluya toda posibilidad de un conflicto de intereses.

Si el representado autoriza el contrato del representante consigo mismo, dicha autorización debe constar de manera fehaciente.)

En el dispositivo propuesto se permite la figura del autocontrato siempre y cuando se presenten los requisitos de validez, que en el ámbito doctrinal, analizamos como necesarios para articular la figura de manera eficaz.

Asimismo, creo oportuno establecer como requisito de la autorización que el representado otorgue al representante, para que este último pueda celebrar un autocontrato, que la misma deba constar de manera fehaciente, de modo tal que no llegue a surgir duda sobre dicha autorización.

De esta manera se deberá prever en el poder de representación que al efecto se otorgue esta posibilidad, la cual ha de conferirse como una facultad más.

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

1.- En el Derecho Romano el autocontrato es prácticamente inexistente y sólo de forma excepcional se admitía la representación directa.

2.- Las diversas legislaciones de los países europeos contienen limitaciones al contrato consigo mismo, aceptándose su posibilidad jurídica, sino de forma expresa en todos los casos, sí jurídicamente, ya que de otra manera no habría razón para imponer limitaciones.

3.- Se define al contrato del representante consigo mismo como el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa a la vez como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes.

4.- Es la sustitución la figura que permite que una persona ocupe el lugar de otra en la formación de un acto jurídico, aportando una manifestación de voluntad propia, pero cuyos efectos se producen en la esfera jurídica del sustituido.

5.- La representación se encuentra dentro del género de la sustitución, sin embargo en sentido estricto es aquella por la que el representado faculta al representante para actuar por medio de actos jurídicos en su nombre y en virtud de una manifestación de voluntad o de un poder.

6.- La representación puede ser voluntaria o legal, según provenga de la voluntad del representado o de la ley.

7.- La naturaleza jurídica que le corresponde al contrato consigo mismo es la de un auténtico contrato, pues en él se encuentran todos sus elementos de existencia y validez.

8.- No existe inconveniente técnico-jurídico para que una persona exprese dos o más voluntades y forme el consentimiento, pues aunque se trata de

una sola voluntad psicológicamente, quien la emite lo hace con dos caracteres, ya sea por propio derecho o en representación de otro.

9.- Para ser válido el contrato consigo mismo requiere que se representen cualesquiera de los dos requisitos siguientes: que el representante otorgue su consentimiento para que el representante contrate consigo mismo o que el contrato se forme de manera que se excluya un conflicto de intereses.

10.- La sanción por falta de alguno de los elementos de validez del contrato consigo mismo debe ser la nulidad relativa.

11.- Nuestro Código Civil no contiene ninguna disposición general acerca del contrato consigo mismo, por lo que como medio para mejorar las deficiencias que en el presente trabajo se han señalado, se propone agregar un artículo al Código Civil en su Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo Primero:

Artículo 1802 Bis.- El contrato que celebre consigo mismo será válido, ya sea hecho en su propio nombre o como representante de otro, cuando el representado lo autorice expresamente o cuando el contrato sea formado de tal manera que se excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, Alfonso. La Autocontatación, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Chile 1988.

BARRERA GRAF, Jorge. La representación Voluntaria en Derecho Privado. UNAM. Instituto de Derecho Comparado México 1987.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, 3a edición, México, 1990.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Porrúa, México, 1994, 10a edición.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo VI, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Temas de Derecho Civil. Editorial Rivadeneyra, Madrid, 1980, s.e.

DIEZ-PICAZO, Luis. La Representación en el Derecho Privado. Civitas, Madrid, 1988, 1a edición.

ENECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II Obligaciones. Editorial Civitas, Madrid, s.e.

FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Representación, Poder y Mandato. Porrúa, México, 1994, 5a edición.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 4a edición, Editorias Cajica, Puebla 1993.

HUPKA, Joseph. La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1980, s.e.

LOZANO NORIEGA, Francisco. Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México 1992.

MASNATTA, Héctor. El Contrato Consigo Mismo en las Segundas jornadas de Derecho Civil. Jurisprudencia Argentina. Año XXVIII. Número 2403. p.p. 1 a 5. Buenos Aires, Argentina 29 de noviembre de 1965.

MAZEAD, Hery Jean y León. Lecciones de Derecho Civil, segunda parte volumen I.

NEGRI PISANO, Luis Esteban. La Representación Voluntaria. El Poder y el Mandato. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, 1a edición.

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México 1990.

PINA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. 1a edición. Editorial Porrúa, México 1989.

RODRIGUEZ R., Joaquín. Derecho Mercantil, 17a edición, México, Porrúa tomo II 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III Obligaciones . Porrúa, México 1992, 5a edición.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. Porrúa, México 1993.

TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano. 9a edición. Editorial Porrúa, México 1993.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1870.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, México, Editorial Porrúa, 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, Castillo Ruíz Editores, 1994.

Ley General de Sociedades Mercantiles de 1994.