

318509

3
29



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
1982-1987

"LAS REPRESENTACIONES VOLUNTARIA Y LEGAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE MANUEL ARREOLA LOZADA

ASESOR DE TESIS:
Lic. Javier Arnaud Viñas

México, D. F.

1992

TESIS CON
BALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Copyright c 1992 por José Manuel Arreola Lozada.

DERECHOS RESERVADOS

Prohibida la reproducción de esta tesis por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

I S B N 980-713-013-4

Impreso en México - Printed in Mexico.

Enero de 1992.

CONTENIDO .

Abreviaturas.....	i
Introducción.....	1

C A P I T U L O I**LA REPRESENTACION, SUS BASES HISTORICAS Y DOGMATICAS.**

1.1	La Representación y su Evolución Histórica.....	5
1.1.1	La Regla General de la Eficacia Indirecta - de la Gestión Representativa Romana.....	8
1.1.2	Las Excepciones a la Regla de la Eficacia Indirecta de la Gestión Representativa -- Romana.....	10
1.1.3	La Evolución de la Representación en el -- Derecho Intermedio y Canónico.....	12
1.1.4	La Reelaboración Doctrinal de la Figura de - la Representación en el Siglo XIX.....	14
1.2	Las Bases Dogmáticas de la Doctrina Clásica de la - Representación.....	15
1.2.1	La Incardinación de la Representación en la la Teoría General del Negocio Jurídico....	16
1.2.2	La Actuación en Nombre Ajeno como Elemento del Fenómeno Representativo.....	17
1.2.3	El Dogma de la Irrelevancia del Interés -- Gestionado por el Representante.....	19
1.2.4	La Distinción entre Mandato y Poder.....	19
1.3	La Revisión Moderna de las Bases Dogmáticas de la - Representación.....	21
1.4	Consideraciones Preliminares al Concepto de Repre-- sentación.....	26
1.4.1	La Representación Indirecta y la Teoría -- de la Representación.....	27

1.4.2	La Representación Legal y la Teoría de la - Representación.....	32
1.4.3	El Interés Gestionado por el Representante y la Teoría de la Representación.....	34
1.4.4	La Distinción entre Representante, Nuncio y la Teoría de la Representación.....	36

C A P I T U L O I I

LA REPRESENTACION.

2.1	Concepto y Fines de la Representación.....	42
2.2	Importancia de la Representación.....	44
2.3	Ambito o Delimitación de la Representación.....	46
2.4	Fuentes de la Representación.....	47
2.5	Naturaleza Jurídica de la Representación.....	49
2.6	Teorías de la Representación.....	52
2.6.1	Teoría Negativa.....	53
2.6.2	Teoría de la Ficción.....	53
2.6.3	Teoría del Nuncio.....	57
2.6.4	Teoría de la Cooperación.....	58
2.6.5	Teoría de la Sustitución Real de la Per- sonalidad del Representado por la del --- Representante o Teoría de la Modalidad....	59
2.7	Clases de Representación.....	63
2.8	Representación Voluntaria.....	66
2.8.1	Poder.....	66
2.8.2	Representación Directa.....	71
2.8.3	Representación Indirecta.....	76
2.9	Representación Legal.....	78
2.10	Requisitos de la Representación.....	80
2.11	Efectos Jurídicos de la Representación.....	82

C A P I T U L O I I I

LA REPRESENTACION LEGAL.

3.1	Concepto de la Representación Legal.....	89
3.1.1	Características de la Representación Legal.	93
3.2	Naturaleza Jurídica de la Representación Legal.....	96
3.3	Supuestos de la Representación Legal.....	98
3.3.1	Patria Potestad.....	102
3.3.2	Tutela y Curatela.....	111
3.3.3	Albaceazgo.....	125
3.3.4	Ausencia.....	138
3.3.5	Copropiedad y Condominio.....	148
3.3.6	Concurso y Quiebra.....	158
3.3.7	Del Ejido.....	176
3.3.8	Ministerio Público.....	184
3.3.9	De las Personas Morales.....	189
3.3.10	Del Estado.....	196
3.3.11	Del Sistema Bancario Mexicano.....	198
3.3.12	De Otras Personas Morales.....	200

C A P I T U L O I V

EL PODER.

4.1	Significación Jurídica del Poder de Representación.	203
4.2	Capacidad para Otorgar el Poder.....	210
4.3	Fundamento y Causa del Negocio de Apoderamiento...	217
4.4	Los Sujetos del Negocio de Apoderamiento.....	221
4.5	El Apoderamiento Tácito o Derivado de Hechos --- Concluyentes.....	222
4.6	Los Actos de Riguroso Dominio y la Exigencia de - Apoderamiento Expreso.....	230

4.7	Facultades Derivadas del Poder.....	232
4.8	Criterios Hermenéuticos del Poder de Representación.....	234
4.9	Clasificación y Amplitud del Poder.....	237
4.10	Extensión o Límites del Poder.....	241
4.11	Extralimitación del Poder.....	244
4.12	Sustitución y Subapoderamiento del Poder.....	245
4.13	Extinción del Poder.....	253
4.14	Revocación del Poder.....	255
4.15	Irrevocabilidad del Poder.....	262
4.16	Poder o Procura.....	266
4.17	Poder o Procura Mercantil.....	272
4.18	Poder Cambiario o Endoso en Procuración.....	275
4.19	Poder Otorgado a un Profesional.....	280
4.20	El Apoderamiento en Blanco o Carta Poder.....	283

C A P I T U L O V

EL MANDATO.

5.1	Concepto y Características del Mandato.....	288
5.2	Clasificación del Mandato.....	291
	5.2.1 Elementos de Existencia.....	293
	5.2.2 Elementos de Validez.....	298
5.3	Obligaciones del Mandante.....	305
5.4	Obligaciones del Mandatario.....	307
5.5	Obligaciones del Mandatario Judicial.....	313

5.6	Clases de Mandato.....	317
5.6.1	General y Especial.....	318
5.6.2	General para Pleitos y Cobranzas.....	330
5.6.3	General para Pleitos y Cobranzas y Actos -- de Administración.....	330
5.6.4	General Para Pleitos y Cobranzas, Actos de -- Administración y Actos de Dominio.....	331
5.6.5	Civil y Mercantil.....	331
5.6.6	Oneroso y Gratuito.....	332
5.6.7	Representativo y No Representativo.....	333
5.6.8	Revocable e Irrevocable.....	338
5.6.9	Judicial.....	342
5.7	Distinción entre Mandato y Representación.....	344
5.8	Distinción entre Mandato y Poder.....	346
5.9	Distinción entre Mandato y Prestación de Servicios Profesionales.....	349
5.10	Distinción entre Mandato y Comisión Mercantil.....	350

C A P I T U L O VI.

LA REPRESENTACION Y NEGOCIOS O ACTOS AFINES.

6.1	Representación, Personalidad y Capacidad.....	359
6.2	Representación, Autorización y Legitimación.....	373
6.3	Representación y Asistencia.....	382
6.4	Representación y Procura.....	383
6.5	Representación y Mediación.....	383
6.6	Representación Indirecta y Negocio Fiduciario.....	385
6.7	Representación Indirecta y Negocio Simulado.....	388
6.8	Representación Indirecta y Negocio en Fraude a -- la Ley.....	390

6.9	Ratificación y Confirmación.....	393
6.10	Ratificación y <i>Negotiorum Gestio</i>	401
6.11	La Factoría.....	404
6.12	Contrato Consigo Mismo.....	424
6.13	Otras Formas de Representación Otorgadas a Profesionales.....	432
	Conclusiones.....	434
	Bibliografía.....	449
	Legislación.....	456

ABREVIATURAS.

C.	CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
C.C.	CODIGO CIVIL.
C.C.a.	CODIGO CIVIL anterior.
C.C.v.	CODIGO CIVIL vigente.
C.P.C.	CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
C.P.	CODIGO PENAL.
C.P.P.	CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
C. de C.	CODIGO DE COMERCIO.
L.G.S.M.	LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.
L.G.T.O.C.	LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.
L. de Q.	LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.
L. A.	LEY DE AMPARO.
L.F.T.	LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
L.F.R.A.	LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.
art.	artículo.
arts.	artículos.
etc.	etcétera.
frac.	fracción.
fracs.	fracciones.
v.gr.	verbi gratia (por ejemplo).

I N T R O D U C C I O N .

Este trabajo trata de integrar en seis capítulos las bases sustanciales de la Representación, siguiendo un método inductivo-deductivo e implícitamente el analítico.

La pretensión del presente estudio es proporcionar un panorama acerca de la figura de la Representación, no obstante la escasa doctrina y la prolifera y dispersa legislación sobre la misma.

Es un modelo de técnica jurídica atrayente, sistematizada, sin perderse en enfadosas disgregaciones; es un plan lógico en el que se hacen desfilar, bajo el haz de luz de una crítica llena de espíritu científico, las diversas cuestiones que plantea el instituto jurídico de la Representación.

El enfoque didáctico adopta un método de presentación de los capítulos necesariamente prácticos y que privilegia tanto a las fuentes positivas como a las reflexiones teóricas que tanta falta hacen conciliar.

El fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática jurídica del Derecho Privado moderno con el nombre de Representación, y cuyo estudio suele ocupar un lugar en la parte general de los tratados y de los manuales de Derecho, es una figura difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo los requisitos de ser satisfactoria y de estar exenta de críticas así como de un uso anárquico y ambiguo, una escasa doctrina que se suma a las dificultades de estudio, la argumentación equivocada y sinonimia en el uso de la Representación, del poder, el mandato y otras figuras análogas, pero que conservan cada una de estas su autonomía jurídica son, entre otras, las razones que motivaron la elección del tema y la realización de este análisis.

En efecto, el Capítulo Primero resulta ser un pasaje histórico dogmático, en donde se ofrece una evolución histórica de la Representación al amparo del espíritu creativo romanista, sin embargo, en esta ocasión y con esta figura se ve muy limitado. Más adelante, la forma en como es adoptada esta

figura en el seno del Derecho Canónico y su desarrollo, continuando con la reelaboración doctrinal, la revisión moderna de las bases dogmáticas, para concluir con las indispensables consideraciones preliminares a la Representación.

En el Capítulo Segundo se realiza un esquema teórico donde se profundiza en problemas como son: concepto, importancia, ámbito, fuentes y naturaleza jurídica de la Representación, cuestiones que se dificultan arduamente, pues se trata de integrar el verdadero objeto de estudio específico de la Representación, coadyuvando para ello en el análisis de las diferentes teorías hasta alcanzar la convergencia entre la Representación Legal, la Representación Voluntaria directa -poder- y la Representación Voluntaria indirecta -mandato-, realizando así un preámbulo para el desarrollo de cada una de estas figuras, respectivamente, en los siguientes capítulos.

Los Capítulos Tercero, Cuarto y Quinto son abordados desde una perspectiva no formalista. Cada tema así analizado hace emerger la norma jurídica concreta de aplicación a cada uno de los casos aquí tratados. Se visualiza la regulación específica y práctica de cada una de las figuras y sus diferencias, única forma de darle el sentido teleológico a estas complejas instituciones jurídicas utilizando los métodos antes mencionados como única manera de formar e informar en temas que están en la problemática jurídica y que no pueden ser vistos a la luz de estudios exegéticos puros.

Específicamente, en el Capítulo Tercero se pretende explicar las causas que dan origen al supuesto de la Representación Legal, así como su distinción entre lo que es Representación Voluntaria y Representación Legal; de la obligatoriedad de ésta por ingerencia directa de la ley es cuando el Derecho promueve la protección de una persona que no puede actuar por sí misma o un patrimonio que necesita de una defensa actual o a través del representante legal.

En cuanto al Capítulo relativo al Poder, se estudia el mecanismo del apoderamiento como función, como derecho subjetivo o derecho potestativo, principio jurídico regido por la autonomía privada o autonomía de la voluntad y su razón de ser en las relaciones jurídicas que existen entre el poderdante y el apoderado.

La cuestión radica en dilucidar si el apoderamiento puede ser o no ser rigurosamente definido como un negocio abstracto, es decir, como un negocio que funciona eficazmente desligado de modo total de su causa y con independencia de las vicisitudes de ésta.

La regulación del concepto de Mandato, su clasificación, sus clases, entendido como una forma voluntaria de Representación, los elementos de existencia y de validez de dicho contrato, así como las obligaciones del mandante y mandatario son el contenido del Capítulo Quinto.

Por último, se tratan los conceptos de la personalidad jurídica, sus atribuciones, las capacidades de goce y de ejercicio, continuando con la distinción de figuras afines a la Representación.

El problema inicial en el desarrollo del presente trabajo fue definir en forma paulatina pero segura y definitiva las semejanzas o confusiones y disimilitudes entre las figuras de la Representación, Poder y Mandato, así como las que trato en el Capítulo Sexto. A este problema se sumó lo escaso de la doctrina, que nunca se encontró compendiada en una obra, ya que la información se encontró dispersa. Se necesitó realizar una lectura pormenorizada, un cotejo constante del acervo bibliográfico, jurídico, tanto en doctrina, legislación y jurisprudencia; es por ello que me permito sugerir el estudio y la investigación constante de la ley, la doctrina y jurisprudencia como síntesis del conocimiento jurídico, ya que el aprendizaje real y verdadero del Derecho se funda en el trabajo diario y permanente.

Finalmente, quiero decir que se encontrarán en este trabajo solamente los puntos esenciales de la Representación, para llenar este vacío he seleccionado una extensa bibliografía que sirvió de infraestructura para la realización del mismo y que amplía el horizonte de estos capítulos.

C A P I T U L O I

LA REPRESENTACION, SUS BASES HISTORICAS Y DOGMATICAS.

- 1.1 La Representación y su Evolución Histórica.
 - 1.1.1 La Regla General de la Eficacia Indirecta de la Gestión Representativa Romana.
 - 1.1.2 Las Excepciones a la Regla de la Eficacia Indirecta de la Gestión Representativa Romana.
 - 1.1.3 La Evolución de la Representación en el Derecho Intermedio y Canónico.
 - 1.1.4 La Reelaboración Doctrinal de la Figura de la Representación en el Siglo XIX.

- 1.2 Las Bases Dogmáticas de la Doctrina Clásica de la Representación.
 - 1.2.1 La Incardinación de la Representación en la Teoría General del Negocio Jurídico.
 - 1.2.2 La Actuación en Nombre Ajeno como Elemento del Fenómeno Representativo.
 - 1.2.3 El Dogma de la Irrelevancia del Interés Gestionado por el Representante.
 - 1.2.4 La Distinción entre Mandato y Poder.

- 1.3 La Revisión Moderna de las Bases Dogmáticas de la Representación.

- 1.4 Consideraciones Preliminares al Concepto de Representación.
 - 1.4.1 La Representación Indirecta y la Teoría de la Representación.
 - 1.4.2 La Representación Legal y la Teoría de la Representación.
 - 1.4.3 El Interés Gestionado por el Representante y la Teoría de la Representación.
 - 1.4.4 La Distinción entre Representante, Nuncio y la Teoría de la Representación.

C A P I T U L O I

LA REPRESENTACION, SUS BASES HISTORICAS Y DOGMATICAS.

1.1 La Representación y su Evolución Histórica.

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

La representación es el resultado de una serie de factores históricos que son las soluciones a los problemas prácticos que se han ido dando en cada una de las fases sucesivas de la cultura occidental y europea. Hay unas soluciones romanas, una serie de soluciones medievales que fueron adoptadas por los canonistas y por los cultivadores del Derecho Común y, sobre todo, una serie de soluciones que fueron propuestas en la reelaboración realizada por los juristas alemanes durante el Siglo XIX al servicio de la primera revolución industrial y del desarrollo capitalista de aquella época. Convendrá, aunque sea brevemente, examinar cada uno de estos puntos.

Forma parte del cúmulo de los tópicos de nuestra ciencia la afirmación según la cual el Derecho Romano no conoció la figura de la representación. Esta afirmación, que en línea de principio puede admitirse, si con ella se quiere significar que el Derecho Romano no admitió por regla general un efecto jurídico directo entre el *dominus negotii* y el tercero con quien el gestor había contratado, y viceversa, como consecuencia del negocio del gestor, debe ser puesto en tela de juicio si con ella se quiere decir que el Derecho Romano desconoció los problemas prácticos que se encuentran en la médula del fenómeno representativo, pues lo cierto es que si en el Derecho Romano no se conoció la figura de la representación tal y como nosotros la concebimos hoy, no es menos cierto que se encontra-

ron soluciones jurídicas para cada uno de los problemas prácticos implicados en el fenómeno representativo. (1).

En Roma no podía darse la representación, ya que existía el principio *Memo Alteri Stipulari Potest*. Hay que recordar que el pueblo romano era por esencia materialista y concreto. Las obligaciones eran personalísimas, de tal manera que el deudor respondía con su persona, a diferencia del derecho real que perseguía la cosa. Cuando se caía en la insolvencia, los acreedores encarcelaban al deudor o lo llevaban tras el Río Tíber, lo mataban, descuartizaban y se repartían entre ellos el cuerpo, dándose por pagados de su crédito.

Sin embargo, sí existía la representación indirecta, la figura del mandatario sin representación, fiducia y prestación de servicios. Una persona podía obligarse a la realización de un acto o hecho jurídico por cuenta de otra. En este caso, los efectos jurídicos del contrato sólo repercutían entre el mandante y el mandatario y nunca frente a tercero, quien se obligaba única y exclusivamente con el mandatario. Algunas de las figuras de la representación indirecta eran el mandato, prestación de servicios y fiducia.

A pesar de su importancia, la representación fue desconocida en el Derecho Romano anterior a Justiniano, ya que en general, el Derecho Romano no clásico no admitió que un acto o negocio jurídico celebrado por una persona, el representante, produjera efectos en contra del representado, sino que consideró que el acto realizado por el representante producía efectos en el patrimonio de éste y sólo mediante una transmisión posterior podía tener efectos en el patrimonio del representado.

El problema de la participación o intervención de un tercero en la ejecución de negocios jurídicos se resolvía en Roma, como entre nosotros en la actualidad respecto al negocio fiduciario, obrando el tercero a nombre propio y a efecto de que el acto celebrado por él fuera oponible al principal, tenía que haber una transmisión ulterior entre ellos.

(1) Jorge BARRERA GRAF. La Representación Voluntaria en el Derecho Privado. 1967. Instituto de Derecho Comparado de la U.N.A.M. México, D.F. MEXICO. p. 13.

Ya hemos mencionado que la figura de la representación en el Derecho Romano fue una institución desarrollada con muy poca amplitud. Aun así, debemos distinguir entre representación jurídica directa y la indirecta. En aquélla, el acto jurídico realizado por el representante produce sus consecuencias en el patrimonio del representado; en ésta, el representante realiza actos jurídicos que producen primero sus consecuencias en su propio patrimonio, pero que deberán pasarse al patrimonio del representado mediante un acto posterior.

El Derecho Romano conoció la representación indirecta desde la Epoca Preclásica, baste mencionar como ejemplo la *Gestio Negotiorum* del tutor, cuyas consecuencias se trasladaban hacia el patrimonio del pupilo mediante un traspaso global cuando se rendían las cuentas al término de la tutela. También el mandato romano es una ilustración de la representación indirecta.

En cambio, la representación directa surgió sólo lentamente. En la fase preclásica el formalismo jurídico y los ecos mágicos en el Derecho impidieron esta forma de representación, si un acto creaba la obligación los que no intervenían personalmente en dicho acto no podían convertirse en deudor y acreedor. Pasada esta fase, la psicología jurídica romana todavía se oponía a la representación directa. Se decía que un buen *pater familias* tenía que hacer las cosas por sí mismo o, cuando menos, a través de sus propios esclavos o hijos. Sin embargo, la creciente independencia de los hijos y de ciertos esclavos de alta categoría, en relación con sus peculios, acostumbraron al antiguo romano al fenómeno de que los *pater familias* debían responder, mediante diversas acciones *Actiones Adjectitiae Qualitatis* de los actos jurídicos de cuyos detalles a menudo no sabían mucho. Analicemos la *Actio de Iussu* y la *Actio Dein Rem Verso*, en el primer supuesto la responsabilidad del *pater familias* se limitaba al valor del peculio y, en el segundo, al enriquecimiento obtenido sobre el mismo.

Además de lo anterior, en los procesos el representante de una de las partes (*cognitor; procurator*) realizaba actos que repercutían directamente en el patrimonio del representado, sin eliminar completamente la responsabilidad personal del representante frente a terceros.

Otra raíz de la representación directa era la *Adstipulatio*, fuente de correalidad activa, mediante la cual los acreedores solían introducir a coacreedores en la relación ju-

rídica con el deudor para que éstos ejercieran los derechos del verdadero acreedor en caso de ausencia de éste. Y cuando a fines de la Epoca Clásica en los mercados disminuyó la cantidad disponible de esclavos, empleados libres obligaban con sus actos jurídicos a sus patronos por medo de la *Actio Institoria* y por medio de la *Actio Exercitoria*, dirigida en contra del *pater familias* en relación a las obligaciones contraídas a nombre de él, de alguna manera había nacido la representación directa.

Sin embargo, el *Corpus Iuris Civiles* no nos presenta elementos para una teoría cerrada sobre esta institución, reconocida en forma vacilante. Las concesiones que hace a la representación jurídica consisten, más bien, en acciones para hacer responsable al representado de los actos del representante, que en acciones concedidas directamente al representado contra los terceros, con quienes su representante hubiera celebrado algún contrato. Para este último supuesto, el Derecho Justiniano requirió que el representante cediera su acción expresamente al representado.

Finalmente mencionaremos que el Derecho Justiniano ya contenía el principio de que los terceros de buena fe podían fiarse de las apariencias creadas por los representados. Así, un tercero podía pagar válidamente a un cobrador, que había sido esclavo de su acreedor, aunque entre tanto fuese manumitido sin haber tomado el antiguo dueño la precaución de avisar a sus deudores que este ex-esclavo ya no lo representaba. Esta idea dio lugar, finalmente, a disposiciones como el art. 11 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

1.1.1 La Regla General de la Eficacia Indirecta de la Gestión Representativa Romana.

A pesar de la importancia de estas soluciones a la representación se aplicaron hasta antes de la época clásica y justiniana. En el Derecho Romano, cualquiera que actuaba por otro o para otro, realizaba un acto cuya eficacia se producía solamente en su propio patrimonio y en su esfera jurídica. El acto o negocio jurídico del gestor no producía sus efectos de manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. No los producía en su perjuicio, pero tampoco en su beneficio. Como consecuencia de ello, el tercero que contrataba con el gestor adquiría derechos y contraía obligaciones con dicho gestor que con él contrataba y, paralelamente, éste frente a aquél.

Todo ello se entendía, naturalmente, sin perjuicio de la obligación que el gestor asumía frente a quien le encomendaba la gestión o *dominus negotii* de llevar a cabo una posterior transmisión de los efectos jurídicos obtenidos.

Es claro que las cosas se producían en dos planos diferentes que, además, se encontraban completamente escindidos y entre los cuales no había ninguna interrelación. Por una parte, existía el plano de las relaciones entre el gestor y el tercero que con él contrataba, de las cuales derivaban derechos y obligaciones para las personas que se encontraban con ella. Por otro lado, se encontraba la relación jurídica que existía entre el *dominus negotii* y el gestor, que constituía, por así decirlo, el centro de gravedad de la gestión representativa.

Como quiera que sea, la forma típica de la relación de gestión es el contrato de mandato. Los resultados empíricos de lo que hoy llamamos representación son conseguidos en el Derecho Romano a través de la figura del mandato. Lo que explica que durante siglos la normativa y la doctrina del mandato hayan sido la sedes materia de todos los problemas de la gestión representativa. (2)

La regla en el Derecho Romano fue, por tanto, que los efectos del acto o negocio jurídico sólo se producían entre las personas que celebraban dicho negocio o que realizaban dicho acto. No había nunca un efecto jurídico directo entre el *dominus negotii* y el tercero con el cual el gestor había contratado, sino únicamente un efecto entre el gestor y el tercero. El *dominus negotii* tenía una acción contra el gestor enderezada a obtener que éste le atribuyera o le transfiriera los resultados obtenidos con el negocio. Esta era una acción de naturaleza personal, lo que quiere decir que se dirigía sólo en contra del gestor y no contra el tercero con el que el gestor había celebrado el negocio y, además, que convierte el *dominus negotii* en un acreedor del gestor. (3)

(2) BARRERA GRAF, *ob. cit.* p. 14.

(3) Luis DIEZ-PICAZO. La Representación en el Derecho Privado. 1979. Editorial Civitas, S.A. Madrid, ESPAÑA. p. 26.

1.1.2 Las Excepciones a la Regla de la Eficacia Indirecta de la Gestión Representativa Romana.

La regla de la eficacia jurídica indirecta de la gestión representativa y consiguientemente de la falta de una eficacia directa entre el *dominus* y el tercero no fue, en el Derecho Romano, una regla rígida ni constituyó tampoco un dogma incontrovertible. Por el contrario, según parece, actuó de una manera flexible y permitió que se formularan algunas excepciones, siempre que tales excepciones aparecieran como necesarias.

Las excepciones más notables a la regla de la eficacia indirecta de la gestión representativa son tres: la primera, denominada *Per extra neam, per liberam personam nemo adquiri potest*, que regulaba las adquisiciones de los *servi* y de los *filii*. La segunda excepción, son las llamadas *Actio institoria* y *actio exercitoria*, que regulaba las actividades del *pater familias* cuando se dedicaba al comercio o al *exercitium navis* y, la tercera, denominada *In acquirenda possessione*, que no era más que la representación en la adquisición de la posesión.

En relación a la primera excepción, el *servus* y el *filius* adquieren directamente para el patrimonio del *pater familias*. La idea fundamental que preside esta concepción es que en la familia romana no había más que un único patrimonio y que el titular de éste era el *Pater* (4). Como consecuencia, los *filii* y los *servi* son los órganos representativos del *Pater* y su gestión representativa, como resultado de ello, produce la adquisición de bienes o derechos. Dicho de otra manera, el negocio jurídico adquisitivo celebrado por un *servus* o un *filius* determinaba que los bienes y derechos adquiridos ingresaran inmediatamente en el patrimonio del *Pater*. Por esta razón, la regla romana que limitaba la posibilidad de adquirir por acto de tercero se refiere únicamente a personas extrañas y a personas libres.

En cuanto a la segunda excepción, los actos realizados por el *institor*, esto es, lo que hoy llamamos gerente o factor y los actos del *magister navis*, dentro de la esfera de sus atribuciones, obligaban directamente al *dominus negotii* a responder de las obligaciones asumidas en el comercio por el *institor*, quien recibía mandato a virtud de la *preposizione institoria*; y a la acción de los terceros contra el do-

(4) FERRINI *apud* DIEZ-PICAZO. *ob. cit.* p. 27.

minus negotii se llamaba *actio institoria*; sin embargo, el *dominus negotii* carecía de acción contra los terceros respecto a los derechos adquiridos del *institor* y sólo éste podía demandarlos a no ser que cediera su acción al *dominus negotii*. Al mismo tiempo, el *institor* resultaba obligado pero no como consecuencia de la representación sino en virtud de la equidad que el Derecho Romano dedujo de la relación material existente entre el *dominus* y el contrato celebrado con su voluntad. (5)

Finalmente, la tercera excepción tuvo su aplicación admitiendo que la posesión podía ser adquirida por un tercero. En relación a esta excepción Gayo nos comenta que "*Per eos quos in Potestate habemus adquiritur nobis ... possessio*". (6)

Frente a este planteamiento existen algunos tratadistas como Riccobono quien afirma que existe una fuerte tendencia a la aceptación de la representación directa durante la época justiniana. Dicha práctica de la representación directa se extendió durante la existencia del Derecho Bizantino debido a las exigencias comerciales. (7)

Ferrini matiza los postulados de la interpretación clásica de las fuentes. Dice que la cualidad del representante puede corresponder a una persona en virtud de una relación familiar por razón de un cargo (tutor, curador, actor *civitatis*) o por voluntad del representado (*procurator*). La figura verdaderamente típica es la del procurador general (*procurator omnium bonorum*), que originalmente fue un liberto que después de ser manumitido continuaba en la administración general de los bienes del patrono, de manera que se constituía e un órgano permanente de administración. Idea que se continúa cuando encomienda a un extraño. (8)

Así como existía la figura del procurador general (*procurator omnium bonorum*) en el Derecho Justiniano que realizaba actos que no podían exceder de la simple y ordinaria administración, se contraponen la figura del *procurator unius rei* o encargado de una gestión singular.

(5) DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 28.

(6) GALLO *apud* DIEZ-PICAZO. *ob. cit.* p. 29.

(7) RICCOBONO *apud* DIEZ-PICAZO. *ob. cit.* p. 30

(8) FERRINI *apud* DIEZ-PICAZO. *ob. cit.* p. 30

Por otra parte, ninguna de estas acciones de excepción podían permitir que en los actos o negocios celebrados por el representante pasaran inmediatamente al patrimonio del representado y, en cambio, frente al tercero contratante tanto el *institor* como el *dominus negotii* resultaban obligados solidariamente. Esta misma situación se presenta en nuestro Derecho, con el factor que obra a nombre propio, aunque en dicho caso no existía representación o sólo existía la llamada representación impropia o indirecta. (9)

1.1.3 La Evolución de la Representación en el Derecho Intermedio y Canónico.

La figura jurídica de la representación y el material relacionado a la misma sufrió una profunda transformación en lo que Savigny ha dado por llamar "El Derecho Romano del Medievo", otros lo llaman "Derecho Común" y para nuestro análisis lo llamaremos simplemente Derecho Intermedio.

En esta época de transición para el Derecho, seguía imperando la prohibición de lo que hoy llamaríamos una representación de carácter o con efectos directos. No obstante, por las necesidades de la actividad comercial, aquél principio comienza a hacer crisis. De tan singular crisis le corresponde a la figura del contrato o de la estipulación a favor de tercero ser el primer testigo de la transformación que se va experimentado. Al admitirse la posibilidad, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de establecer una estipulación en favor de tercero, se consiguen muchos de los efectos prácticos que la representación trató de buscar. Pero fue el Derecho Canónico quien hizo quebrar la antigua regla romana, según la cual "*per extraneam personam nemo adquiri potest*", sentando cabalmente la regla contraria. En el título del Código Canónico "*de diversis regulis iuris*" se dice expresamente que "*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*". (10)

Una vez que el Derecho Canónico acogió la institución de la representación prescindió de las limitaciones del Derecho Romano, como consecuencia lógica de una profunda tendencia ética que alimentaba al Derecho Canónico, atendiendo a la buena fe para contratar y a la corrección en la celebración de los contratos. La obligación asumía un carácter verdadera-

(9) ROCCO *apud* BARRERA GRAF. *ob. cit.* p. 14.

(10) SAVIGNY *apud* DIEZ-PICAZO. *ob. cit.* p. 30.

mente económico y con ello el Derecho Canónico influye en la vida comercial que se desarrollaba vigorosamente en las ciudades italianas haciendo sentir su influencia por medio de estatutos municipales.

En las disposiciones papales aparece la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos. Ofreciendo un punto de vista moderno en el Capítulo *De prebendarum* del Derecho Canónico, admitiéndose que la investidura de un beneficio eclesiástico a un clérigo ausente puede hacerse por intermedio de otra u otras personas que le sustituyan en el acto de la investidura. Y si no ha precedido mandato del investido para la adquisición efectiva del beneficio es necesaria una ratificación del titular. Antes de realizar la ratificación el obispo que otorga el beneficio deberá identificar plenamente a la persona que se le va a transmitir la investidura. También, en el mismo Código Canónico, en el capítulo *De procuratoribus* se declara lícita la celebración del Sacramento del Matrimonio por medio de un mandatario especial. (11)

Durante las diversas manifestaciones del Derecho Intermedio se observa una modificación, de entre otras, al mecanismo de la representación que se produce cuando el antiguo principio del "*Alteri stipulari nemo potest*" cede su lugar a la *regula iuris*. Así, el formalismo que circundaba originariamente el nacimiento de la obligación se fue disolviendo; el formalismo de la obligación impedía que se pudieran adquirir cosas o créditos o asumir obligaciones a través de personas que se encontraban bajo la autoridad del interesado; el acto jurídico sólo era válido frente a quien había observado las formas civiles establecidas. Ello equivale a decir que no se admitía la representación y sobre todo la representación directa. No se consideraba representación la facultad de poder declarar la propia voluntad por medio de un tercero *missus nunciis*.

Debido a la intensificación del comercio tuvieron que imponerse correctivos a aquella rígida postura, ya en el Derecho Romano. Así, el pretor hizo recaer sobre el *pater* las obligaciones de sus dependientes que hubiesen sido asumidas por su tolerancia *permissio* o por su orden *jussio*. La *permissio* se presume cuando el *pater* ha constituido un peculio a su dependiente o le ha confiado la gestión de un establecimiento mercantil *institutio* o el gobierno de una nave de las acciones

(11) Lorenzo, MIGUELEZ DOMINGUEZ et. al. Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria. 6a. Edición. 1957. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, ESPAÑA. p. 411.

de *peculio*, *institori* y *exercitoria* que podían hacerse valer, contra el hijo se añadió la *actio de in rem verso*. El principio *regula iuris* desempeñó un buen papel en la aplicación menos rigurosa de la postura inicial.

Aún otros factores influyeron en la evolución: influencia de la iglesia que en la actuación de un favor de otro pudo ver una expresión de la caridad cristiana, además de las costumbres germánicas que admitían la representación procesal; la desaparición de la esclavitud y la cohesión de la familia y los estatutos de las ciudades italianas entre los que se destacan el de Como en 1232 y el de Brescia en 1252. Este último sanciona que en todos los contratos hechos "*nomine alterius*" y no sólo en la compra-venta se diese acción a aquél en cuyo nombre hubiese sido hecha la promesa o el contrato, como él mismo la hubiese hecho y sin necesidad de cederle las acciones. Y, finalmente, otro de los factores que coadyuvó al desarrollo de la representación puede deberse al haber concebido al notario como una persona que investida de un *publicum numus* debía *omnibus inservere*. Por esta razón el derecho adquirido por él pasaba sin más a la persona que estipulaba por medio de él.

Los postglosadores, abiertos a las exigencias de la práctica, introdujeron tantas excepciones a la regla romana *nemo alteri stipulari potest* que puede decirse que cayó en desuso.

1.1.4 La Reelaboración Doctrinal de la Figura de la Representación en el Siglo XIX.

Una completa reelaboración de la figura de la representación se presenta hasta que los pandectistas alemanes acometen su estudio. Los juristas alemanes tienen que enfrentarse y vencer los problemas que los textos del Derecho Romano aun aplicaban en materia de representación y que frente a ellos la realidad social había ido creando o exigía la creación de una figura de carácter general de representación con efectos directos e inmediatos para el *dominus negotii*. La introducción de esta nueva figura de la representación, en contra del Derecho Romano, la justifican los juristas alemanes por vía consuetudinaria.

El intento de dibujar netamente los contornos de esta figura corre por cuenta de Savigny, Buchka, Ihering, Sche-

rul y Windscheid, entre otros, siendo estos los más destacados pandectistas alemanes. Para ellos, a un negocio jurídico ajeno se le puede prestar una colaboración puramente fáctica o de hecho y una colaboración jurídica. La primera se refiere a una ayuda exclusivamente física y no posee otro carácter que el de la mera prestación del servicio. La colaboración o participación jurídica en el negocio de otro, que para nuestro tema posee una importancia mayor, puede ser de tres maneras.

La primera de ellas: cabe una participación conjunta con la intervención del interesado o parte del negocio en sentido estricto, v.gr. un asentimiento, un complemento de capacidad, una aprobación, etc.

En segundo término, una actuación en lugar del principal; esto es, una sustitución pero sin concluir el negocio en su nombre. Ihering llama a esta figura "persona interposita". La doctrina posterior lo llamará "representación indirecta", representación mediata o representación oculta.

El tercer supuesto de colaboración jurídica en el negocio ajeno es la verdadera y propia representación, que se da cuando se concluye un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre. Aquí se encuentra claramente expuesta la doctrina moderna de la representación: conclusión de un negocio en lugar del principal y en su nombre.

Sólo hay verdadera representación cuando el acto se realiza o emite en nombre de otro y cuando una vez declarada la voluntad del representante junto con la manifestación expresa o tácita de que actúa en nombre de otro. Esta declaración de voluntad del representante, supuesto que no se haya excedido de los límites del poder de representación, no produce para él ningún efecto y para aquél por quien actúa produce el mismo efecto que si éste hubiese actuado por sí mismo. Esta es la postura de lo que hoy podemos llamar la Doctrina Clásica de la Representación.

1.2 Las Bases Dogmáticas de la Doctrina Clásica de la Representación.

La doctrina que hoy es clásica en materia de representación se ha difundido considerablemente, y una exposición

muy completa de ella se consagra en el Código Civil Alemán, que entre nosotros recibió una amplia difusión. Los puntos claves de esta doctrina aparecen hoy expuestos en la mayor parte de nuestros tratados y manuales. Esta doctrina que llamamos clásica, aunque no ha dejado de ser, probablemente desde el principio, objeto de ataques y de impugnaciones por parte de la literatura crítica jurídica, se puede considerar muy extendida y como una real infraestructura en la comprensión y estudio del fenómeno de la representación.

Podemos señalar como básicos de esta doctrina los siguientes:

a).- La incardinación de la representación en la Teoría General del Negocio Jurídico.

b).- La puntualización del elemento del "actuar en nombre ajeno", como factor decisivo del genuino fenómeno representativo.

c).- El dogma de la irrelevancia, a efectos representativos, del interés gestionado por el representante.

d).- La distinción entre mandato y poder y el dogma de la abstracción del poder.

1.2.1 La Incardinación de la Representación en la Teoría General del Negocio Jurídico.

Pasando a examinar cada una de las bases dogmáticas de la representación iniciaremos con la incardinación de la representación en la Teoría General del Negocio Jurídico. Entre los estudiosos del Derecho Privado y especialmente entre los civilistas es común considerar la representación como la conclusión de un negocio jurídico por medio de otra persona que actúa en nombre del representado y de manera tal que los efectos jurídicos del negocio se producen siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante. De ello se obtiene la primera consecuencia que es importante conservar: la representación es un capítulo de la Teoría General del Negocio Jurídico, el que se dedica a analizar las diversas formas de celebración del negocio jurídico o

la separación entre el autor del negocio y el que es interesado o parte en él; o bien, la que se dedica a examinar los presupuestos subjetivos del negocio.

Ahora bien, cabe mencionar que frente a esta postura que se ha señalado, la representación no se limita a ser un capítulo en la Teoría General del Negocio Jurídico y que, por tanto, no puede definirse como la conclusión de un negocio jurídico o como la emisión de una declaración de voluntad por medio de otra persona. La representación es una figura que, en línea de principio, comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial; por ello, la figura de la representación trasciende al Derecho Privado y se sitúa como un supraconcepto en la Teoría General del Derecho. La representación también tiene su aplicación en el campo del Derecho Público, donde se utilizan los conceptos de representantes del estado, de la nación o de los entes públicos. Tiene una evidente aplicación en el campo del Derecho Internacional, donde las relaciones entre Estados y Organismos Internacionales se establecen y se desenvuelven a través de representantes de las partes interesadas (12). Tiene una importante aplicación en el Derecho Procesal, en donde impera un principio general, en el sentido de que la comparecencia en juicio y la intervención en el proceso deben desarrollarse por intermedio de un representante litigante, que profesionalmente recibe el nombre genérico de procurador.

Además, la representación puede referirse a actos jurídicos que no tiene necesariamente carácter negocial. Puede realizarse por medio de representante una confesión o un reconocimiento, el acto de ejercicio de un derecho, la formulación de una pretensión y hasta el incumplimiento de una obligación, cuando no sean estrictamente personales.

1.2.2 La Actuación en Nombre Ajeno como Elemento del Fenómeno Representativo.

Para el segundo principio dogmático la representación supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto derivan siempre de modo directo para la esfera jurídica del representado y nunca para la del representante. Se colige de aquí que el *alieno nomine* agere o actuar en nombre ajeno y la eficacia directa e inmediata de la actuación representativa son rasgos esenciales

(12) HUPKA Josef *apud* DIEZ-PICAZO, ob. cit. p. 33.

de la idea misma de representación y, en consecuencia, que una actuación realizada por cuenta de otro, pero en nombre propio o cuyos efectos, para llegar al representado, deban seguir una vía indirecta, pasando por el representante, no debe ser considerada como una verdadera representación, aunque a veces se la denomine como representación indirecta, mediata u oculta. Para depurar la terminología se propugna incluso la exclusión del estudio de esta segunda figura del lugar en que la representación propia reside, transportándolo a otra sede más adecuada, asignándole un nombre diverso que exprese con toda claridad la diferencia radical que existe entre uno y otro supuesto, v.gr., mandato no representativo, interposición, gestoría, etc.

Para que exista la representación basta la actuación del representante en nombre del representado. Sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la actividad representativa es menester la adición de un nuevo elemento que, alternativamente señalará la preexistencia de un poder de representación o la concurrencia de una posterior ratificación por el *dominus negotii* de lo hecho por el representante. Más el poder y la ratificación son requisitos de eficacia directa, pero no de la existencia del fenómeno representativo, para el cual basta simplemente el *alieno nomine agere*. De ello se extraen dos consecuencias importantes: una, que se puede hablar con absoluta propiedad de una representación sin poder, que es, sin embargo, una verdadera representación y que además puede producir siempre efectos directos en cuanto recaiga la ratificación. Otra, que se escinden y se aíslan independizándolos totalmente en su funcionamiento y en su régimen jurídico el acto de concesión del poder y la actuación de representante. Esta base o principio de la doctrina tradicional tiene algunas dificultades, la primera surge al plantear rigurosamente la aplicación de lo que significa el actuar en nombre de otro y el verdadero sentido que puede tener la contraposición entre un *alieno nomine agere* y un *proprio nomine agere*. La segunda dificultad radica en el establecimiento de un absoluto paralelismo entre la actuación en nombre propio y la producción de los efectos indirectos.

No puede negarse que, en principio a una actuación abierta van unidos unos efectos directos, si al mismo tiempo concurren el poder o la ratificación y que a una actuación abierta en principio van unidos unos principios indirectos. Pero existen casos en que el carácter oculto o *proprio nomine* de la actuación representativa no excluye los efectos directos.

1.2.3 El Dogma de la Irrelevancia del Interés Gestionado por el Representante.

El tercero de los puntos de las bases dogmáticas de la Doctrina Clásica de la representación lo constituye la irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa. Por regla general, el representante actúa tutelando el interés del representado y debiendo hacerlo así, pero ello no es esencial y necesario para que haya representación. Cabe por lo tanto, una representación en interés del propio representante "*procurator in rem suam*" o en interés de un tercero.

No obstante, este principio enfrenta una dificultad, por ende se le critica. En la representación, el representante debe ser siempre un gestor del interés del *dominus*. Cuando ocurre otra cosa no hay representante sino un fenómeno de naturaleza distinta en el poder de un *procurator in rem suam*, v.gr., de un acreedor facultado por el deudor para enajenar bienes y cobrarse el crédito con el producto, aunque se utilice formalmente un mecanismo representativo, hay una vía oblicua o indirecta, que en realidad da lugar a una forma de fiducia que no pertenece ya a la esencia de la representación.

1.2.4 La Distinción entre Mandato y Poder.

Finalmente, llegamos a los puntos claves de la construcción teórica de la distinción entre mandato y poder y el dogma de la abstracción del poder. El acto jurídico de concesión o de otorgamiento de un poder de representación, al que se le denomina apoderamiento, se configura desde el punto de vista de su naturaleza jurídica como un negocio jurídico unilateral y recepticio, que es independiente de la relación jurídica básica o subyacente que le da origen y que le sirve de fundamento, por lo cual puede calificarse como un negocio abstracto.

Para Windscheid mandato significa que uno debe o está obligado a hacer algo, mientras que poder supone que uno tiene la potestad de hacer; el mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada, sobre todo, desde el lado externo,

es decir, por los terceros que contratan con él. Finalmente, cabe un mandato sin poder y un poder sin mandato. (13)

Laband señala que nada ha sido tan perjudicial para el verdadero concepto de la representación y para la construcción jurídica de esta institución como la confusión de la representación con el mandato a que dio ocasión el Derecho Romano. Donde quiera que alguien actúa en lugar de otro en virtud de un poder de representación, se supone que existe un mandato. Al representado se le llama mandante y al representante se le denomina mandatario. Las expresiones "Auftrag", "Mandat" y "Vollmachtsvertrag" se utilizan como sinónimos por los juristas, incluso aquellos autores que tratan de distinguir con más precisión se limitan a referir la palabra "mandato" a la relación entre el mandante y el mandatario y la palabra "poder" a la relación del mandante con el tercero, y de esta manera se dice que el mandato indica el lado interno de la relación y poder al lado externo. Esto no es cierto y conviene mejorar la distinción. (14)

Es cierto que mandato y poder pueden coincidir: en el mandato que es conferido a otra persona para que celebre un negocio jurídico por mi cuenta, existe con frecuencia el poder para que lo celebre en mi nombre. Acaso es posible afirmar que se presume que todo mandatario, si lo contrario no está prescrito expresamente por la ley o exigido por la naturaleza de la relación, está autorizado para actuar como representante del mandante. Sin embargo, es necesario recordar que mandato y poder sólo coinciden de manera ocasional, pero no necesariamente y que de ninguna manera puede decirse que constituyan el lado externo y el interno de una misma relación, ya que son dos relaciones distintas.

En relación a la existencia de un mandato sin poder, éste podría ser un encargo que el mandatario deba ejecutar de manera que contrate él con el tercero en su propio nombre. Este es el mandato genuino, tanto en el Derecho Romano como incluso en el tráfico mercantil moderno. Es posible la existencia de un conferido como una orden expresa al mandatario de o dar a conocer el nombre del mandante. Podría deducirse de ello que el poder es simplemente una cualificación del mandato, de tal modo que entre los mandatos hay que subdistinguir al mandato con facultades representativas. Hay también poderes sin mandato: el factor, el socio colectivo, el socio gestor de

(13) WINDSCHEID *apud* DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 35.

(14) LABAND *apud* DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 36.

una sociedad comanditaria, el presidente de una anónima, el naviero y otras personas tienen un poder de representación, lo mismo si existe que si no existe el mandato.

Cuando el *dominus negotii* prohíbe al factor la realización de determinados negocios o incluso le ordena expresamente el negocio opuesto, lo hecho por el factor contraviniendo la orden obliga al principal, incluso en el caso de que supieran que el representante contravenía el mandato que se había dado. El poder otorga la posibilidad de obligar por medio de los contratos concluidos en nombre ajeno, lo mismo si el principal ha ordenado la conclusión de dicho negocio que si no lo ha hecho así. El mandato es, para la facultad de representación, irrelevante. Lo decisivo es el poder, que se confiere en forma distinta y se revoca en forma distinta también.

Así volvemos a insistir en la existencia de mandatos sin poder, poderes sin mandato y, por último, que el poder y el mandato pueden ocasionalmente coincidir. Por ende, una adecuada separación de estos conceptos es una necesidad jurídica. Hay dos negocios jurídicos que tienen diferentes presupuestos, diferente contenido y diferentes efectos.

El apoderamiento es un acto jurídico unilateral, diferente al mandato, por medio del cual el Poderdante faculta al Apoderado para que en su nombre realice actos jurídicos, de tal modo que los efectos del negocio jurídico deban considerarse como si el negocio hubiese sido concluido por el poderdante.

1.3 La Revisión Moderna de las Bases Dogmáticas de la Representación.

En este apartado se tratan de analizar los postulados de la Doctrina Clásica a la luz de nuevas aportaciones por parte de algunos juristas notables. Cabe mencionar algunos nombres de ellos: Wolfram Muller, Luigi Moscoso, Sigfrido Ferrari, Salvatore Pugliatti y otros, mismos que se dieron a la tarea de confirmar los criterios de la Doctrina Clásica o, en su caso, modificando algunos conceptos enriqueciendo la Teoría Clásica.

En primer lugar hay que señalar que la representación no se limita a ser un capítulo en la Teoría General del Negocio Jurídico y, por tato, no puede definirse como conclusión de un negocio jurídico o emisión de una declaración de voluntad por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociales y que trasciende al Derecho Privado y se sitúa como un supraconcepto en la Teoría General del Derecho, con aplicaciones en todas las disciplinas jurídicas.

Por otro lado, limitándose al Derecho Privado y dentro de él a la esfera del negocio jurídico, la representación no puede ser definida, según se hace usualmente, como un actuar en nombre ajeno. Para dilucidar la exactitud de una concepción semejante es menester plantearse antes el problema de averiguar qué se quiere decir en rigor cuando se exige, como elemento característico de la representación, el actuar en nombre de otro y cuál es el verdadero (problema) que puede tener la contraposición entre un "*alieno nomine agere*" y un "*proprio nomine agere*". Es este un problema que muy pocas veces se ha planteado en nuestra doctrina, dándose por supuesta la solución que se sobreentiende evidente. Sin embargo, no sucede así en el Derecho con todas las cosas que son aparentemente claras. El acto en nombre ajeno exige que se dé a conocer al tercero con el que se contrata o frente a quien se emite la declaración de voluntad el carácter representativo de la actuación que realiza. Sin embargo, el puro hecho de dar a conocer al tercero el carácter de representante con que se actúa no es por sí solo suficiente para calificar el acto como acto realizado en nombre ajeno por lo menos de una manera plena. Es necesario algo más, es necesaria una *contemplatio domini*, esto es, que el representante dé a conocer al tercero no sólo su propio carácter de representante sino también la identidad de la persona a quien representa.

Con ello hemos llegado al punto de concreción que aparentemente deseábamos: una persona actúa en nombre de otra cuando da a conocer al tercero su condición de representante y la identidad de la persona a quien representa. Pero aunque el representante dé a conocer al tercero aquéllos dos extremos y el tercero tome conocimiento, el acto en rigor no puede decirse que haya sido celebrado en nombre ajeno si esta circunstancia no se hace figurar como elemento constitutivo del acto mismo. Podría ocurrir que, a pesar de que se hubiera dado a conocer al tercero el carácter representativo de la actuación, este extremo no se hubiera hecho constar en el negocio. Más aún, constante en el negocio el carácter representativo de la actuación de una de las partes, si por cualquier causa el represen-

tante conviniera en quedar directamente obligado con el tercero, habría *contemplatio domini*.

Por otro lado, se ha pensado que la nota esencial radica en el hecho de que el representante manifieste su voluntad de que los efectos jurídicos del acto que realiza se han de destinar a la persona a quien representa, pero este razonamiento resulta insuficiente por dos razones: la primera, que no basta la pura voluntad del representante de no quedar directamente obligado por el negocio sino que es menester una acorde voluntad de ambos contratantes. La segunda, porque no basta que esta voluntad se enderece a que los efectos se destinen al representado sino que es necesario que esa voluntad se centre en que los efectos del acto se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado y no en la del representante.

Conservando esta idea podríamos caracterizar lo que usualmente se llama actuar en nombre ajeno como una manifestación de la voluntad de los autores del negocio acerca de la inmediata heteroeficacia del acto que realizan. Pero si esto es así, ocurre que la esencia de la representación no está ya en la forma de actuar de las partes sino en la forma de producción del efecto jurídico. La representación sería no un acto en nombre de otro sino un acto con una eficacia inmediata para otro.

Finalmente recordemos que la eficacia directa, indirecta y mixta no depende de los particulares sino de la ley. Comprenderemos cómo de la columna básica que nos sirvió de punto de partida no queda ya casi nada, pero no deja de ser atractivo el análisis a las bases dogmáticas de la Doctrina Clásica. Diremos que el contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiese celebrado, más si la negociación se hubiese hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal. A pesar de la utilización del "*agere nomine proprio*" la eficacia no es necesariamente directa, sino indirecta o directa en forma opcional para el tercero. (15)

La distinción sobre las formas del *agere* representativo se difumina también en los supuestos en que la *contemplatio domini* y la declaración sobre la heteroeficiencia

(15) SCHLOSSMANN *apud* DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 40.

son tácitas y en aquellos tipos de actos indiferenciados, es decir, aquéllos que tanto pueden de facto haber sido realizados de uno u otro modo y en los que además la producción de los efectos jurídicos debe ser la misma en uno y en otro. (16)

Esta zona de ambigüedad entre el "*agere nomine alieno*" y el "*agere nomine proprio*" plantea un problema de decisión a posteriori que se puede considerar como un problema a prueba sobre los hechos como cuestión de enjuiciamiento e interpretación de las conductas y de las declaraciones de voluntad.

La Doctrina Clásica parece criticable cuando sostiene que sólo la representación directa es verdadera representación. En rigor, se dice, son cosas distintas las formas de "*agere*" y las formas de producción de los efectos jurídicos. La actuación "*alieno nomine*" puede obligar directamente al representante. "*Agere proprio nomine*" y "*agere alieno nomine*" son simplemente *specie facti* tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico para determinar la forma de producción de los efectos. Más que hablar de representación directa e indirecta tendríamos que decir que una actuación representativa produce en unos casos efectos directos, en otros efectos indirectos y, en otros, finalmente efectos mixtos.

El carácter oculto de la actuación representativa no excluye los efectos directos. Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado ni éstas tampoco contra el mandante. El mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado como si el asunto fuera personal suyo. Sin embargo, se exceptúa el caso en que se trate de cosas propias del mandante. En el mismo sentido se permite que se excluyan de la quiebra al comisionista, como cosas que no pertenecen a su patrimonio, tanto las cosas y efectos que había recibido el comitente como las que hubiese adquirido para él.

El dogma de la independencia y de la separación entre negocio de concesión del poder y negocio representativo ha sido agudamente revisada y su punto más debatido es seguramente el de la abstracción e independencia del poder. La opinión más generalizada es que el apoderamiento encuentra su razón de ser en las relaciones jurídicas existentes entre el apoderado y en

(16) BETERMANN *apud* DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 41.

poderante. El apoderado es mandatario, empleado, socio, etc., del poderante. El apoderamiento es, de esta manera, un medio instrumental al servicio de los fines que persigue la relación básica subyacente. Se discute, entonces, si la relación subyacente puede o no puede considerarse como causa del apoderamiento. Si por causa se entiende la función económico-social o el fin práctico perseguido por un negocio, la respuesta tiene que ser negativa. La función del negocio de apoderamiento es la concesión de un poder de representación; en definitiva, el que el apoderado pueda celebrar un negocio como representante. En cambio, si por causa se entiende una situación o un negocio jurídico subyacente, que son la raíz y el fundamento de otro negocio posterior que se presenta como derivación y como consecuencia de aquél, es claro que el apoderamiento tiene su causa en esa relación básica, es decir, en el contrato de mandato, de servicios, de trabajo, de sociedad, etc.

Se suscita una cuestión sobre todo con objeto de decidir si el apoderamiento puede o no ser rigurosamente definido como un negocio abstracto, esto es, como un negocio totalmente desligado de la relación básica, como un negocio independiente de las vicisitudes de esta relación. Admitido el carácter abstracto del apoderamiento habría que sostener que éste surte todos sus efectos, cualquiera que sean las vicisitudes de la relación subyacente. El apoderamiento sería eficaz aunque careciera de causa, esto es, aunque la relación básica no existiera, fuera ineficaz, hubiera sido modificada o se hubiera extinguido. De la misma manera, la independencia del apoderamiento respectivo del negocio causal o básico significaría que este último no puede proyectar su eficacia sobre el primero, por ejemplo, para interpretarlo o señalar su contenido.

El problema de la independencia entre el apoderamiento y el negocio causal o subyacente reviste un matiz completamente distinto según que se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderante y apoderado, o desde el punto de vista de las relaciones de ambos con tercera persona. Desde el punto de vista de las relaciones entre poderante y apoderado es evidente el carácter causal del apoderamiento y la absoluta vinculación entre el apoderamiento y el negocio básico o subyacente. El problema se plantea, pues, únicamente desde el punto de vista de las relaciones con los terceros. La seguridad del tráfico jurídico y un normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exige que los terceros que contratan con el apoderado no tengan que conocer, examinar o preocuparse por esas internas relaciones existentes entre apoderado y poderante y que puedan confiar exclusiva-

mente en el contenido externo y formal del negocio jurídico de apoderamiento.

En un riguroso planteamiento del tema exige, sin embargo, que este tercero actúe de buena fe, esto es, confiando exclusivamente en apoderamiento. En cambio, si el tercero conocía o debía honestamente conocer la relación básica o subyacente o sus vicisitudes, no puede lícitamente tratar de ampararse en el carácter abstracto del apoderamiento. No hay, pues, verdadera abstracción del poder sino únicamente un efecto reflejo de la protección de los terceros de buena fe.

El último punto criticable de la Doctrina Clásica es el de la irrelevancia del interés que mueve al representante. El poder de un "*procurator in rem suam*" v.gr. de un acreedor facultado para enajenar y cobrar su crédito constituye, una vía oblicua o indirecta que en realidad da lugar sólo a una forma de fiducia. No pertenece, pues, a la esencia de la representación.

1.4 Consideraciones Preliminares al Concepto de Representación.

El análisis que hemos tratado de realizar en los apartados anteriores para contemplar, siquiera someramente, los antecedentes históricos, las bases dogmáticas y la evolución de la figura de la representación, es suficiente para entender, en primer lugar, las dificultades con que tropieza una teoría general de la representación que quiera ser coherente y armónica, dificultades que será menester ir resolviendo para comprender la construcción del concepto mismo de la representación.

Resulta claro que el concepto de representación depende en gran medida de la solución que se dé a una serie de cuestiones que son de carácter muy particular. Será necesario para ello plantearlos como problemas previos a la definición de la institución que nos ocupa.

A nuestro juicio, son particularmente importantes, para lograr establecer el concepto que perseguimos, cuatro cuestiones:

a).- La primera de ellas, consiste en dilucidar si la llamada representación indirecta, oculta o mediata, forma parte de la institución que nos ocupa, es decir, averiguar si es o no una verdadera representación, pues es evidente que el concepto de representación directa se refiere a ambas formas de representación.

b).- La segunda de las cuestiones, que no hay más remedio que plantear, es la que consiste en averiguar, igualmente, si la llamada representación voluntaria y la llamada representación legal son dos especies de una institución única o por el contrario, dos instituciones distintas.

c).- La tercera cuestión, habrá de radicar en determinar si dentro del marco de la representación caben únicamente aquellas situaciones en las cuales el representante gestiona o tutela el interés del representado o si, por el contrario, las hipótesis denominadas de *procuratio in rem suam* y de representación en interés de un tercero son auténticos y genuinos casos de representación.

d).- Por último, será necesario tratar de deslindar nuestra figura, para perfilar su concepto, de algunas otras instituciones semejantes con las que guarda analogía y, sobre todo, aludir al problema de la distinción entre nuncio y representante, que es uno de los temas tradicionales en el estudio de la representación.

1.4.1 La Representación Indirecta y la Teoría de la Representación.

Este punto consiste en averiguar si la representación indirecta o mediata forma parte de la institución que nosotros estamos analizando, ya que el concepto de dicha institución será necesariamente diverso en uno y otro caso.

Conocemos aproximadamente las características generales de la figura doctrinalmente conocida con el nombre de representación indirecta. Existe una representación cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera tal que es él y no el *dominus* quien queda directamente vinculado por el contrato. Se sigue de ello que en este tipo de representación el principal no tiene acción

contra el tercero, sino contra el representante; del mismo modo, el tercero tampoco tiene acción contra el principal y puede únicamente dirigir sus reclamaciones contra el representante. De aquí parece deducirse que es el representante 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 principal los derechos adquiridos y una facultad de exigir que éste le resarza de las obligaciones que sobre él pesen o de los gastos que haya realizado.

Todo ello aparece perfectamente claro en el art. 2561 del Código Civil, con arreglo al cual "cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante". En este caso, continúa el precepto legal citado, "el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo".

De modo muy semejante, el art. 284 del Código de Comercio establece que, cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quien contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando siempre a salvo las que, respectivamente, correspondan al comitente y al comisionista entre sí.

Concebida así la figura de la representación indirecta, se trata ahora, no tanto de examinar detalladamente el modo de su funcionamiento y efectos, cuanto de averiguar si pertenece o no a la Teoría de la Representación.

El problema parece, a primera vista, puramente dogmático, pero probablemente no lo es. En el fondo del mismo latenden dos cuestiones que a nuestro juicio poseen una honda trascendencia práctica. La primera consiste en saber si la figura de la representación se amplía dando entrada en ella, como una simple modalidad de la actuación del representante, a la llamada representación indirecta, de manera que esta ampliación del concepto puede a su vez repercutir en el tratamiento general de la figura; la segunda consiste en que, admitida la representación, cabe paliar, aunque sea sólo en casos excepcionales, el rigor de la falta de acción entre representado y ter-

cero y sacar a la luz determinados supuestos, por ejemplo, la quiebra del agente.

En la doctrina pueden encontrarse argumentos y opiniones en pro de ambas soluciones. La idea misma de la representación indirecta, cuyo origen está en Savigny, quien habla de una representación de segundo grado, parece indicar que es una verdadera y propia representación. La mayor parte, sin embargo, de los autores posteriores se han esforzado por sostener la posición contraria y, en consecuencia, por excluir la representación indirecta del ámbito de la representación, buscando incluso una terminología peculiar que sirva para expresar gráficamente dicha exclusión. Aunque no hayan faltado voces discrepantes. Esta opinión es hoy la más generalizada en la doctrina y también la que mantienen los Códigos más modernos, en los cuales, representación se considera que es únicamente aquella situación en la cual el representante actúa en nombre del representado y de manera tal que su acto produce inmediatamente sus efectos para éste y no vincula, en cambio, al representante.

Esta es la línea que parece seguirse, citemos dos hipótesis: dos señores habían celebrado un contrato en virtud del cual el primero de ellos se comprometía a hacer la cesión gratuita de una cantidad de energía eléctrica, siempre que dicha energía fuese destinada a satisfacer las necesidades de un pueblo. Pasados algunos años, el Ayuntamiento demandó de los herederos del promitente sobre la base de que el contrato referido era un contrato en favor de tercero y la demanda fue estimada en la instancia correspondiente, sin embargo, la sentencia fue recurrida y se absolvió a los demandados. La decisión se hace girar en torno a si el contrato había sido un contrato en favor de tercero, lo que las autoridades judiciales no admiten, o si se trataba, en cambio, de un supuesto de mandato que corresponde al art. 2561 del Código Civil, pues representación del Ayuntamiento, el contratante no tenía. Se distingue así el mandato del artículo antes mencionado al que en algunas sentencias se le llama mandato no representativo.

En la segunda hipótesis, el actor reclamaba unas sumas de dinero como precio de las reparaciones que había realizado en un barco por encargo del demandado. Este oponía que el barco era propiedad de sus hermanos y que él había actuado únicamente como representante de éstos, por lo cual el demandante no debía dirigir su acción contra él sino contra sus representados, sin embargo, la demanda fue estimada. En la sentencia se estudiaron las diferencias entre los conceptos de

mandato, poder y representación, en forma no excesivamente clara y se decidió el caso entendiendo que en él se había producido un mandato no representativo por el puro hecho de haber callado el demandado que el barco que había de ser reparado pertenecía a sus hermanos. La solución fue, sin duda, correcta y no prejuizó por sí sola si la actuación del demandado era o no representativa, fuera de la calificación formal mandato no representativo que parece *obiter dicta*.

El problema a nuestro juicio consiste en saber si el carácter representativo de la actuación del agente puede salir a la luz y producir algún efecto, si no en el caso del litigio, si al menos en algún otro. Pensemos que el demandante a quien se ha encargado la reparación del barco, la lleva a efecto con provecho y utilidad para los propietarios y que a la hora de reclamar el precio de la obra no puede obtenerlo del demandado, porque éste se ha ausentado o porque es insolvente. Si dirigiera su acción contra los propietarios del barco ¿podría prosperar la excepción de éstos fundada en que como tercero carece de acción contra ellos como mandantes?. Estimamos que no. Creemos, además, que la acción que el actor, en el supuesto imaginado, ejercita no es una acción de enriquecimiento, que tendría sentido si el encargo de reparar el barco no lo hubieran dado los propietarios, pero que carece de él en caso contrario.

No cabe aislar la representación indirecta de la Teoría de la Representación. La estructura interna del supuesto, es decir, lo que nosotros llamamos la relación representativa es, en ambos casos, la misma y sale a la luz para derivar unos efectos que se producen directamente entre el tercero y el *dominus negotii*. Ello, por lo demás, se encuentra admitido en el propio art. 2561 del Código Civil, que exceptúa la falta de acción entre representado y tercero en el supuesto de que se trate de cosas propias del mandante.

Sólo de este modo puede salvarse la tradicional dificultad que en el campo de la representación planea el mandato para enajenar, cuando el mandatario actúa en su propio nombre. La lógica rigurosa exigiría una doble transmisión, de mandante a mandatario y de mandatario a tercero, con las inevitables secuelas de una situación de propiedad del mandatario, por lo que algunos autores con buen sentido configuran el *mandatum ad alienandum* como una concesión de legitimación o como autorización, pero en todo caso, como un paso directo de la prolijidad del mandante a tercero, es decir, efectos directos aunque exista *proprio nomine agere*.

La expresión "cosas propias del mandante" del art. 2561 del Código Civil permite, además, una interpretación más amplia que lo refiera no sólo al *mandatum ad alienandum* y a las cosas de propiedad del mandante, sino a todos aquellos casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos e intereses del mandante. Si la excepción tiene esta amplitud, es grande el campo de casos en que hay efectos directos a pesar de no haber *alieno nomine agere* aunque es cierto también que en función de la notoriedad de la situación se puede hablar de una *contemplatio domini tacita ex rebus vel factis*.

Finalmente, se puede volver a recordar el art. 311 del Código de Comercio, en el cual una actuación del factor en propio nombre da lugar a unos efectos entre principal y tercero, a opción facultativa de éste.

En los arts. 158, 159 y siguientes de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en los casos de quiebra de un comisionista, permite al comitente separar de la masa de la quiebra las cosas que se encontraran en poder del quebrado en comisión, bien para venta o bien compradas por el quebrado para su comitente.

Se sigue de ello que si bien existen dos modalidades del *agere* representativo *proprio alieno nomine* y dos formas de producción de los efectos directos e indirectos, ambos planes no pueden unirse. Cabe sí un *agere nomine proprio* con efectos directos, como en los ejemplos anteriores, y un *agere nomine proprio* con efectos indirectos que es la regla general de los arts. 2561 del Código Civil y 311 del Código de Comercio; un *agere nomine alieno* con efectos directos que se producirán siempre que exista un poder de representación suficiente o una ratificación del *dominus* y un *agere nomine alieno* con efectos indirectos. Las formas *agere* pertenecen al terreno de la voluntad y de la conveniencia de las partes, las formas de producción de los efectos dependen del ordenamiento jurídico.

Todo ello autoriza, a nuestro juicio, a situar desde ahora la representación indirecta dentro de la Teoría de la Representación y, por tanto, a tratar de encontrar un concepto de representación donde tengan cabida ambas hipótesis.

1.4.2 La Representación Legal y la Teoría de la Representación.

La segunda consideración respecto de la cual es menester pronunciarse con carácter previo a la formulación de un concepto de representación, porque lo condiciona, consiste en definir si la Teoría de la Representación debe formarse englobando como dos especies distintas de una institución única la representación voluntaria y la representación legal o si, por el contrario, se trata de dos instituciones sustancialmente diversas que nada tienen que ver una con otra, de manera tal que a la Teoría de la Representación sólo pertenece en rigor la llamada representación voluntaria mientras que, en cambio, la representación legal es una institución autónoma cuyas *sedes materiae* hay que encontrarlas en otros lugares del sistema del Derecho Civil.

El problema consiste en decidir si representación voluntaria y representación legal son dos instituciones distintas y, por lo tanto, susceptibles cada una de ellas de una disciplina jurídica diferente, o si más bien son dos formas o dos aspectos de una institución única con diferencias que son, en todo caso, secundarias respecto a la esencia del fenómeno jurídico.

Las diferencias entre ambas son evidentes e innegables. Las más importantes parecen las siguientes: En la representación legal el representado es, por hipótesis, el único posible autor del negocio. De aquí que la única voluntad a tener en cuenta a efectos de vicios u otras circunstancias sea la suya. En la representación voluntaria, en cambio, cabe hablar de una colaboración de representante y *dominus negotii*, que será tanto más clara cuanto mayor sea la especialidad del poder del representante, por lo cual ambas voluntades juegan un relevante papel en la formación del negocio jurídico y ambas deben, en principio al menos, ser tenidas en cuenta a la hora de decidir respecto de la validez o invalidez del negocio.

En la representación voluntaria el hecho de que el principal confiera su representación a otra persona no limita ni coarta a su poder para hacer el negocio por sí mismo, si esto le resulta más conveniente. En la representación legal, en cambio, esta posibilidad no existe; la actualización por representante es la única posibilidad de actuación. Se sigue de ello que mientras la representación voluntaria encuentra su más

profunda razón de ser en una ampliación del ámbito de actuación de una persona, la representación legal, en cambio, la encuentra en la necesidad de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona. Ello posee una gran importancia porque, como señala Muller Freienfelds, en la representación voluntaria continúa existiendo autonomía privada; el negocio jurídico se forma por la reunión de dos piezas de un supuesto complejo de formación sucesiva, que son el negocio de concesión del poder y el negocio realizado utilizando el poder. El nexo sutil que liga a ambos negocios hace que ambos aparezcan como derivados de la voluntad del titular de los intereses reglamentados por el negocio que puede, de esta manera, ser considerado como un precepto de autonomía privada. En la llamada representación legal, en cambio, no hay, rigurosamente hablando, ni autonomía privada, ni por ello, auténtico negocio jurídico. El titular de los intereses reglamentados por el negocio no es para nada tenido en cuenta. El acto del representante legal es, visto desde la perspectiva del representado, un precepto heterónomo. Por esto puede decirse que mientras en la representación voluntaria hay una concesión de legitimación al representante, en la llamada representación legal hay, en rigor, un poder de configuración de la esfera jurídica ajena.

Resulta, por otra parte, sumamente curioso que nuestro Código Civil, que no utiliza casi nunca la idea de representación para referirse a lo que nosotros llamamos representación voluntaria, emplea constantemente el vocablo cuando se refiere a la representación legal. Así, por ejemplo, dice que el padre y, en su caso, la madre tienen respecto de sus hijos no emancipados el deber de representarlos, en el art. 425; que el tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquéllos que por disposición expresa de la ley puedan ejecutar por sí solos, art. 449; que a la persona cuya ausencia legal ha sido declarada se le debe nombrar representante, art. 654; que el defensor judicial representa a los menores en juicio y fuera de él, arts. 425 y 427 del Código Civil. El art. 1801 del propio Ordenamiento contrapone autorización y representación legal cuando dice que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga, por la ley, su representación legal. De representantes legítimos de las personas impedidas hablan los arts. 464 al 467, y de legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones el art. 27 del Código Civil. Parece concluirse de ello que en el sistema del Código Civil son dos cosas distintas la representación, representación legal y el poder o autorización para obligar a otro o para contratar en su nombre en virtud de un mandato expreso o tácito.

Las diferencias que existen entre ambas figuras son, como decíamos antes, evidentes y numerosas, tanto en orden a sus presupuestos como al modo de funcionamiento y a los efectos que producen. Todo esto, sin embargo, no autoriza, a nuestro juicio, para quebrantar la doctrina tradicional que sitúa a la representación legal en el seno de una Teoría General de la Representación. Dos son, a nuestro juicio, las razones decisivas para no llegar a tal escisión. La primera es que por encima de esas evidentes diferencias de régimen jurídico parece existir un hilo conductor común, consistente en que en ambos casos hay una persona, el representante, que gestiona o tutela los asuntos o los intereses de otra y, en ambos casos, es posible que esa actuación de gestión del representante produzca sus efectos de una manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. La segunda razón consiste en que si se separa la denominada representación legal de la Teoría General de la Representación, es menester construir una figura jurídica autónoma a la que no podríamos llamar ya representación para englobar en ella todos estos casos de poder de configuración de la esfera jurídica de un incapacitado o de una persona inhabilitada para regir su patrimonio. Con este fin se ha propuesto en la doctrina la idea de oficio de Derecho Privado, pero prescindiendo ahora de que esta idea está, hoy por hoy, falta del necesario desarrollo, no parece posible a través de la idea de oficio de Derecho Privado, que normalmente quiere situarse en la órbita del Derecho de Familia, llegar a la precisión que se persigue porque ni todos los casos de representación legal pertenecen, estrictamente hablando, al Derecho de Familia, ni hay tampoco inconveniente, si la idea de oficio de Derecho Privado se saca del Derecho de Familia y si se la conceptúa como una situación de atribución de un poder jurídico en interés y beneficio de otra persona, para configurar también como un oficio o como una función el poder de la representación en la llamada representación voluntaria.

Concluiremos diciendo que la llamada representación voluntaria y la llamada representación legal son dos especies de una institución única, la representación. Todo este análisis se encuentra contenido en la Teoría General de la Representación.

1.4.3 El Interés Gestionado por el Representante y la Teoría de la Representación.

Uno de los pilares de la doctrina tradicional sobre la representación consiste en lo que nosotros llamábamos el

dogma de la irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa. De esta manera caben, según la doctrina tradicional, una representación en interés del representado, conocida con el nombre de *mandatum mea gratia* y una representación en interés del representante, que es la *procuratio in rem suam; mandatum tua gratia*. Cabe, igualmente, una representación en interés de un tercero distinto del representante y del representado, conocida con el nombre de *mandatum aliena gratia* y una representación donde confluyan al mismo tiempo varios de estos posibles intereses. Representación en interés conjunto de representante y representado o de representado y de un tercero.

Los supuestos más frecuentes de *procuratio in rem propriam* pueden reducirse, si se les examina con atención, a dos. El primero lo constituye la concesión por el deudor de un poder de representación al acreedor en favor de quien ha realizado una cesión de bienes para pago de deudas, a fin de que enajene los bienes cedidos y se haga cobro con el producto obtenido. El segundo supuesto, muy conocido en la práctica actual, se presenta cuando entre dos personas media una relación jurídica de transmisión de derechos, que por razones de índole muy diversa las partes no quieren publicar, ejecutar o consumir. Un claro ejemplo de ello sería la ocultación fiscal o la evasión de otro tipo de obligaciones fiscales. En tales casos, la titularidad formal del derecho continua ostentándola el transmitente, pero el adquirente actúa en virtud de un poder de representación. Piénsese en la adquisición por documento privado del dominio de un cosa, en la adquisición por traspaso de un derecho de arrendamiento, etc.

La representación en interés conjunto de representante y representado presenta, en muchos casos, analogías con los supuestos anteriores. Es muy frecuente el caso de la explotación de una empresa o de un negocio mercantil o industrial por una comunidad o por una sociedad oculta, apareciendo uno de los socios como titular único y otro como apoderado. En la doctrina se habla también de interés conjunto en la representación cuando el representante es retribuido, porque entonces, él tiene interés en la continuación de la situación representativa por cuanto esto supone la continuación de su retribución. Pero este caso en rigor no tiene nada que ver con el problema del interés en la representación. Cuando nosotros hablamos del interés tutelado por la representación, nos referimos al asunto o negocio que por medio de la representación se gestiona. La representación aún retribuida continúa siendo en interés del representado.

Pues bien, entendida así la idea del interés, parece claro que si en la representación existe un interés del representante o interés de un tercero, ello significa que el asunto realizado es en realidad suyo. Se deduce de ello que el recurso de la representación entraña la utilización de una vía indirecta y oblicua que, a su vez, podrá ser de dos maneras: la primera, utilizando un mecanismo de simulación relativa, por ejemplo, el traspaso del derecho de un arrendamiento se encubre con la concesión del poder de representación. La segunda, por medio de un mecanismo fiduciario al cual el poder de representación sirve de causa.

Lo cierto es que en todos estos casos no pueden aplicarse las reglas estrictas de la representación y la doctrina tradicional que sitúa los supuestos mencionados dentro de la Teoría de la Representación se ve obligada a acudir a una derogación de las reglas generales de la representación. El ejemplo más claro es el de la admisibilidad de la irrevocabilidad del poder de representación.

Los casos a los cuales nos veníamos refiriendo no hay verdadera representación. Estas situaciones no ofrecen duda alguna cuando el poder de representación es sólo la vestidura o la apariencia formal que encubre otro negocio. La simulación relativa tiene su tratamiento específico en la Teoría del Negocio Jurídico y se impone que deba salir a la luz y valor el negocio simulado. Cuando el recurso a un poder de representación se haya ocasionado, es decir, para dar causa o para contrapesar un negocio fiduciario habrán de ser las reglas de este tipo de negocios, y no las de la representación, las que sean aplicables al caso.

1.4.4 La Distinción entre Representante, Nuncio y la Teoría de la Representación.

Uno de los puntos que conviene tener en cuenta para construir un concepto riguroso de representación es la distinción entre representante y nuncio o mensajero, que es, obviamente, uno de los temas más debatidos por la doctrina al analizar la Teoría de la Representación. Posee una gran importancia, sobre todo porque contribuye a arrojar una luz decisiva que permite delinear con mayor lucidez los perfiles y los contornos de la figura del representante. La representación y la intermediación de un *nuntius* son hipótesis muy distintas. La

intermediación de un *nuntius* se piensa como algo que no pertenece al campo de la representación.

Representante no es un efecto del *nunciatus* a quien una persona confía el encargo de comunicar a otros su propia declaración; éste es un simple órgano de transmisión de la declaración ajena, un instrumento cómodo equiparable a otro medio cualquiera material de que nos servimos para comunicar a distancia nuestra voluntad, como el correo o el telégrafo. Precisa pues, para que haya representación, que se dé en la voluntad misma la sustitución de una persona por otra, de modo que sea la voluntad propia del representante la que actúa y no la del representado, la voluntad que el primero declara es la suya propia, con el efecto particular de ser considerada como voluntad del segundo.

La colaboración que prestan al negocio jurídico ajeno o, más ampliamente, a la actividad jurídica ajena el representante y el nuncio parece que se encuentran *prima facie* en dos planos diversos. En la colaboración del mensajero, se dice, el carácter instrumental resalta más. Es una forma subordinada de colaboración al negocio jurídico ajeno. El problema de la delimitación es más arduo y complejo de lo que a primera vista parece. La doctrina ha ido efectuando una serie de argumentos a los cuales convendrá aludir.

Con arreglo a la fórmula que podríamos denominar clásica, la diferencia entre el representante y el nuncio radica en que mientras el primero forma o crea por sí mismo la voluntad negocial, es decir, es el autor material del negocio, el segundo, en cambio, se limita a transmitir o transportar una voluntad negocial ya creada o formada por el principal o *dominus negotii*. De esta idea deducía Ihering que la actividad del nuncio es puramente material, mientras que la actividad del representante es un actividad jurídica. (17)

Otros autores señalan, partiendo de las mismas ideas, que mientras el representante interviene en la fase de formación de la voluntad negocial, el nuncio juega su papel en la declaración de esta voluntad, ya formada por el *dominus*, al destinatario de la misma. El nuncio sería, de esta manera, un representante de la declaración. Tratando de aclarar esta

(17) Karl LARENZ. Derecho Civil. Parte General. (Trs. Miguel Izquierdo y Macías Picarea). 3a. Edición. 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPAÑA. p. 761.

idea, de una manera todavía más incisiva, señala Betti que el nuncio presta su colaboración en el momento de la forma del negocio, esto es, interviene tan sólo a efecto de formalizar un negocio jurídico que previamente estaría celebrado ya por el *dominus*. (18)

La distinción así establecida entre las figuras del nuncio y el representante es clara sólo aparentemente. Una meditación más profunda conduce en seguida a hacer borrosa esta línea divisoria que creíamos haber encontrado. Situémonos frente a las dos hipótesis extremas. El caso en que el colaborador del *dominus*, para llamarlo provisionalmente así, posee las facultades necesarias para decidir la conveniencia de celebrar o no celebrar un determinado negocio jurídico y para determinar la entera *facti species negocial*, por ejemplo, en la elección de la persona del otro contratante, determinación de los elementos objetivos del negocio, de sus circunstancias, cláusulas y condiciones. No cabe duda alguna de que, en caso semejante, nos encontramos ante un auténtico y genuino representante.

El extremo contrario estaría formado por la hipótesis de que una persona limita su actividad al puro transporte de una declaración de voluntad emitida enteramente por el *dominus negotii*, sin posibilidad de variación de dicha declaración que se encuentra ya prefijada, v. gr. el portador de una carta o el portador de un documento ya redactado que busca únicamente su firma. En este caso, que es el verdadero supuesto de una pura transmisión e voluntad de otro, a mi juicio, no sólo no hay, evidentemente, representación, sino que tampoco existe necesidad alguna para construir una figura jurídica específica donde encuadrarlo. El portador es un servidor del *dominus* que, en rigor, no tiene ninguna intervención en el negocio jurídico. No existe una diferencia sustancial entre el hecho de que yo remita a su destinatario una aceptación contractual escrita por mí, por medio de una persona de mi confianza, en propia mano, como suele decirse, o que realice esta remisión a través del servicio público o privado de correos. Y creemos que a nadie se le ocurriría decir que el servicio de correos asume el papel de nuncio de las miles de declaraciones de voluntad que diariamente transporta.

Entre los dos casos extremos que acabamos de exponer existe, sin embargo, una gama variadísima, quizá no susceptible de ser enteramente no reducida a esquema intelectual simétrico,

(18) LARENZ, *ob. cit.* p. 761.

porque es sustancialmente vital, pero a la que convendrá sin duda, aludir.

Dentro de estas hipótesis intermedias se encuentra, en primer lugar, el caso en que la formación de la voluntad negocial es obra conjunta del *dominus* y de su colaborador. El *dominus* ha decidido una parte de la *specie facti* negocial y ha dejado a la iniciativa de su colaborador concluir las negociaciones y fijar los restantes elementos del negocio. Se trata indudablemente también de un caso de representación. Apurando el argumento, todavía, creemos que el caso sería el mismo cuando conformado todo el negocio jurídico por el *dominus negotii*, éste deja a su colaborador la iniciativa para que decida únicamente su conclusión en vista de determinadas circunstancias.

Se presenta un panorama distinto cuando el agente carece por completo de iniciativa y se limita a cumplir mero trámite formal, v.gr. en una firma, en que el *dominus* debería haber estado presente, el agente comparece en el momento de otorgamiento de escritura cuyo contenido el *dominus* conoce de antemano y ha aceptado ya, el agente realiza un determinado comportamiento cumpliendo rigurosamente la orden del *dominus*, v.gr. ocupa o abandona una cosa, realiza el *dare* que perfecciona un contrato real, etc.

Esta cuestión se complica más todavía en los supuestos que podrían denominarse emisario o mensajero en sentido estricto. El emisario recibe la declaración de voluntad del *dominus negotii* y la reproduce ante el destinatario. Al actuar como elemento de enlace o nexo de unión tiene que realizar una función de interpretación de la declaración recibida. De esa manera la manifestación el emisario no es nunca una auténtica reproducción, sino una nueva expresión de la declaración. Los términos en que el negocio quedará cristalizado no serán los que deriven de la declaración del *dominus* sino los que resulten de la efectuada por su emisario. Como decíamos anteriormente, la línea divisoria se borra cada vez más.

Por otra parte, habría que hacerse la siguiente pregunta ¿Qué utilidad práctica se obtiene con la delimitación estricta entre representante y nuncio?. Al separar ambas figuras parece que se quiere excluir al nuncio del régimen jurídico de la representación. ¿Qué consecuencias se obtienen con ello?. Muy escasas, como en seguida veremos. Por lo pronto, es menester señalar que todo nuncio estará ligado con el *dominus nego-*

tií por una relación jurídica idéntica a la que surge en la representación. No es posible establecer en este punto diferencia alguna.

Una diferencia de trato jurídico entre ambas figuras se ha querido encontrar en materia de capacidad. El nuncio, se dice, no necesita la capacidad exigida para ser representante. Le basta la capacidad natural. Pero esta idea parece totalmente equivocada, cuando para algunos autores y para algún ordenamiento jurídico positivo, tampoco el representante necesita más que la capacidad natural. Señalaremos, además, que la función de nuncio implica una determinada responsabilidad, para la cual se precisa la capacidad de obrar necesaria para obligarse. Finalmente, las consecuencias de la intervención de un nuncio incapaz no son distintas de las que se producen por la intervención de un representante incapaz.

C A P I T U L O I I

LA REPRESENTACION.

- 2.1 Concepto y Fines de la Representación.
- 2.2 Importancia de la Representación.
- 2.3 Ambito o Delimitación de la Representación.
- 2.4 Fuentes de la Representación.
- 2.5 Naturaleza Jurídica de la Representación.
- 2.6 Teorías de la Representación.
 - 2.6.1 Teoría Negativa.
 - 2.6.2 Teoría de la Ficción.
 - 2.6.3 Teoría del Nuncio.
 - 2.6.4 Teoría de la Cooperación.
 - 2.6.5 Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad del Representado por la del Representante o Teoría de la Modalidad.
- 2.7 Clases de Representación.
- 2.8 Representación Voluntaria.
 - 2.8.1 Poder.
 - 2.8.2 Representación Directa.
 - 2.8.3 Representación Indirecta.
- 2.9 Representación Legal.
- 2.10 Requisitos de la Representación.
- 2.11 Efectos Jurídicos de la Representación.

C A P I T U L O I I

LA REPRESENTACION.

2.1 Concepto y Fines de la Representación.

Hemos analizado las cuestiones históricas y dogmáticas inherentes a la figura de la representación, ahora consideremos la aplicación jurídica de este concepto en nuestro Derecho Positivo y su facticidad. Primero elaborando un concepto y segundo explicando sus fines.

Se puede definir a la representación como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. O bien, manejando otra definición cabe decir, en términos generales, que la representación, en su más amplio sentido, envuelve la actuación en nombre de otro. El que celebra materialmente el negocio es el representante y aquél en cuya persona o patrimonio repercuten los efectos del negocio celebrado en su nombre, es el representado.

Otro concepto sería que la representación es 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.

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.

La institución de la representación desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas. Desde luego, hay incapaces que no pueden ejercitar por sí mismos sus derechos porque les falta el discernimiento necesario. La ley les nombra entonces un representante que obre por su cuenta. El

incapaz llega a ser propietario, acreedor, deudor, como si él mismo hubiese celebrado el acto jurídico.

Por otra parte, la representación facilita la formación de las relaciones jurídicas entre personas capaces, permitiéndoles ejecutar actos sin aparecer ellos mismos. Suprime las imposibilidades materiales y otras, que a menudo pondrían obstáculo a la celebración de una operación. Su utilidad se manifiesta principalmente en la esfera del patrimonio.

Es una institución jurídica muy antigua. Su utilidad está fuera de duda, pues permite actuar a una persona simultáneamente y en lugares distintos, produciendo el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad. A través de ella se obtiene una doble ventaja: por parte del representado se da la ubicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; y por parte del representante, en caso de representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quien la tiene limitada.

Aunque la representación normalmente se estudia dentro del Derecho Privado, concretamente en los actos jurídicos, cuando en realidad su ámbito de acción es más amplio ya que se extiende al Derecho Público, en el Procesal, Constitucional, Administrativo y otros. (19)

La posibilidad de representación está restringida tratándose de actos personalísimos, como el testamento y el reconocimiento de hijos, que por esencia tienen esta característica, art. 1295 Código Civil.

En todos aquellos casos en que la realización de un acto no entraña una decisión exclusiva e intransmisible de la voluntad, el Derecho permite que pueda actuar una persona por cuenta y en interés de otra, atribuyendo todos los efectos que del mismo se derivan a aquél por quien se actúa (20). Esta forma de actuar se conoce con el nombre de representación y

-
- (19) Ricardo RUIZ SERRAMALERA. Derecho Civil. El Negocio Jurídico. Elementos y Eficacia de la Representación. 1980, Universidad Complutense, Madrid, ESPAÑA, p. 439.
- (20) Bernardo PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Representación, Poder y Mandato. 1984, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO, p. 11.

bien podríamos decir que la representación es una institución mediante la cual una persona queda obligada o adquiere un derecho como consecuencia inmediata y directa del acto jurídico celebrado en su nombre por un tercero debidamente facultado para ello.

En otro orden de ideas, podríamos decir que la actuación jurídica es generalmente una actuación del interesado para sí: quien celebra un acto jurídico o contrae con él una obligación o dispone sobre un derecho en virtud del poder de disposición que le corresponde, o adquiere un derecho para sí. La autonomía privada, a cuya realización sirve el acto jurídico, significa la posibilidad de que dispone el individuo para crear por sí sus relaciones jurídicas con otra persona, generalmente de acuerdo con ésta.

No obstante, en una economía de intercambio evolucionada se origina la necesidad imperiosa de hacer que otro actúe en lugar del interesado, de forma que aquél, el representante, pueda constituir efectos jurídicos para el representado del mismo modo que éste puede constituirlos para sí. El representado, al hacer que el representante obre en su lugar, amplía su esfera de actuación y las posibilidades de salvaguardar sus intereses en el tráfico jurídico-negocial. El representante está, así, en situación de concluir actos jurídicos para el representado en lugar distinto o mientras éste se halle transitoriamente impedido para ello, produciendo derechos y obligaciones para el representado como si él mismo hubiese celebrado tales actos jurídicos.

Hemos visto como se conjugan concepto y fines y no cabe duda de su importancia práctica. En tanto que permite actuar a las personas fuera de su estrecho radio de acción material, como por los problemas jurídicos que puede plantear respecto a atribuciones y responsabilidades patrimoniales.

2.2 Importancia de la Representación.

La representación facilita enormemente el comercio jurídico, pues permite celebrar actos y contratos entre personas ausentes, que sin este medio seguramente no podrían realizar los actos jurídicos en definitiva. Tal sucede con el que confiere mandato para celebrar un acto jurídico en un país diverso o en otro lugar distante. Además en los casos de repre-

sentación legal no sólo es conveniente sino que suple la falta de voluntad y permite a ciertos incapaces la celebración de actos que en ningún caso les hubiere sido posible realizar. Así ocurre con la representación legal de los absolutamente incapaces, dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y algo semejante ocurre aún con personas capaces, como las personas jurídicas.

En suma, la representación siempre es útil y en ciertos casos es el único medio que tienen algunas personas para celebrar actos jurídicos.

Fue debido a esta utilidad práctica que la representación se impuso en el Derecho Romano, no obstante que había textos expresos que lo prohibían. Aunque ahora nos resulte inexplicable. En los primeros tiempos los tutores, al contratar para sus pupilos, adquirían para sí los derechos que surgían del acto y en seguida debían traspasarlos a los interesados. Y con mayor razón esto mismo sucedía con los mandatarios. La ausencia de representantes y los inconvenientes de todo orden que producía el traspaso de derechos con doble desplazamiento de bienes, los riesgos de insolvencia del pseudo-representante antes de hacer el traspaso, etc., hicieron que el Derecho Pretorio aceptara, en la adquisición de derechos reales primeramente y más tarde en materia contractual, una representación semejante a la que conoce el Derecho Moderno. Pero la representación sólo vino a tener una reglamentación precisa y adecuada en el Derecho de Justiniano.

Durante la Edad Media la representación no tuvo progreso alguno sobre lo establecido en el Derecho Romano.

El Derecho Canónico, entre los siglos XIII y XIV, aceptó la representación sin limitaciones, enunciando el principio "*qui facit per alium facit per se*".

En la Epoca Moderna, Pothier es el primero en exaltar la importancia de la representación y precisa claramente el concepto de ella. (21)

(21) Pothier *apud* Avelino LEON HURTADO. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. 1952. Editorial Jurídica de Chile. CHILE, pp. 265-266.

2.3 Ambito o Delimitación de la Representación.

Al tener la representación como finalidad el que una persona pueda actuar por cuenta de otra a la que se le van a atribuir los efectos del acto realizado, es lógico entender que a pesar de la amplitud con que es admitida en el Derecho, sólo puede tener utilización para realizar actos que no sean personalísimos, puesto que en estos casos nadie puede suplir ni la voluntad ni la declaración de quien debe realizar directamente el acto.

Por esta razón se puede afirmar con carácter general que la representación queda excluida en las siguientes esferas:

En principio, la representación es admisible para toda clase de actos jurídicos del Derecho Privado, inclusive para los del Registro Civil, según lo dispone el art. 44 del Código Civil para el Distrito Federal.

Hay negocios, sin embargo, que por su propia naturaleza requieren la intervención personal del directamente interesado y que, por consecuencia, no pueden admitir ni admiten la representación. Tal es la razón del art. 2548 del propio Código, que dice:

"Art. 2548.- Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado".

Figuran entre éstos el otorgamiento de testamento, que siendo por definición y por disposición del art. 1295 del mencionado Código "un acto personalísimo", indudablemente que no puede ser objeto de la representación; las juntas de avenencia en los divorcios voluntarios, en las que, según el art. 678 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala:

"Art. 678.- Los cónyuges no pueden hacerse representar."

Y, en fin, los actos que como el de declarar como testigo en un proceso determinado, obviamente, de ninguna manera pueden ser objeto de la representación.

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 hayan conferido tales facultades y atribuciones; en este caso, también existe representación aunque la actuación a nombre ajeno esté sujeta a una ratificación posterior de aquél a cuyo nombre se obra.

Representante es quien obra a nombre de otro, representado es aquél a cuyo nombre se obra. Esta terminología es la más precisa y correcta y la que comprende genéricamente otras designaciones que se refieren ya sea a manifestaciones concretas de la representación o a negocios con los que esta institución jurídica suele ir vinculada.

Así por ejemplo, en lugar de representante y representado hablamos de apoderado y poderdante en aquel negocio representativo que se denomina poder o procura; de factor, gerente o director general, por un lado y principal por otro, en la factoría; de mandatario y mandante o comisionista y comitente, en el mandato y en la comisión, aunque no siempre en estos dos últimos negocios exista representación y sí en cambio la haya siempre en el poder y la factoría.

2.4 Fuentes de la Representación.

Ya hemos dicho que la representación puede ser legal o voluntaria. Así, en ciertos casos, el juez designa la persona del representante legal, como los curadores dativos, por ejemplo, pero esto no significa que la representación tenga su origen o fuente en la resolución judicial que nombra al representante. Sólo la ley o la voluntad de los particulares son fuente de la representación. No hay, representación judicial, aunque a veces los tribunales intervengan para designar la persona del representante o para determinar sus atribuciones.

Existen algunos tratadistas que, además de las clases de representación que ya mencionamos, agregan una más, incorporando su fuente y esta es la representación oficiosa. Se da esta representación en la gestión de negocios que siendo, como es, una fuente de las obligaciones, se estudia *in extenso*, como tal, dentro de la Teoría General de las Obligaciones y como una clasificación más de la representación.

Los casos más frecuentes de representación son los legales y los voluntarios. En la representación legal son los establecidos a favor de los incapaces, existiendo otros como las ventas forzadas, el síndico y otros.

Aparte de la representación legal existe la representación voluntaria. Pero en nuestro Derecho la representación voluntaria es siempre convencional, o sea, sólo tiene su origen en el mandato. Para que haya representación voluntaria es necesario que exista mandato, pero, por la inversa, puede haber mandato sin representación.

En las fuentes de la representación es importante precisar la individualidad y autonomía de la voluntad y lo establecido por la ley.

En un mundo jurídico regido en el principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad constituye, sin ningún género de duda, la regla general. Sólo hay representación si el representado o principal así lo ha querido. La representación es obra de la voluntad del representado, que es quien mediante un acto de voluntad crea la situación representativa y quien establece el ámbito o cuadro de los poderes del representante. La voluntad del representado, principal o *dominus* es, por regla general, la fuente de la representación y la fuerza de configuración de los poderes de representación.

Entendemos que en la representación legal existen auténticos poderes del representante, concebidos como el ámbito de las facultades que al representante se entregan, que pueden tener unos y otros límites y una u otra extensión.

Esto parece en principio claro cuando la ley regula la representación legal de los menores, incapacitados (en las sucesiones, fideicomiso, etc.) y como corresponde a los padres ejercer sus facultades de administración y de disposición sobre

los menores. Esta idea en materia de tutela, donde existe un elenco de facultades del tutor, una serie de actos en los cuales el tutor necesita como fuente de autorización un principio legal. Todo ello quiere decirnos que se puede hablar de poderes de representación en la representación legal y que los problemas relativos a ésta son contemplados por la ley.

Los poderes *ex lege*, en sentido estricto, son poderes de representación que tienen a la ley como su fuente directa y en los cuales es la ley quien los configura y quien determina su ámbito de extensión. En un sentido más amplio, es posible situar en el campo de los poderes *ex lege* una serie de hipótesis mixtas o híbridas, en las cuales, si bien la atribución del poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la ley, de manera que su contenido es siempre legal. Para aludir a esta última hipótesis se ha hablado en alguna ocasión de poderes típicos, en el sentido de que, si bien el poderdante puede conferir o no conferir el poder, no puede, sin embargo, modificar los términos legales de su contenido. Este es el caso, según creemos, de los poderes atribuidos a los factores mercantiles, a los administradores de sociedades mercantiles y a los presidentes de las comunidades de propietarios en régimen de condominio.

2.5 Naturaleza Jurídica de la Representación.

La actuación jurídico-negocial es generalmente una actuación del interesado para sí: quien celebra un negocio jurídico, o contrae con él una obligación, o dispone sobre un derecho en virtud del poder de disposición que le corresponde, o adquiere un derecho para sí.

La autonomía privada, a cuya realización sirve el negocio jurídico, significa la posibilidad de que dispone el individuo para crear por sí sus relaciones jurídicas con otra persona, generalmente de acuerdo con ésta. No obstante, en una economía de intercambio evolucionada se origina esta necesidad imperiosa de hacer que otro actúe en lugar del interesado, de forma que aquél, el representante, pueda constituir efectos jurídicos para el representado del mismo modo que éste puede constituirlos para sí. El representado, al hacer que el representante obre en su lugar, amplía su esfera de actuación y las posibilidades de salvaguardar sus intereses en el tráfico jurí-

dico-negocial. El representante está en situación de concluir negocios jurídicos para el representado en un lugar distinto o mientras éste se halle transitoriamente impedido para ello, produciendo derechos y obligaciones para el representante como si él mismo hubiese celebrado tales negocios jurídicos.

Las condiciones para ello son, de una parte, que el ordenamiento jurídico reconozca, en principio, la posibilidad de actuar en representación de otro y con efectos para éste y, además, que los requisitos establecidos para ello por la ley se hayan cumplido en el caso particular. Tanto la admisibilidad de principio como los requisitos legales de la representación resultan de la ley. Estos requisitos son: emisión de una declaración en nombre del representado y dentro del poder de representación que compete al representante.

La naturaleza jurídica de la representación consiste, según esto, en que el representante celebra en lugar del representado un negocio jurídico para éste, el cual es considerado, respecto a sus efectos jurídicos, como un negocio jurídico del propio representado. El representante concluye, ciertamente, el negocio, pero no como propio sino como negocio de otro, quien es representado por aquél. El representado y no el representante llega a ser parte en el negocio; a él es a quien afectan todos los efectos jurídicos de tal negocio. La celebración de un negocio jurídico para otro con el efecto de que éste, y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio, constituye el concepto de la representación.

Su efecto normal es la salvaguardia de los intereses del representado por el representante en el tráfico jurídico-negocial. Esto es un fin exclusivo en la representación legal de una persona que por carece de capacidad negocial o tenerla limitada, jurídicamente no está en situación, o sólo lo está en grado limitado, de salvaguardar por sí sus intereses. Sin embargo, la salvaguardia de intereses no es una característica conceptual de la representación; como tampoco la salvaguardia de intereses ajenos en el tráfico jurídico negocial es sólo posible en forma de representación directa. El representante nombrado mediante negocio jurídico, esto es, por el propio representado, puede también estar autorizado por éste para salvaguardar un interés propio o el de un tercero, el propietario de un inmueble con una hipoteca que debe servir como garantía de un préstamo a conceder al representante. Por tanto, ha de distinguirse entre el concepto de representante y el de representante de intereses. Eso es importante, ante todo para el encuadramiento de los representantes de oficinas,

quienes frecuentemente tutelan intereses distintos de los del representado por ellos.

De acuerdo con la naturaleza jurídica de la representación, esta es posible no sólo en la emisión sino también en la recepción de una declaración de voluntad. El representante, se habla al respecto de representación pasiva, se halla en este caso en lugar del representado en lo referente a la recepción de una declaración oral o a la llegada de una declaración escrita: si ha oído la declaración o si la ha recibido, y siempre que tenga poder de representación pasiva, ello tiene jurídicamente el mismo significado que si el representado hubiese oído o recibido la declaración. La representación activa y la pasiva están las más veces conectadas entre sí. Si V, en representación de A, hace para éste una propuesta de contrato a B, generalmente B aceptará esa propuesta declarando la aceptación de V, con la llegada de la declaración de aceptación a V, el contrato se ha realizado con efectos para A. En la manifestación de la propuesta, V actúa como representante activo de A, y al recibir la declaración de aceptación, actúa como representante pasivo del mismo. Quien está facultado para la representación activa, lo está también, generalmente, para la representación pasiva en el asunto al respecto. Inversamente, quien carece de poder de representación activo en ese asunto, tampoco tiene, por lo general, el pasivo.

Se denomina poder de apoderamiento el poder jurídico para representar a otro en un negocio jurídico, en algunos o todos los negocios jurídicos. Puede ser concedido al representante por el propio representado; en este caso lo denominamos poder. Cabe que el poder de representación tenga su fundamento en los estatutos de una persona jurídica, y se fundamenta entonces en el caso particular constituyendo un órgano o nombrando un representante de esa persona jurídica conforme a los estatutos. Por último, puede hallar su fundamento directamente en la ley, y en este supuesto se obtiene al realizarse el a cuyo acaecimiento conecta la ley el poder de representación. Son representantes legales los padres, tutores y curadores.

El otorgamiento de un poder, esto es, la concesión jurídico-negocial de un poder de representación por el propio representado, deja intactas las posibilidades de actuación jurídico-negociales de éste. Sólo ha de admitir contra sí aquellos negocios jurídicos que ha celebrado su representante para él en el ámbito del poder que se le ha otorgado. Dado que la posibilidad de actuar por sí respecto a los negocios jurídicos no está limitada por el hecho de haber otorgado a otro un po-

der, y puesto que el poder de representación del representado se basa en este caso en su propia voluntad, la institución de la representación basada en un poder no contradice el principio de autonomía privada, antes bien, representa una ampliación de las posibilidades intrínsecas de la autonomía privada. Las personas jurídicas son capaces de actuar, en general, en el quehacer jurídico sólo debido a los órganos que pueden representarlos. La representación legal del menor por sus padres, y la de los incapacitados y menores que no se hallan bajo la patria potestad por un tutor, tienen por objeto el cuidado de sus asuntos, lo cual ha de efectuarse en estos casos por otro, pues ellos mismos no están en situación de hacerlo, según el criterio del ordenamiento jurídico. Tampoco existe aquí contradicción con el principio de la autonomía privada, pues estas personas no son capaces de tener en ningún caso dicha autonomía. El menor o el tutelado no carecen de autonomía privada porque tengan un representante legal, sino que reciben un representante legal porque les falta la capacidad de ejercicio propia y en tanto carezcan de ella. La representación legal está destinada a eliminar la laguna que se origina al no poder actuar con autonomía privada las personas al respecto, aunque son sujetos de derecho. El ordenamiento jurídico procura sustituir la capacidad de obrar de que carecen haciendo que otros actúen con ellos o para ellos como representantes legales.

2.6 Teorías de la Representación.

La idea de la representación legal se encuentra reiteradamente utilizada por nuestro Código Civil y recogida en algunas otras leyes especiales. Esta institución desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas, motivo por el cual algunos juristas han elaborado teorías conducentes a la representación tratando de explicar la naturaleza jurídica de la misma, es decir, cómo y porqué los efectos jurídicos del acto no se radican en quienes lo celebran sino directamente en el representado.

Debido a esta utilidad práctica de la representación se impuso la necesidad entre los tratadistas de estructurar sus indicaciones en teorías que precisamente tratan de explicar la mecánica de la representación. En suma, la representación siempre es útil y, en ciertos casos, es el único medio que tienen algunas personas para celebrar actos jurídicos y para realizarlos es necesario comprender la naturaleza de esta figura para darle una explicación adecuada.

Para ello es necesario el análisis de las siguientes teorías que nos tratan de explicar la formación del acto jurídico de la representación.

2.6.1 Teoría Negativa.

Según Deguit, la representación debe rechazarse porque es un producto del espíritu que no tiene nada de real; es la consecuencia de un análisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico. Este punto ha sido rebatido por Madray afirmando que la representación tiene una existencia real. (22)

2.6.2 Teoría de la Ficción.

Quienes sostienen la Teoría de la Ficción, principalmente Geny y Renart, consideran que la representación se deriva de una ficción legal.

Geny dice:

"Según la concepción, que nos sugiere una vista ingenua de las cosas, cada uno está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecuta 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. Bastaría, se dirá, para llegar a ese resultado con invertir el principio inicial. ¿Quién no ve, sin embargo, que eso es precisamente deformar la realidad, y que si se pretendiera hacerlo brutalmente y por vía de autoridad se arriesgaría a destruir la noción de individualidad que sigue

(22) Cfr. LEON HURTADO, *ob. cit.* p. 267

siendo un fundamento necesario de toda nuestra concepción de Derecho?. No se puede escapar a la dificultad, sino aceptando aquí la ficción de la representación por otro, de la cual se apartarán los excesos, sometiéndola a las circunstancias y condiciones necesarias." (23)

Geny, en el Tomo III de su libro "Science et Technique en Droit Privé Positif", cita a varios autores ya en pro, ya en contra.

Renart se declara defensor de las ficciones del Derecho y Bonnacase critica la persistencia de las mismas.

Geny adopta una posición intermedia conservando las ficciones pero evitando las exageraciones y abusos. Geny, refiriéndose a la representación, expresa que nos encontramos inmersos en la vida jurídica por los actos que ejecutamos en forma personal.

Existen otros autores que no comulgan con la Teoría de la Ficción. Esta teoría es la tradicional en Francia, viene de Pothier; ha sido enseñada por Labbé, Laurent, Planiol y otros autores de renombre. Lo cual, dice Madray, "le permite, si no desarrollarse, al menos no morir".

Para Pothier, es el mandante el que se considera que contrata por su ministerio y quien se obliga hacia las personas con las cuales su mandatario ha contratado en esta calidad. El mandatario, en este caso, no contrae ninguna obligación para con las personas con las que contrata en esta calidad, porque no es él quien se reputa que contrata; no hace sino interponer su ministerio por el cual se considera que el mandante contrata. (24)

Labbé dice que el mandatario representa al mandante en los actos que ha recibido poder de ejecutar; el tutor representa al pupilo en todos los actos de la vida civil. El man-

(23) Raúl ORTIZ-URQUIDI, Derecho Civil. 2a. Edición. 1982, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. MEXICO, p. 262.

(24) ORTIZ-URQUIDI, ob. cit. p. 262.

dante, el menor, son vistos como habiendo estado presentes, partes en los actos hechos en su nombre y en su interés. El mandatario, el tutor, han sostenido la personalidad de otro; su personalidad propia es extraña a los actos que han ejecutado. (25)

Laurent dice que cuando el mandatario contrata en nombre del mandante, éste es considerado contratante y contrata realmente por el órgano del mandatario; es él quien estipula o quien promete. De donde resulta que está directamente obligado por lo que hace el mandatario: el hecho del mandatario es el hecho del mandante. (26)

Planiol tratando del papel del tutor dice:

"Para la administración de los bienes, el tutor representa al pupilo. Su función consiste, pues, en ejecutar en nombre y en interés de su pupilo todos los actos jurídicos que fueren necesarios. Ya se sabe que lo que es la representación en los actos jurídicos, ficción que reputa hechos por el representado, en la especie, el pupilo, los actos ejecutados por el representante, en la especie, el tutor".

El mismo autor refiriéndose al mandato entre esposos dice:

"Es siempre aquél de los dos que da mandato al otro el que se reputa ejecutar el acto que es objeto del mandato, gracias a la ficción de la representación en los actos jurídicos". (27)

Windscheid declara que la relación es más precisamente de concebirse así que la declaración de voluntad del representante produce aquéllos efectos jurídicos que se verificarían si una declaración de voluntad de la misma especie fuese

(25) *Ibidem.*

(26) *Idem.*

(27) *Idem.*

emitida por el representado. Por otra parte, lo que de hecho existe y de lo cual el Derecho hace proceder efectos, es siempre una declaración de voluntad del representante. Por lo mismo, para el representado no llega a perfeccionarse un acto jurídico si el representante no ha querido lo que ha declarado querer. El administrador de un patrimonio de otro da un mutuo a nombre del principal. Un tutor vende a nombre del pupilo. El administrador y el tutor no declaran la voluntad de aquéllos por los cuales obran, sino su propia voluntad; pero quieren que su declaración de voluntad tenga que ser jurídicamente considerada como declaración de voluntad del representado. (28)

Cunha Goncalvez critica la Teoría de la Ficción, pero en realidad se coloca dentro de ella cuando expone su teoría. El dice que lo más importante es atender a las voluntades jurídicas y no a las voluntades físicas; ya que las voluntades jurídicas son las que se encuentran consagradas en la ley. Ahora bien, tanto en la representación legal cuanto en la convencional hay, del lado respectivo del convenio, una sola voluntad jurídica y es la del representado (29). Bajo este aspecto tenía razón Pothier. El representante es, apenas, el instrumento legal de esa voluntad; y por eso no hay que atribuir a la ficción el hecho de que su acto aproveche directamente al representado. El representante, ya sea convencional o legal, deliberando por sí o ejecutando instrucciones expresas, siempre, por su boca, una voluntad jurídica ajena; y el otro contratante, vinculado a ésta su voluntad, manifiestamente no contrata con el representante sino con el representado. Pero esa voluntad jurídica del representado siendo, en gran parte, un fenómeno psíquico del representante, queda explicado que los vicios de consentimiento del representante produzcan efecto como si fuesen idénticos vicios de la voluntad del representado. Y agrega, el efecto esencial de la representación es que el contrato celebrado por el representante se reputa estipulado directamente por el representado. (30)

Demogue es uno de los más fuertes críticos de esta teoría, ya que dice que encuadra mal con el caso de representación legal o judicial en la que el representado carece de voluntad eficaz. (31)

(28) *Idem.*

(29) *Idem.*

(30) *Idem.*

(31) *Idem.*

2.6.3 Teoría del Nuncio.

El promotor de esta Teoría es Savigny, quien considera que el representante no es sino un simple mensajero, un nuncio, quien lleva la palabra del representado. Es éste quien contrata en realidad y no el representante, el que no declara su propia voluntad sino la voluntad de otro. Decir de un representante que es otra cosa que un mensajero es decir simplemente que un representante no lo es. Y ¿no es por una verdadera ficción por lo que se ha podido decir que el representante no hace sino transmitir la voluntad del representado, cuando este último es un incapaz, un loco, una persona incierta o futura?. Esta teoría, que ninguna persona defiende hoy, es impotente para explicar todos los casos de la representación. Ella conduce, por otra parte, a consecuencias injustas; conduce a no tener en cuenta para las condiciones de capacidad y para los vicios del consentimiento, sino para la persona del representado.

En esta teoría Savigny considera que el representante tiene como única función llevar las palabras del representado como un simple mensajero portador de una voluntad ajena. Esta teoría no explica el caso de los representantes de menores e incapaces y, sin embargo, es útil para explicar el mandato especial. (32)

Savigny dice que el contrato lo celebra el representado y que el representante actúa como *muntis* o mensajero que transmite la voluntad de aquél.

Esta teoría avanza sobre la Teoría de la Ficción por cuanto precisa que el acto lo celebra el representado. No explica la representación legal de los absolutamente incapaces en la que no hay voluntad en el representado y mal puede, entonces, el representante ser simple portador de ella.

Más aún, dentro de la representación legal, en el caso de las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor en pública subasta, el juez es el representante legal del ejecutado y la voluntad de éste será generalmente contraria a transferir el dominio, no obstante lo cual el representante expresa la voluntad de transferirlo.

(32) LEON HURTADO, *ob. cit.* p. 268.

Y aún en la representación voluntaria, cuando se confiere un mandato general, el representado ignorará la mayoría de los actos jurídicos que el representante celebre en su nombre. Mal puede decirse entonces que el representante es un simple mensajero de la voluntad del representado cuando éste ignora el acto jurídico que va a celebrar. Igual cosa puede decirse de los casos de representación sin poder, como en la gestión de negocios ajenos.

Finalmente, recordamos con Salielles que esta teoría, al suprimir al representante convirtiéndolo en un simple mensajero, no explica sino que suprime la representación (33).

2.6.4 Teoría de la Cooperación.

Esta teoría fue formulada por el jurista alemán Mitteis y dice que en la representación se produce una cooperación de las voluntades del representado y del representante para formar el acto jurídico cuyos efectos se radicarán exclusivamente en el representado.

La Teoría de Mitteis incurre en el mismo error que hemos señalado para la teoría del *Muntis*, en cuanto que el representado no puede tener voluntad o tener voluntad contraria y podría hablarse entonces de cooperación de voluntades.

Además, este criterio de tomar parte de la voluntad del representante y parte del representado, no simplifica sino que complica el problema. Así por ejemplo, los vicios del consentimiento ¿en quién deberán producirse para anular el contrato?. Si fuere en ambos, y sólo una voluntad estuviere viciada. ¿Cómo podría resolverse la cuestión?.

Por último, cabe observar que esta supuesta cooperación que ideó Mitteis, confundió en la representación voluntaria dos actos jurídicos absolutamente distintos: el otorgamiento de poder, acto por el cual el representado autoriza al representante para actuar y el acto mismo que celebra en seguida el representante. En este segundo acto que generalmente celebrará con un tercero, pues se tratará de una compraventa,

(33) *Ibidem*.

arrendamiento, etc., nada tiene que ver con la voluntad del representado manifestada en el primer acto jurídico. (34)

Mitteis insiste en que hay que admitir que el representante no contrata solo, y que el representado no contrata de manera exclusiva, sino que ambos contratan jurídicamente y los dos producen el acto jurídico. No hay que hacer caso de la voluntad del representante sino en la medida en que la ha manifestado psicológicamente; hay que tomar en consideración, por consiguiente, las instrucciones que ha recibido del representado. En la medida de estas instrucciones es éste último el que quiere, en cuanto a lo demás es el representante. (35)

Tanto el representado como el representante cooperan a la formación del negocio y se debe determinar su validez y su contenido según las dos voluntades, del representado y del representante, en la parte en que cada una efectivamente influye en la formación del negocio. Según esta doctrina, en el mandato general se deberá esencialmente tener en cuenta a la voluntad del representado y en el mandato, en que se encuentran determinados sólo algunos elementos, se deberá atender simultáneamente a las dos voluntades, a cada una en la parte concreta de las determinaciones contractuales respectivas.

Finalmente, diremos que esta teoría produce complicaciones sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no hacen sino hacer obtuso el problema. Además, esta teoría se confunde con la del *muntis*, pues la cooperación que presta la voluntad del representante consiste en dar a conocer la voluntad del representado, lo que equivale a confundir al representante con un simple mensajero, ya que podríamos decir que éste también coopera transmitiendo la voluntad del representado.

2.6.5 Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad del Representado por la del Representante o Teoría de la Modalidad.

Pilón realiza su aportación a esta teoría cuando expresa que la representación se analiza en la sustitución real

(34) LEON HURTADO, *ob. cit.* p. 269.

(35) *Ibidem.*

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. (36)

Según esta teoría, el acto jurídico lo celebra el representante, lo que no obsta a que todos los efectos del acto se radiquen en el representado. Esta situación no tiene nada de extraordinario si se abandona la concepción subjetiva de la obligación, de origen romanístico y primitivo y se acepta una concepción objetiva. La obligación no es tanto un vínculo entre personas determinadas, cuando entre dos patrimonios; las personas intervienen como órganos relacionadores. Y así una persona puede con su voluntad afectar un patrimonio distinto del que le es propio y, por su parte, el titular de ese patrimonio representado, que no ha manifestado su voluntad, recibe inmediata y directamente todos los efectos del acto, pues ha sido constituido por el representante.

Colin y Capitant por su parte, después de criticar la Teoría de la Ficción, dicen que en el estado actual de Derecho un acto jurídico puede producir sus efectos en una persona distinta de aquélla que lo ha ejecutado. Así, el acto hecho por un representante presenta un doble aspecto. Por una parte, el representante es el que hace el acto; por la otra, los efectos de este acto se producen en el representado (37).

Planiol, Ripert y Esmein opinan que el representante en lugar de ponerse la personalidad del representado, le substituye la suya y manifiesta una voluntad propia para la celebración del acto jurídico (38).

Para el profesor Levy Ullmann la representación es la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto, ejecutado por una persona llamada representante por cuenta de otra llamada 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 por fin modificar ese efecto: las con-

(36) LEON HURTADO, *ob. cit.* p. 270.

(37) *Ibidem.*

(38) *Idem.*

secuencias del acto se producirán en la persona de un tercero, el representado. (39)

Levy Ullmann está convencido de que la representación es una modalidad del acto jurídico, en cuando los efectos del acto no se radican en la persona que lo celebra como es lo normal sino en un tercero. Esta conclusión es correcta puesto que se entiende por modalidad todo elemento accidental que pueda afectar o modificar los efectos normales del acto jurídico, sea por disposición de la ley o por voluntad de las partes. La modalidad se estipula tácitamente ya que al contratar con un representante se actúa *contemplatio dominus*, o sea, con la intención de radicar los efectos del acto en el representado y no en el representante (40).

La Teoría de la Substitución, también llamada modalidad, tiene perfecta cabida en nuestro Derecho pues hace operar la representación como una modalidad del acto que celebra el representante.

Del hecho que la representación sea una modalidad del acto jurídico se desprenden las siguientes principales consecuencias:

a).- El acto lo celebra el representante; en él habrá que considerar los vicios del consentimiento.

b).- Siendo una modalidad, constituye una excepción, pues los actos se reputan puros y simples. Luego, quien invoque la representación deberá probarla. Si no se acredita, el acto será puro y simple y no afectará al supuesto representado.

c).- Todos los actos jurídicos son susceptibles de modalidades y, por consiguiente, salvo prohibición expresa, todos son susceptibles de celebrarse por medio de representantes; y

d).- Como la modalidad consiste en que los efectos se produzcan en el representado y no en el representante, sólo pueden celebrarse por representantes los actos que el representado pueda celebrar por sí mismo. No cabría, por ejemplo, la

(39) *Idem*.

(40) LEON HURTADO, *ob. cit.* p. 271.

compraventa por intermedio de mandatarios entre cónyuges no divorciados.

Ihering afirma que el principio de la representación no es otra cosa que la separación de la causa y el efecto del acto. La causa: la acción concierne a la persona del representante; el efecto: el derecho, concierne al representado. (41)

Una referencia más con respecto a la representación es aportada por Enneccerus y Nipperdey. Ellos exponen que en la voluntad declarada expresa o tácita de la persona que actúa y en la ley que reconoce esta voluntad, se basa en que los efectos del negocio no afecten al representado. Así pues, para explicar este efecto, el negocio es concluido únicamente por el representante pero el efecto se produce en el representado. (42)

Por su parte Madray, basándose en la definición de acto jurídico por Bonnecase, explica así la representación en cuanto a sus efectos.

"El representante manifiesta su voluntad de celebrar un acto cuyas consecuencias se producirán únicamente en otra persona; el tercero acepta. Una regla de Derecho entra en movimiento porque sus condiciones de aplicación se han cumplido por las partes; tiene por resultado engendrar efectos de derecho en contra o en provecho de varias personas, que son, en la especie, el representado y el tercero". (43)

Finalmente, Bonnecase acepta el punto de vista de Madray. Observa que la ley no ha organizado la representación de una manera abstracta y rígida sino que ha previsto tipos de representantes y en ocasión de cada uno de ellos, ha edificado reglas susceptibles de alcanzar el fin perseguido (44).

(41) Manuel BORJA SORIANO, Teoría General de las Obligaciones. 8va. Edición, 1982, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. p. 249.

(42) BORJA SORIANO, *ob. cit.* p. 249.

(43) *Ibidem.*

(44) *Idem.*

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 arts. de nuestros Códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la teoría conocida era la de la Ficción, que ésta es tradicional en México como en Francia, creemos que con el criterio de esta teoría es como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación.

Como consecuencia del análisis de las teorías de la representación agregaremos el siguiente comentario: Como la manifestación de voluntad emana del representante, es preciso que sea capaz de querer; pero esta capacidad le basta y no es necesario que sea capaz de obligarse, pues que el acto no produce ninguna consecuencia jurídica en cuanto a su patrimonio. Si la manifestación de voluntad del representante está afectada de nulidad, el representado podrá pedir la anulación del acto jurídico. Como los efectos de éste se producen en la persona del representado, éste es quien debe tener las condiciones de capacidad requeridas para la validez de la operación, v.gr. si el representado ha dado mandato para enajenar o hipotecar un inmueble, es preciso que él tenga la capacidad requerida por la ley para efectuar esos actos.

2.7 Clases de Representación.

Cuando se trata de clasificar la representación se suele hacer una serie de distinciones según diversos criterios de orientación, pero que más que afectar a la representación en sí misma afectan a ciertas formas de manifestarse o conducirse, como pueden ser para qué se concede o cómo se actúa, o cual es su contenido. Por eso la única clasificación que debe ser considerada como válida es la que se refiere a su origen, ya que éste es el que da un carácter especial a cada tipo de representación.

Atendiendo a su origen se distingue entre representación voluntaria y representación legal.

La representación voluntaria es la que proviene de la propia voluntad del representado. Como después se verá, la representación es concedida exclusivamente por quien decide nombrar un representante, sin necesidad de que éste intervenga en su otorgamiento (poder o negocio de apoderamiento), pero como es preciso que quien va actuar por cuenta de otro consienta en hacerlo, se hace necesaria también la existencia de un negocio distinto (anterior o posterior al apoderamiento) por el que resulte obligado (como puede ser el mandato, el arrendamiento de servicios, la sociedad, la prestación de servicios profesionales, etc.).

La representación legal tiene su base en el mismo Derecho, el cual atribuye a una persona la facultad (que suele ser a la vez, una obligación) de actuar por cuenta de otro, bien porque el representado tiene limitada su capacidad (como ocurre con los menores incapacitados), bien porque se pretende proteger unos bienes que actualmente no se pueden administrar (como en la ausencia) o está prohibida su administración (como la quiebra). En estos casos, la concesión del poder depende directamente de la ley, sin necesidad, tampoco, de la aceptación del representante en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la representación voluntaria, no es necesario que el representante quede obligado en virtud de un negocio distinto, sino que su obligación proviene de la misma situación jurídica en que se encuentre con respecto al representado.

En todo caso es preciso, para que el representante pueda actuar por cuenta y en nombre del representado, que justifique su calidad de tal: en el supuesto de la representación voluntaria sólo se puede hacer por medio del poder que se le haya concedido; y en el de la representación legal a través de las circunstancias o situaciones de las que se desprenda la existencia del mismo.

A pesar de que únicamente pueden considerarse como clases específicas de la representación las dos a las que antes se ha hecho referencia, no debe prescindirse de otras clasificaciones que suelen hacer en la doctrina, si bien ha que reiterar que no son propiamente representaciones distintas de las anteriores sino modos o formas de manifestarse de las mismas.

Así se puede distinguir la representación en virtud de los siguientes criterios:

Atendiendo a la forma de actuar del representante se puede distinguir entre representación directa y representación indirecta. En la representación directa el representante actúa por cuenta y en nombre del representado; en la representación indirecta se actúa por cuenta del representado pero en nombre propio.

La importancia de esta clasificación radica en los diferentes efectos que produce.

Atendiendo al contenido de la representación se puede distinguir entre representación general y representación especial. La representación general comprende todos los negocios del representado; la representación especial, uno o más negocios determinados. En ningún caso el representante puede traspasar los límites del poder.

La importancia de esta clasificación se encuentra en que cualquier acto que el representante realice fuera del ámbito del poder concedido no obliga al representado, salvo que éste lo ratifique.

Atendiendo a la posición que ocupa el representante en el negocio que celebra, se distingue entre representación activa y representación pasiva. La representación activa es cuando es el representante quien admite la declaración de voluntad y, es pasiva, cuando se limita a recibir la declaración de otro.

Esta clasificación tiene una importancia relativa, puesto que en nada afecta al acto celebrado, ni en su eficacia ni en su valor, que vendrán determinados, respectivamente, por la forma de actuar o por el ámbito del poder concedido.

Atendiendo a la causa de la representación, se puede distinguir de acuerdo con el título que la origina así, por ejemplo, se puede hablar de representación derivada del mandato, del arrendamiento de servicios, de la sociedad, de la comisión, etc.

2.8 Representación Voluntaria.

Esta clase de representación tiene su origen exclusivamente en la voluntad de quien la concede. Por medio de ella se autoriza a una persona para que ejercite los poderes que corresponden a quien faculta para ello, puesto que el representado no los transmite sino que consiente sólo en que otro pueda hacer lo mismo que él, atribuyéndole todos sus efectos.

En la representación voluntaria el representado autoriza a otra persona para que pueda actuar en nombre y por cuenta suya, y el acto por el cual se concede al representante esta facultad se conoce con el nombre de apoderamiento. El apoderamiento es un negocio jurídico unilateral y recepticio, con entidad propia, constituido por la sola voluntad de quien lo otorga. Es preciso, pues, distinguir entre el negocio de apoderamiento de aquél otro por el cual se concede y queda obligado el representante a actuar por cuenta del representado.

El poder de representación que se concede al apoderado deriva únicamente del negocio de apoderamiento, pero la obligación que tiene el representante de actuar por cuenta y en interés del representado no tiene su origen en este acto, sino que está directamente basada en una relación jurídica principal (que puede ser anterior o posterior) que es la que establece el vínculo por el cual aquél se compromete a realizar una o unas gestiones determinadas en favor de éste. Esta relación jurídica principal puede ser cualquiera con tal de que ella surja la obligación concreta de prestar un servicio a favor de otro: puede ser el mandato, el arrendamiento de servicios, la comisión, etc. El apoderado tiene, como representante, la facultad de obrar en nombre y por cuenta del representado, y como mandatario, arrendatario o comisionista, la obligación de prestar el servicio al que se comprometió.

2.8.1 Poder.

El poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. Es una de las formas de representación, puede tener como fuente la ley o la voluntad del sujeto *dominus*, mediante acto unilateral.

Esta institución surte efectos frente a terceros, se diferencia del mandato y prestación de servicios, válidos sólo entre las partes, mandante y mandatario, profesor y cliente, que no surten efectos jurídicos frente a terceros.

Como se mencionaba con anterioridad, una de las fuentes del poder es la declaración unilateral de voluntad recepticia. Para su realización tiene que estar unida a otra figura, como el mandato, prestación de servicios, fideicomiso, condominio, etc., aunque su unión con el mandato suele ser más frecuente.

A la palabra "poder" se le han incorporado diferentes significados. En una primer acepción, se le considera como el documento por medio del cual se acredita la representación con que se ostenta una persona en relación con otra, o sea, se refiere al documento desde el punto de vista formal, no a su contenido, es cuando se habla de Carta-Poder o Poder Notarial.

En otra acepción, se refiere al acto por el cual una persona queda facultada por otra para actuar en su nombre y representación. Esto se traduce en un acontecimiento espacio-temporal de facultamiento.

También se refiere la palabra "poder" a al institución por medio de la cual una persona puede representar a otra en virtud de un acto derivado de la autonomía de la voluntad o de la ley.

Se ha llegado a la conclusión en el estudio jurídico de la figura del "poder", que éste tiene un carácter abstracto, como un negocio independiente, consistente en la declaración unilateral de la voluntad de conferir facultades representativas al apoderado. Para los tratadistas la abstracción del "poder" ha tenido la utilidad de facilitar su distinción de otras figuras jurídicas como la del mandato, fideicomiso, etc. Sin embargo, hay que realizar la siguiente consideración y ésta es que el poder no puede desarrollarse en una forma absolutamente abstracta e independiente, sino unida a cualesquiera de las figuras jurídicas mencionadas. El apoderamiento no tiene un fin en sí mismo sino que sirve de medio para la realización de conductas y consecuencias jurídicas posibles mencionadas o

reguladas en el mandato, fideicomiso, sociedad, prestación de servicios profesionales, etc.

En conclusión: el "poder" es un negocio abstracto por no referirse a casos concretos; autónomo porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio, pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio que exprese el alcance de la representación, tal como mandato, fideicomiso, etc.

Si atendiéramos a las ideas de la Escolástica, puede mencionarse que el "poder" es una figura latente, en estado de potencia y se convierte en acto cuando se realizan conductas concretas en ejecución de facultades otorgadas en cualesquiera de los negocios jurídicos mencionados.

Ya se ha visto que el apoderamiento es un negocio unilateral por el que una persona concede un poder a otra para que actúe en nombre y por cuenta de quien lo otorga.

Aunque el negocio sea unilateral y en principio, la capacidad que interesa sólo es la de quien lo concede, también debe atenderse a la que es necesaria para quien lo recibe, no hay aceptación por no ser un negocio bilateral, sólo existe recepción de la declaración de voluntad del poderdante por ser un negocio unilateral recepticio.

Al no venir regulado por el Derecho el negocio de apoderamiento no se encuentra precisada cuál es la capacidad necesaria para concederlo y, por ello debe entenderse, como regla común, que es la suficiente para hacer negocios en general. Sin embargo, es preciso matizar esta posibilidad, puesto que pudiendo hacer el apoderado cualquier acto que para ello estuviera facultado el poderdante y surtiendo en éste iguales efectos que si él mismo lo hubiera realizado, debe atenderse al contenido del poder para decidir si tiene o no capacidad suficiente para concederlo.

Si el poder es general y nada se especifica, lo puede otorgar quien tenga capacidad para administrar, pero si se concede para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se precisa una capacidad plena. Si el poder es especial, lo puede conceder quien tenga capacidad para realizar el acto o actos determinados en el

mismo. En relación a la capacidad de quien recibe el poder, sucede que aquí también nuestra legislación no hace referencia clara al respecto, pero teniendo en cuenta que el poder no necesita aceptación, aunque se encuentra vinculado al negocio causal del que se deriva, puede ser otorgado a favor de quien tenga limitada su capacidad de obrar, siempre que goce de la general para actuar en Derecho.

El objeto del poder viene constituido por la posibilidad de actuar dentro de la esfera del poderdante. Puede abarcar todos los negocios del representado que no sean personalísimos, o sólo algunos de ellos y en todo caso con la amplitud que se haya determinado, según el contenido del poder.

En cuanto a la forma para el apoderamiento, lo mismo que ocurre para los negocios en general, rige el principio de la libertad de forma, mientras la ley no exija una concreta, como es la referida específicamente al mandato que puede ser expreso o tácito y que el expreso puede darse en instrumento público o privado. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero, se podrá compeler en su caso al poderdante a que eleve el poder a documento público, si bien no en razón del mismo apoderamiento sino del negocio subyacente por el cual se otorga. El hecho de que el apoderamiento no conste por escrito sólo influirá en la posibilidad de demostrar el representante que está legitimado para actuar en nombre del representado, pero no en la existencia del poder.

En cuanto a la causa, diremos que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado. La naturaleza propia del poder viene recogida en este precepto al prever la posibilidad de que una persona pueda autorizar a otra para que actúe por él. Sin embargo, lo que no parece aceptable es que esta simple decisión pueda subsistir por sí misma, ya que ni obliga a quien lo reciba, ni contiene intrínsecamente la razón o el fundamento de su concesión, ya que aun cuando pudiera resultar cierto que su causa inmediata está constituida por la voluntad de que otra persona pueda actuar en nuestro nombre, su causa mediata se encuentra basada en la existencia de una relación jurídica independiente. El poder, en todo caso, es un negocio accesorio que depende, para su eficacia, de uno principal, porque desaparecido o no existiendo éste, carece aquél de todo valor. Se puede afirmar, en último término, que su causa propia se pone en relación con la causa

del negocio que le concede efectos y aunque ésta no se exprese y no suele expresarse hay que presumir que existe y es lícita.

Siendo el poder un acto unilateral que no necesita para su perfección de ninguna otra voluntad, resultaría sorprendente que su concesión no se debiera a ninguna razón objetiva ni subjetiva, sino al mero capricho de quien lo extiende; esto último, al igual que cualquier otro móvil sólo constituirá el motivo personal del poderdante para otorgarlo, pero no una causa suficiente para que el Derecho lo pueda aceptar. El fundamento jurídico del poder se encuentra fuera de él mismo y está basado en el negocio que hace posible su funcionamiento y su desarrollo; si no existiera una razón suficiente para que la otra persona se comprometiera a actuar por cuenta de quien lo concede, el poder sería quizá un acto con significado propio, que ocuparía un puesto en la realidad social e, incluso, jurídica por haberse producido, pero sin contenido práctico alguno. Para que pueda ser entendido como eficaz necesita de otra causa suficiente, verdadera y lícita que es la que le comunica el negocio principal del cual depende su valor, ya se el mandato que resulta ser el caso más frecuente, el arrendamiento de servicios, la comisión, la sociedad, etc. Si alguno de estos negocios no tuviera causa o fuera falsa o ilícita, el poder resultaría asimismo afectado, en su realidad práctica; si estos negocios se hubieran anulado o extinguido, el poder también debe entenderse decaído, porque en todos los casos se encuentra subordinado a una razón que está fuera de él.

El hecho de que conceptualmente se pueda distinguir entre el poder y el contrato principal, entre el apoderamiento como negocio unilateral y el mandato o el arrendamiento o la sociedad, como negocio bilateral no supone ninguna admisión de su carácter abstracto, cuando en nuestro sistema jurídico se hace necesaria siempre la existencia de una causa negocial, y esto aunque en el poder no se exprese cuál pueda ser. Aunque sea cierto que en muchos casos no suele constar el poder, es decir, en el documento en que se formaliza cuál es el negocio jurídico por el que se concede o cuál es la extensión que tiene, bien porque voluntariamente así se decide, bien porque la ley así lo exige directa o indirectamente, ello no significa la abstracción de su causa principal, sino una aplicación de lo dispuesto por la ley. Cuando la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita, de manera que en estos casos es quien lo ha concedido u otro interesado el que debe demostrar su inexistencia o ilicitud para deshacer su apariencia.

El intento de construir al poder como negocio abstracto tiene su fundamento en la seguridad que ofrece para el tráfico jurídico mercantil, ya que aislando el apoderamiento de cualquier otra circunstancia, su validez no se vería subordinada a la validez del negocio del que se trae su causa del que depende, ni a las infracciones que el representante pudiera cometer respecto al contenido de este último, pudiendo el tercero, en todo caso, contratar con el apoderado sin sufrir las consecuencias de un poder viciado. Sin embargo, es preciso señalar que no obstante la naturaleza abstracta del apoderamiento, no se producen en nuestro Derecho unos resultados radicales en orden a la real comunicación que tiene el negocio causal mandato, arrendamiento, etc., con el poder, ya que aun cuando aquél haya perdido su eficacia o, incluso, no la hubiera tenido nunca, se protege la apariencia que pudiera derivarse de este último, puesto que la realidad del documento en que consta el poder es suficiente para legitimar al representante respecto de terceros y para que éstos queden amparados por la buena fe que de su existencia material se deriva, aspectos que sólo se verían modificados si los terceros conocieran la anormalidad que pudiera haber en la actuación del apoderado.

2.8.2 Representación Directa.

La representación directa se caracteriza porque el representante actúa por cuenta y en nombre del representado. La actuación por cuenta y en interés del representado es nota consustancial de toda representación, pero hacerlo también en nombre del representado es exclusivo de la representación directa. En ella se interviene, frente al tercero, de manera abierta y expresiva para otro. La doctrina ha considerado como fundamental en estos casos lo que ha denominado *contemplatio domini*: el representante declara y demuestra cuando le es exigida esta circunstancia que no es para él el acto o negocio que ejecuta sino para otra persona en cuyo nombre interviene.

Como principio general se puede establecer que en estos casos el acto o negocio concluido lo es respecto del representado y que éste, por consiguiente, es el único obligado directamente porque para él y en su nombre se ha celebrado; sólo cuando voluntariamente el representante se obliga o actúa dolosamente frente al tercero se le puede considerar también responsable del acto. El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus

poderes. Concluido el negocio representativo y salvo los casos en los que un representante adquiere alguna obligación por propia decisión, éste desaparece de la escena contractual, quedando relacionados directamente el representado con el tercero; en la práctica del negocio celebrado es como si el representante o apoderado no hubiera existido.

En la representación directa hay que tener siempre en cuenta una triple perspectiva personal: el representado que concedió con anterioridad poder a favor del representante, el representante que actúa en nombre de aquél como si el representado lo hiciera por sí; y el tercero que conoce que el representante no obra sino para otro.

El mecanismo que se desarrolla en la representación directa es el siguiente:

Dejando al margen la figura del tercero, que no ofrece especialidad ninguna que sea relevante, el problema se centra en la personas del representante y del representado respecto a conocer en quién de los dos se deben concretar los presupuestos y consecuencias del negocio representativo. El tema es importante porque de la respuesta que se dé va a depender el impacto que las limitaciones de la capacidad, o los vicios del consentimiento, o cualquier otra circunstancia vayan a producir en la perfección y validez del negocio que se celebra, aunque es preciso adelantar que para conocer cuál es la intervención efectiva de cada uno de ellos en el acto que se ejecuta no se debe prescindir de la realidad de hecho que produce, al participar los dos junto con el tercero, en la mecánica de la representación.

No puede prescindirse del representante argumentando que actúa como si fuera el propio representado, porque no es materialmente cierto ni jurídicamente exacto al intervenir personalmente con decisiones y actividades propias, él es quien hace la declaración de voluntad, quien recibe la declaración de los demás, quien da o hace algo.

Tampoco puede prescindirse del representado alegando que su actividad termina cuando concede el poder, porque no transmite sus facultades, sólo permite que otro las pueda actuar por él, porque a pesar del apoderado, puede realizar por sí mismo cualquier acto contenido en el poder y porque, en de-

finitiva, todos los efectos jurídicos se van a producir en su persona.

Sería arbitrario desconocer la posición que representante y representado adoptan respecto del negocio representativo, es decir, del negocio que se hace por y para otro cuando cada uno ocupa una posición concreta y efectiva. La formación de la voluntad, la declaración, los vicios de que pudieran adolecer la una o la otra, el contenido y el alcance de las obligaciones que nazcan, etc., deben ser imputados y se les deben atribuir a quien realmente corresponda. Por mucho esmero que se haga en tratar de eliminar al que actúa como representante, es evidente que actúa, aunque sea por cuenta y en nombre de otro; por mucho esmero que se ponga en prescindir del representado, es definitivo que hacia él se producen los efectos negociales. El punto exacto se encuentra en hallar el equilibrio de la situación creada y analizar quién es el que jurídicamente actúa.

Por todas estas razones se hace necesario estudiar separadamente algunas de las cuestiones que se pueden suscitar en relación con los temas más importantes, como son los que hacen referencia a la declaración de voluntad, a la formación interna de la voluntad y a la capacidad de obrar, tratando, por último, cómo juega, en cuanto a los efectos del negocio representativo, la mecánica de la representación directa.

La declaración de la voluntad corresponde siempre a aquél que la emite, y en la representación es el representante siempre quien efectúa la declaración, ya sean por extensas o concretas que hayan sido las instrucciones que el representado le pueda dar, es aquél quien decide y realiza el negocio.

De esta forma, cualquiera que puedan ser los vicios que afecten a la declaración serán imputables al representante y no al representado, que es ajeno a la propia declaración de voluntad.

Respecto a la formación de voluntad, se puede afirmar lo que antes se ha dicho, puesto que, cuando ello es posible, unas veces la voluntad se habrá formado en la persona del representado, puede pensarse en que éste haya decidido ya todas las cuestiones a tener en cuenta y sólo concede al representante la facultad de manifestar la voluntad y otras en la del representante, cuando por ejemplo, se encarga a otro que rea-

lice un negocio según las condiciones que estime convenientes. En razón de esta circunstancia es imposible establecer una regla general, como no sea advertir que los vicios o defectos de la voluntad habrán de ser imputados siempre a aquél que la haya efectivamente formado, que unas veces será el representado y otras el representante.

No obstante lo anterior, es posible que en ocasiones tenga igual o similar relevancia los vicios provocados o las irregularidades sufridas por el representante o por el representado, por ejemplo, la buena o mala fe de uno o de otro.
(45)

En cuanto a la capacidad de obrar y tratar de definir quien puede recibir el poder, ya se ha advertido que en la representación voluntaria era suficiente con la general para obrar, aunque estuviera sometido a ciertas restricciones concretas, o no estuviera la requerida para el acto específico que se realiza y que en la representación legal era la que, en dado caso, la ley estableciera para ocupar el cargo o puesto correspondiente, y ello es así porque en la representación la capacidad concreta que interesa es la del representado, que es quien, en definitiva, va a recibir los efectos del negocio representativo.

Para evitar las consecuencias de tener que atribuir a una persona inhabilitada por la ley los efectos de un negocio, resulta imprescindible que el representado tenga la capacidad necesaria para haber podido hacer él mismo el acto realizado por su representante, ya que, en caso contrario, se podría encontrar por esta vía un medio para defraudar las prohibiciones legales sobre disposición o adquisición de derechos.

En relación a los efectos del negocio representativo, como regla general, ya se ha indicado que todos los efectos que produzca el negocio celebrado por cuenta del representado le afectan a él directamente, por cuanto que se realizó también en nombre suyo. Sin embargo, se hace preciso distinguir dos situaciones especiales, según que el representante actúe dentro o fuera de los límites del poder.

(45) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.* p. 457.

La actuación del representante dentro de los límites fijados en el poder. En principio, no se produce cuestión alguna ya que desarrollando su actividad de acuerdo con las facultades que se le concedieron, todo lo que haga por cuenta y en nombre del representado sirve como si este mismo lo hubiera hecho cuando ello fuera posible. Se señala que el mandatario (apoderado) que obre en concepto de tal, no es responsable personalmente a la parte con quién contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente y de otra parte se establece que el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato o poder.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, en la representación voluntaria, siendo el poder y el negocio del cual trae su causa concreta dos actos independientes entre sí, es posible que mientras en el poder sólo se menciona la circunstancia de que existe una autorización para actuar en nombre ajeno, en el contrato causante se limiten o restrinjan las facultades que debe utilizar el apoderado, ya que se determina que en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante y a falta de ellas hará todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia. En estos casos resulta evidente que el tercero, si obra de buena fe, puede exigir del representado el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del negocio realizado en su nombre, puesto que no tiene conocimiento de las limitaciones que hubieran sido impuestas en el contrato principal, y que sólo se crea una responsabilidad personal hacia el representado por parte del representante que ha incumplido aquello a lo que se obligó. Con base en estos razonamientos, se dispone que el mandatario es responsable no solamente del dolo sino también de la culpa, según que el mandato haya sido o no retribuido.

La actuación del representante fuera de los límites fijados en el poder. Al margen de la existencia de buena o de mala fe por parte de los que intervienen en el negocio en torno a los efectos especiales que puedan producir, es principio general que el mandatario puede traspasar los límites del mandato. Se infiere entonces que el representante es responsable personalmente a la parte con quien contrata si traspasa los límites del mandato. Cuando el representante obra fuera del poder concedido, en aquello que se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

En consecuencia, no se puede dudar de la nulidad del negocio representativo, aunque constituya uno de los su-

puestos especiales de convalidación referidos en la ley, a través de la ratificación.

No obstante lo anterior, si el negocio se celebró sin poder suficiente por haberse extinguido por muerte de quien lo otorgó o por revocación de éste, sigue produciendo efectos totales mientras el representante no conozca la muerte del representado o se le haga saber la revocación.

2.8.3. Representación Indirecta.

La representación indirecta se caracteriza porque el representante, aunque actúe por cuenta y en interés del representado, lo hace en nombre propio. El tercero no conoce cuál es la intención de quien celebra el negocio con él, ignorando por lo tanto que existe la persona del representado. A la vista de esta última circunstancia, en muchas ocasiones no se ha considerado como representación a esta forma de actuar, ya que entendiéndolo como característica de ella la *contemplatio domini* aquí falta esta condición previa, que permite distinguir la celebración del negocio en nombre propio con la celebración del mismo por cuenta ajena, pero aunque, evidentemente, constituya una manifestación esquiva de la representación, no por ello deja de existir, puesto que la nota consustancial de la misma está basada en actuar una persona por cuenta y en interés de otra.

La dificultad, en este caso, de atribuir los efectos al representado de modo directo y la protección que merece el tercero que desconoce la existencia de a mecánica propia de la representación, no debe ser obstáculo para rechazar la tesis de que estamos ante un verdadero negocio representativo, aunque con eficacia especial y concreta. Al igual de lo que sucede con la representación directa, no puede desconocerse que en la indirecta también se encuentran vinculadas las personas del representado, del representante y del tercero, a pesar de que el negocio se celebró sin esta advertencia preliminar; de manera que si bien la relación surgida entre el tercero y quien celebra con él el contrato queda, en principio aunque no definitivamente, alterada en relación con lo que sucede en la representación directa, la relación creada entre representante y representado, en virtud del negocio del que trae su causa concreta el poder o de la situación legal en que se encuentran, no queda afectada por el hecho de actuar el representante ocultamente frente a personas ajenas a la misma.

Para establecer las consecuencias de la representación indirecta es preciso distinguir dos momentos diferentes:

Desde la celebración del negocio representativo hasta que se descubre la existencia de la representación, la eficacia del negocio se desarrolla como si ésta no existiera respecto al tercero. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal, teniendo como consecuencia práctica el que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

Una vez descubierta la representación no se puede negar ya su realidad pero, en todo caso, en perjuicio del tercero sólo podrá ser alegada desde este momento, sin que tenga ningún efecto que pueda considerarse como retroactivo.

Indudablemente en este instante se podrán apreciar todas las situaciones de hecho que hubieran podido afectar a la validez o eficacia del negocio representativo, de tal forma que habrá que tenerlos en cuenta a la hora de comprobar cuantos extremos sean necesarios; también resultaría inoperante el uso de acciones que hubiera utilizado el representante por actuar en nombre propio, o la alegación por el representado de la buena fe respecto del tercero.

En cuanto a los efectos indirectos que pueda producir el negocio entre representante y tercero, parece evidente que una vez devalado el secreto queda abierta la relación que entre ellos se creó ocultamente y la posibilidad de ejercer las acciones mutuas que se deriven del negocio. Lo que hay que entender como referido a que una vez que el tercero conoce que las cosas objeto del contrato o los asuntos que se gestionen son de aquél, puede proceder como si desde un principio el representante hubiera actuado en nombre ajeno, aunque esta posibilidad no haga desaparecer la primitiva responsabilidad que debe considerarse subsistente, que el representante adquirió frente al tercero, que con su actuación había creado la apariencia de un negocio propio.

Hemos visto como la doctrina ha clasificado a la representación voluntaria en directa e indirecta. Se ha anali-

zado a la representación voluntaria directa o poder, para continuar con la indirecta, en especial la derivada del mandato. Es menester concluir con el análisis de la última clase de representación que es la legal.

2.9 Representación Legal.

La actuación en interés y por cuenta de otro y cuando ello sucede, en su nombre puede considerarse también como el fundamento inmediato de la representación legal, que aunque el mediato se encuentre en la exigencia de la ley y no en la autonomía de la voluntad.

La variada gama de supuestos en los que la ley impone la presencia de un representante ha constituido el punto principal de partida para las discusiones en torno a la naturaleza de la representación legal, que, sin embargo, no tienen la suficiente consistencia para modificar un criterio uniforme en relación con cualquier clase de representación, ya que se apoyan en aspectos secundarios como su origen y amplitud y no en cuestiones propias de funcionamiento.

Cuando existe una persona que no puede actuar por sí misma o un patrimonio que necesita de una defensa actual, el Derecho promueve la protección de sus intereses jurídicos que no deben dejarse abandonados, a través de la representación legal. Aunque varíe la razón por la que se constituye la representación, su valor como instrumento jurídico de actuación por otro es similar al de la representación voluntaria.

Como caracteres propios de la representación legal se pueden señalar los siguientes:

El primero de ellos se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad. La representación no surge, como el apoderamiento, de la voluntad sino de la existencia o declaración de una situación especial prevista por la ley. Unas veces viene impuesta automáticamente, como es el caso de la patria potestad y otras veces se constituye por declaración judicial v.gr. en el caso de ausencia.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Como consecuencia de este carácter imperativo se derivan dos importantes consideraciones: a) las propias normas legales provocan su nacimiento o imponen la obligación de solicitar su constitución; b) la representación es obligatoria e irrenunciable, ya que su causa no está basada en un negocio distinto sino en una situación apreciada por el Derecho.

El segundo punto distintivo de la representación legal es la ley, ya que ésta se encarga de fijar los tipos de representación. No existen ni pueden crearse representaciones legales fuera de los casos establecidos por las normas jurídicas. Su constitución, facultades y límites se encuentran previamente determinados por el Derecho.

El tercero se refiere al contenido de cada una de las representaciones legales que viene regulado imperativamente por la ley, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria en la que el poderdante puede establecer la amplitud del poder, aquí es la ley la que dispone el ámbito que en cada caso debe tener la representación.

Como notas especiales dentro de este punto se pueden fijar las dos siguientes: a) En principio, la representación legal tiene un contenido general e indeterminado, en cuanto que se constituye para el ejercicio de todas las acciones o para todos los actos civiles o para conservar y defender el patrimonio del representado. b) El ámbito de poder queda limitado por la propia ley, estableciendo qué actos puede realizar el representante por sí solo, para cuáles necesita una autorización especial y cuáles le están prohibidos.

El último carácter en el que es necesaria la inscripción de la representación legal en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (Ley General de Sociedades Mercantiles, Código de Comercio, Ley del Notariado, Código Civil, Reglamento del Registro Público). A fin de que haya una constancia general y para una posible prueba de la representación se exige también y siempre su inscripción en el Registro Civil.

Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, números 1338 y 1339, visibles en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2167, que a la letra dicen:

PODERES NO REGISTRADOS. SON BASTANTES PARA PEDIR AMPARO. Aun cuando fuera necesario el registro de los poderes generales otorgados por compañías, la falta de registro no es obstáculo para que el apoderado pueda intentar la acción constitucional.

PODERES, REGISTRO DE LOS. Para que haya obligación de registrar los poderes otorgados por una sociedad mercantil, es condición indispensable que dichos poderes sean generales, y no deben considerarse generales los que se refieren a un negocio especial o a varios específicamente designados, sino los que se dan para gestionar todos los de un ramo determinado.

Respecto de la representación legal no puede surgir ningún problema en cuanto a la extensión de sus facultades, puesto que conociéndose en virtud de qué disposición legal puede actuar en nombre de otra persona como representante, sería esta misma norma la que fije a todos los efectos de su radio de acción. Y por lo que se refiere a la ineficacia del acto que realice sobrepasando aquéllas facultades, hay que entender que merecen la sanción de nulidad salvo que por su naturaleza puedan ser susceptibles de ratificación posterior, lo que puede hacer el mismo representado cuando adquiera la capacidad necesaria.

2.10 Requisitos de la Representación.

Los requisitos necesarios que deben concurrir para que haya representación son los siguientes:

- a).- Que el representante manifieste su propia voluntad;
- b).- Que se actúe *contemplatio domini*, o sea, con intención de representar al tercero;
- c).- Que se obre con poder suficiente.

En primer término, para que haya representación es esencial que el representante manifieste su propia voluntad. Si se limita a transmitir la voluntad del representado sin alterarla se tratará de un simple mensajero que sirve de medio para celebrar un contrato entre ausentes.

Este primer requisito es de enorme importancia desde el punto de vista de capacidad y muy especialmente en cuanto a la formación del consentimiento y a los vicios que pueden afectarlo, pues deberán considerarse en relación con la voluntad del representante y no del representado.

En cuanto al segundo requisito, significa que tanto el representante como el tercero deben convenir en que se contrata para el representado. La intención debe expresarla el representante, aunque no dé el nombre del representado, o bien, aparecer de las circunstancias de manera indubitable. Normalmente, el representante dirá que obra por cuenta ajena, pues si guarda silencio deberá entenderse que actúa o contrata en su propio interés, pero esta voluntad puede ser tácita si las circunstancias la demuestran de modo inequívoco, por ejemplo, el capitán que compra durante el viaje elementos para poder atender las necesidades de la nave; se entiende que lo hace por cuenta del naviero; y otro caso sería el del síndico que continúa el giro comercial del quebrado, en ambos casos se entiende que se hace por cuenta del representante.

En estos supuestos el representante no expresa que actúa *contemplatio domini* y no obstante, se cumple con este requisito. Con mayor razón no es necesario que el representante exprese el nombre del representado, basta que se diga o aparezca que actúa por cuenta ajena. Este requisito es esencial en la representación y le da su fisonomía propia. El representante debe actuar a nombre de otro o por cuenta de otro.

Finalmente, en cuanto a la actuación con poder suficiente, puede emanar de la ley cuando se trata de la representación legal, o bien, del propio representado como sucede con la representación voluntaria.

Si la representación es legal, el poder emanará de la ley, señalando las atribuciones del representante.

Cuando se trata de representación voluntaria, habrá que considerar la autonomía de la Voluntad.

2.11 Efectos Jurídicos de la Representación.

Los efectos jurídicos que despliegan las diligencias representativas pueden ser calificados como directos o indirectos. Aun cuando un importante sector de la doctrina científica ha sostenido y sostiene que sólo cuando se produce la llamada eficacia directa existe verdadera y propia representación. Este punto de vista ha sido criticado con acierto y se ha establecido la conclusión cabalmente contraria. Existe representación siempre que el representante lleva a cabo diligencias en interés del representado, aún cuando los efectos de esas diligencias sólo se produzcan para éste en forma indirecta. Existen dos formas básicas de actuación representativa, la inmediata o abierta y la mediata u oculta y dos formas de producción de los efectos, la eficacia directa y la indirecta.

Aún cuando lo normal es que haya correspondencia entre las formas de actuación y las de producción de los efectos, a la representación abierta corresponde la eficacia directa y a la mediata la eficacia indirecta, ello no ocurre necesariamente así.

Con el fin de puntualizar la eficacia directa y la indirecta, convendrá que analicemos en qué consisten esos fenómenos jurídicos.

La llamada eficacia directa significa que los efectos del acto de diligencia representativa se producen en forma inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. El acto recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado personalmente por el principal o *dominus*. El representante que actúo desaparece de la escena de producción de los efectos. Ningún efecto se produce para él.

Por consiguiente, la declaración de voluntad emitida por el representante o emitida frente al representante se considera como declaración de voluntad hecha o recibida directamente por el representado. Del mismo modo, los comportamientos u omisiones del representante son jurídicamente considerados y tratados como comportamientos y omisiones del represen-

tado. Si el acto de diligencia representativa es un negocio jurídico, los derechos nacidos del negocio son inmediatamente derechos del principal y las obligaciones pesan directamente sobre el principal. El principal ostenta inmediatamente la condición de parte en relación o situación jurídica creada por el negocio.

La eficacia directa es, en sentido negativo, una no eficacia del acto de representación en la esfera jurídica o en el patrimonio del representante que actuó. Ninguno de los efectos del acto representativo se producen en dicho patrimonio o esfera jurídica.

Este tipo de eficacia directa que llamamos directa es la normal consecuencia de una actuación abierta del representante *alieno nomine* cuando, además, ostentaba un suficiente poder de representación o en otro caso, su acto ha sido a *posteriori* ratificado.

Faltando el poder de representación suficiente o la ratificación, existirá o podrá existir un conjunto de consecuencias en la relación jurídica entre el representante y el tercero, pero ello no es propiamente eficacia directa de la representación sino, más bien, de la falta de representación.

Por paralelismo con la descripción anterior, la llamada eficacia indirecta se suele dibujar diciendo que las consecuencias del acto representativo, todos los derechos y todas las obligaciones derivadas de dicho acto, ingresan en el patrimonio o esfera jurídica del representado o principal. Por lo tanto, como consecuencia del acto, no se establece ninguna relación jurídica entre representado y tercero. A la inversa, la relación jurídica se establece entre representante y tercero.

Aunque nuestros Códigos aluden a un sistema semejante de organización de los efectos jurídicos de los actos de representación, no lo hacen en forma tan matizada sino de una manera más tenue. Así, al contemplar el fenómeno de lo que nosotros llamamos eficacia indirecta, dice que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante, añadiendo después que el mandatario es el obligado directamente en favor de la personas con quien ha contratado.

Aun cuando se utiliza la idea de acción, parece, a primera vista por lo menos, que lo mismo puede decirse del derecho del que la acción deriva. Y aún cuando se habla únicamente de obligación del mandatario frente al tercero, lo mismo puede decirse de la obligación recíproca del tercero hacia el mandatario.

Una fórmula muy parecida se utiliza cuando el comisionista queda obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas.

En una exégesis literal y primaria de estos preceptos parece preciso reconocer que si no se da ninguna acción entre el principal y el tercero, aún cuando con la palabra acción se designe probablemente la facultad de interponer una reclamación judicial o el *ius perseguendi in indicio*, tampoco puede existir ningún derecho que tenga por sujeto a tales personas, pues un derecho desprovisto de acción es algo que carecería de sentido. Y si del lado activo, derechos y acciones, pasamos al lado pasivo, deberes y obligaciones, la conclusión tiene que ser la misma. Tanto que el Código Civil como el de Comercio imponen la obligación al mandatario o al comisionista.

El Código Civil califica la especie de obligación como obligación directa y aunque ni uno ni otro Código excluyan expresamente la obligación indirecta del mandante o comitente, como quiera que la acción no se dé frente a ellos y la *nulla obligatio est sine actio*, *prima facie* parece resultar que ni uno ni otro están genuinamente obligados.

Lo que hemos descrito en líneas anteriores es el sistema puro de la llamada eficacia directa e indirecta. En la práctica, sin embargo, el sistema en su pureza se presenta muy escasas veces. Además, no explica suficientemente el deber del *dominus* de cumplir las obligaciones contraídas por el representante, ni la forma de adquirir los derechos. Finalmente, agregaremos unos comentarios más sobre los efectos de la representación.

Si el representante actúa en nombre del representado y en el ámbito de su poder de representación los efectos jurídicos del negocio por él celebrado son válidos, no para él sino para el representado. El negocio jurídico, en cuanto a

regulación, es del representado. Este adquiere en todo respecto, si se trata de la conclusión de un contrato, la posición de parte contratante. Si por ejemplo V toma en arrendamiento una vivienda para A, en nombre y por poder de éste, A adquiere y contrae por este arrendamiento no sólo todos los derechos y obligaciones sino que, por lo demás, obtiene la posición jurídica de arrendatario. Por ello, es competente para recibir una rescisión, para una oposición para la rescisión. Como se observa, son relevantes las circunstancias del arrendatario, a él debe ser dirigida la notificación. Dado, asimismo, que el representante celebra el negocio jurídico en lugar del representado y con ello como negocio de éste, no como propio, se origina para el representado el derecho de impugnación si el representante se hubiere hallado en error o hubiere sido engañado.

Es cierto que el representado no ha emitido la declaración sino el representante en su lugar, por ello, como ya hemos observado, en la cuestión sobre la existencia de un vicio de la voluntad, así denominado, es de relevancia la persona del representante. Sin embargo, con el derecho de impugnación como derecho potestativo debe darse a aquél, para quien produce efectos la declaración, la posibilidad de decidir por sí mismo si quiere o no admitirla, no obstante el vicio de la voluntad. Dado que la declaración produce efectos para él y no para el representante, el representado ha de tener derecho a la impugnación. Una cuestión distinta es si lo ejerce por sí o si lo ejerce en su lugar el representante, si a ello se extiende su poder de representación (46).

En contraste con la validez para el representado, de la regulación puesta en vigor mediante el negocio jurídico, lo forma la no validez de la misma para el representante. Este no llega a ser parte en el negocio, aunque ha llevado a cabo el mismo. No es posible requerirle respecto al negocio, ni adquiere derechos para éste. Ciertamente ello no es una necesidad lógica. Cabría pensar que el representante hubiere de responder junto con el representado frente a la parte contraria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del negocio. La ley y la doctrina determinan tal corresponsabilidad en algunos casos. Quien celebra un negocio jurídico para una asociación sin capacidad jurídica en nombre de ésta, responde también personalmente. Si tuviere poder de representación, responde junto con la asociación. En todo nuestro ordenamiento jurídico no se conoce una regla general por la cual, en la representación, el representante deba responder del cumpli-

(46) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.* p. 457.

miento de las obligaciones del representado resultantes del negocio por él celebrado. Tal norma sería inadecuada, pues gravaría la actuación en representación de otro con un riesgo frecuentemente inexigible. La mayoría de los representantes son empleados que concluyen contratos para su empresa o patrono y el cumplirlos por sí o responder por su cumplimiento excedería en mucho a su potencial económico. El representante ha de responder por sí del cumplimiento del contrato por él concluido en nombre ajeno sólo cuando no tuviere poder de representación.

Un problema particular muy tenido en cuenta, pero que no ha llegado a una solución conciliadora, es el de una responsabilidad del representante por el quebrantamiento de un deber de diligencia, aclaración o conservación, basado en las negociaciones contractuales cometida por él tal infracción al efectuar dichas negociaciones, esto es, *culpa in contrahendo*. Según la doctrina hoy generalmente admitida, con la iniciación de negocios contractuales o de una relación negocial en preparación e las mismas se constituye entre los participantes una obligación legal que compromete a éstos a una mutua toma en consideración y a una diligencia esmerada en la defensa de los intereses de la otra parte en el ámbito de la relación creada con dicha obligación. en caso de quebrantamiento culposo de tal deber, el infractor responde frente al perjudicado por el resarcimiento de daños, según los principios de responsabilidad contractual, aún cuando no se llegue a la conclusión del contrato o sea nulo el contrato concluido posteriormente.

La obligación legal constituida con la iniciación de negociaciones contractuales ha de ser atribuida, en principio, a aquél para quien se efectúan las negociaciones y que, por tanto, deberá ser parte en el contrato aún cuando la iniciación de las mismas se lleve a cabo por un representante. Quien lleva a cabo las negociaciones se halla, en este caso, en lugar del representado no sólo al concluirse las negociaciones contractuales sino ya al comenzar las mismas; su actuación está referida de un modo finalista a la celebración de un negocio para el representado. Por lo general, el tercero quiere entablar una relación con el representado a través del representante. Esto es válido, igualmente para los representantes legales. Por ello puede entrar en cuestión en todo caso una responsabilidad del representante junto a la del representado. Se puede confirmar dicha responsabilidad cuando el representante tuviere económicamente un interés propio en la conclusión del contrato o cuando hubiere utilizado especialmente la confianza de la parte contraria en su propia persona.

Para ello, en nuestra opinión, no es suficiente que un tercero cuente con que el representante con quien trata disponga de los conocimientos especiales usuales y necesarios para su actividad. El tercero confía igualmente en que el titular del negocio sólo nombrará un representante suficientemente experto y competente. En cambio, podría ser pertinente la responsabilidad personal del representante cuando éste ejerce su actividad para otro en la preparación de una conclusión de contrato como profesional autónomo, v.gr. el abogado. En estos casos, la responsabilidad propia de los representantes se justifica debido a que por su profesión o en virtud de la confianza a ellos dispensada personalmente, con independencia de su nombramiento por el representado, están obligados a una especial diligencia. Asimismo, la responsabilidad propia del representante es procedente cuando éste abusa de la confianza a él dispensada personalmente. No obstante, en los casos usuales debería ser suficiente la responsabilidad del representado.

99

C A P I T U L O I I I

LA REPRESENTACION LEGAL.

3.1 Concepto de la Representación Legal.

3.1.1 Características de la Representación Legal.

3.2 Naturaleza Jurídica de la Representación Legal.

3.3 Supuestos de la Representación Legal.

- 3.3.1 Patria Potestad.**
- 3.3.2 Tutela y Curatela.**
- 3.3.3 Albaceazgo.**
- 3.3.4 Ausencia.**
- 3.3.5 Copropiedad y Condominio.**
- 3.3.6 Concurso y Quiebra.**
- 3.3.7 Del Ejido.**
- 3.3.8 Ministerio Público.**
- 3.3.9 De las Personas Morales.**
- 3.3.10 Del Estado.**
- 3.3.11 Del Sistema Bancario Mexicano.**
- 3.3.12 De Otras Personas Morales.**

C A P I T U L O I I I

LA REPRESENTACION LEGAL.

3.1 Concepto de la Representación Legal.

La representación legal es la impuesta por la ley, a diferencia de la voluntaria, que surge de la autonomía de la voluntad.

Las causas que dan origen al supuesto de representación legal son variadas. En ocasiones, se refiere a la necesidad de expresar la voluntad de quien tiene limitada su capacidad de obrar, por ejemplo, un menor o una persona mayor sujeta a un estado de interdicción. En algunas otras, la administración de un patrimonio o sector del mismo, en defensa de su titular, este sería el caso del ausente o del *nasciturus*. O por razón del destino de los bienes, normalmente su liquidación y los ejemplos pueden partir desde la quiebra, continuar con el concurso y terminar con la sucesión. 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. También se considera dentro de la representación legal la de las personas morales (sociedades y asociaciones). Aunque la doctrina no sea unánime, pues hay quienes la denominan necesaria, orgánica o estatutaria.

Se ha distinguido plenamente lo que es la representación voluntaria y la representación legal, en el preámbulo de este capítulo pretendo confirmar esta distinción y posteriormente concluir con el concepto de la representación legal.

La intervención del representante puede ser necesaria o meramente facultativa: aquélla se refiere a la representación legal atribuida a los menores de edad, a los interdictos, al quebrado, al ausente, al *nasciturus*, etc.; la voluntaria, en cambio, proviene de un acto, de una decisión libre del representado, a través de un acto unilateral meramente; de dicho acto (poder o procura) que se agregue a un contrato esen-

cialmente representativo (factoría) o que forma parte de un contrato que puede o no ser representativo (mandato).

Desde otro punto de vista, se distingue la representación legal de la voluntaria en que mientras en ésta la actividad del representante se basa, como su nombre lo indica, en un acto voluntario del representado, es decir, en un poder o en una facultad que otorga par que el representante obre en lugar de él. En la representación legal o necesaria dicha actividad es ajena a la voluntad del representado y deriva de un poder propio del agente que le concede la ley y gracias al cual obra con plena independencia de la voluntad de aquél por quien actúa, aunque también obra en lugar de éste. Además, mientras en la representación voluntaria el representante debe actuar el nombre del representado a efecto de que los actos jurídicos que realice recaigan en éste, en la representación legal el uso del nombre del representante no es esencial, ya que por disposición del ordenamiento legal los efectos de la actividad recaen en el representado, independientemente de aquél use o no el nombre de éste.

La representación legal, por otra parte, a diferencia de la voluntaria, es necesaria, en el sentido de que en ella el representado requiere forzosamente de una persona que exprese y manifieste su voluntad y que lo relacione con terceros, ya sea porque él es incapaz o no está legitimado y desde este punto de vista se asimila a la legal la representación de las personas morales, las cuales necesitan de la persona física para contratar y obligarse.

En cambio, la representación voluntaria es facultativa por depender del libre arbitrio de quien la otorga o de las dos partes que celebran el contrato en el cual se inserta y porque en la mayoría de los casos queda a discreción del representado principal acudir a la representación para la celebración del o de los negocios, o bien, hacerlo personal y directamente (ésta que no se da en materia de sociedades, porque como ya decíamos, la representación es forzosa, la persona moral requiere de una persona física que celebre y ejecute los actos que el órgano social acuerda); de aquí que en la representación voluntaria el representado siempre sea una persona capaz (lo que no sucede en la representación legal con el menor o el interdicto), quien personal y directamente podría ejecutar el acto o celebrar el convenio que en carga al representante y quien además manifiesta expresamente su voluntad respecto al fenómeno representativo, ya sea contemporá-

neo o a posteriori mediante la ratificación del acto o negocio celebrado por el representante.

Asimismo, mientras en la representación legal la actividad del representante es independiente y hasta que pueda ser contraria a la voluntad del representado. En la representación voluntaria el representante no debe obrar en contra de la voluntad del principal. Por otra parte, en esta clase de representación, por su misma naturaleza, el representado es quien señala su amplitud y fija los límites que mejor le convenga, ello incluso, en la representación del actor o del gerente, que aunque es general admite restricciones siempre que ellas no atenten contra su naturaleza. En cambio, en la representación legal no es el representado sino la ley la que fija la amplitud de las facultades del representante.

Consecuencia de esta última distinción es que las limitaciones del representante legal (padre, tutor, síndico, albacea) se presumen *iuris et de iure* conocidas en nuestro Código Civil, en tanto que las limitaciones al representante voluntario deben llevarse al conocimiento de los terceros contratantes para que surtan efectos frente a ellos y para liberar al representado en caso de que el representante actúe excediéndose en sus facultades.

Se puede también distinguir la representación voluntaria de la legal en cuanto que ésta no en aquélla está limitada la voluntad y la capacidad de obrar del representado. Además, la representación voluntaria es normalmente facultativa, en cuanto que deriva de un poder o de un cargo libremente aceptado; en cambio, la representación legal normalmente es obligatoria y supone un deber, en cuanto está ligado a una función como la patria potestad, la tutela, el albaceazgo, etc. En el caso de las sociedades, la representación es necesaria porque sólo a través de representantes actúan, pero facultativamente en cuanto al carácter de representante (administrador, gerente, apoderado) generalmente no se impone (si en el caso de las sociedades personales en que el socio es, *per se*, representante) sino que libremente acepta.

Mientras la representación voluntaria deriva de la libre convención de las partes y está regida por el principio de la autonomía de la voluntad, la representación legal se basa en reglas normativas y se rige por principios de orden público en función de los cuales se ejerce y se limitan las facultades del representante.

La representación legal es la actuación en interés y por cuenta de otro y cuando ello sucede en su nombre puede considerarse, también, como el fundamento inmediato de la representación legal, aunque el mediato se encuentre en la exigencia de la ley y no en la autonomía de la voluntad.

Quando existe una persona que no puede actuar por sí misma o un patrimonio que necesita de una defensa actual el Derecho promueve la protección de sus intereses jurídicos que no deben dejarse abandonados, a través de la representación legal. Aunque varíe la razón por la que se constituye la representación, su valor como instrumento jurídico de actuación por otro es similar al de la representación voluntaria, sin olvidar las aplicaciones tan diferentes que tienen este tipo de representaciones, pero que finalmente constituyen el fundamento de la representación.

Otro concepto de representación sería que ésta es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz para obtener utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o válidamente el incapaz. (47)

La representación legal desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas, desde luego, hay incapaces que no pueden ejercitar por sí mismos sus derechos, porque les falta el discernimiento necesario. La ley les nombra entonces un representante que obre por su cuenta. El incapaz llega a ser propietario, acreedor, deudor, como si el mismo hubiere contratado. Por otra parte, la representación facilita la formación de las relaciones jurídicas entre personas capaces, permitiéndoles ejecutar actos sin aparecer ellos mismos. Suprime las imposibilidades materiales u otras (alejamiento, inexperiencia, multiplicidad de ocupaciones, etc.), que a menudo pondrían obstáculo a la celebración de una operación. Su utilidad se manifiesta principalmente en la esfera del patrimonio. (48)

La representación legal es una figura típica del Derecho de Familia. Tiene por objeto suplir la deficiencia de capacidad de obrar de algunas personas. A diferencia

(47) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.* p. 454.

(48) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.* p. 455.

del contrato de mandato que supone necesariamente la capacidad del mandante para otorgar el contrato. En la representación legal se parte del supuesto de cierta incapacidad del representado. Por ello la ley establece la representación legal.

En nuestro Derecho la representación legal se encuentra especialmente prevista en el Código Civil, en donde el art. 23 señala que la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. El mismo Código Civil nos señala quienes tienen incapacidad natural y legal en el art. 450 que nos indica que la tienen: los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, imbecilidad aún cuando tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. Los menores de edad emancipados tienen cierta incapacidad legal, pues requieren de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, y de tutor para negocios judiciales.

El art. 1800 del C.C., exceptúa de la representación legal quien es hábil para contratar, que puede celebrar actos por sí o por medio de un mandatario autorizado. El art. 1801 del C.C., previene que solamente puede contratar a nombre de otro, cuando se está autorizado por él o por la ley, consignándose en este último caso la representación legal. El cumplimiento a las obligaciones hecho por el representante legal produce todos los efectos legales, art. 2065 del Código Civil, lo que confirma el art. 2073 del mismo ordenamiento, que dice que el pago puede hacerse por el acreedor o por su representante legítimo.

3.1.1 Características de la Representación Legal.

La representación legal viene a suplir la deficiencia que supone una limitación a nuestras facultades para realizar un acto jurídico que requiere la voluntad y su manifestación. La voluntad se manifiesta por el representante legal cuando exista un menor o incapacitado que no pueda expresarla. Por lo tanto, la representación legal está establecida para actuar a nombre de incapaces que no pueden hacerlo por sí mismos. Es una representación directa; se actúa en nombre y por cuenta

del representante, a diferencia del mandato en donde se puede actuar en forma indirecta cuando se actúa por cuenta del mandante pero a nombre del mandatario.

En la representación legal no hay mandante. No se trata de un contrato sino de una representación establecida por la ley, por lo cual solamente hay representante y el representado quienes no celebran contrato.

Es un poder general que implica facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, pero en relación a estas últimas facultades se encuentra limitada por la regla general para la enajenación, gravamen o hipoteca de inmuebles o venta de bienes preciosos, en cuyo caso se requiere la autorización judicial. (49)

En relación a la documentación, a diferencia del mandato que es un contrato que puede ser verbal o escrito y que requiere la formalidad de escritura pública, o ratificación de las firmas del otorgante y sus dos testigos cuando el interés del negocio llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad, en los casos de representación legal los poderes, es decir, las facultades se encuentran determinadas por la ley y los representantes son quienes por la naturaleza del parentesco tienen la responsabilidad de ejercer la patria potestad o quienes por acto jurídico adoptan a menores, a los que se aplican los mismos derechos y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad o, también, quienes por decisión judicial son designados tutores o curadores. Por lo tanto, acreditando esa relación jurídica con el menor, se tendrán los poderes o facultades que la ley otorga.

La representación legal es para realizar actos jurídicos a nombre y por cuenta de los incapacitados, pero tiene un característica que no la tiene el mandato consistente en que el representante legal de los bienes además tiene a su cargo el cuidado de la persona de los menores y todo lo relativo a su formación, educación y cuidado. Es decir, esta representación va más allá de la realización de actos jurídicos, pues comprende a la persona del menor o incapacitado, para lo cual también se le dan las facultades necesarias.

(49) Manuel F. CHAVEZ ASENCIO. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares. 2a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. p. 292.

De la representación legal, a semejanza del mandato, se excluyen los actos que son estrictamente personales del representado. Así, por ejemplo, los representantes legales solamente otorgarán el consentimiento pero no participarán en la celebración del acto jurídico referente al matrimonio, al reconocimiento de hijo o la adopción. (50)

Quando surge algún problema en el ejercicio del mandato debe consultarse al mandante. En la representación legal debe haber consulta y mutuo acuerdo entre los padres que ejercen la patria potestad para los asuntos más importantes de administración de los bienes de los hijos, art. 426 del Código Civil, consulta o auxilio del juez de lo familiar, a solicitud de quienes ejercen la patria potestad y tutores; también los Consejos Locales de Tutela y el Ministerio Público pueden acudir en auxilio del representante legal, art. 422 del Código Civil.

Los representantes legales deben rendir cuentas cuando sus representados lleguen a la mayoría de edad y éstos tienen la facultad de exigirla. Tienen, también, acción para demandar daños y perjuicios si hubiera alguna actuación ilícita que los hubiere originado.

En relación a la remuneración en general, podemos señalar que es gratuito el ejercicio por quienes ejercen la patria potestad. Esto se deriva de la responsabilidad propia del parentesco, bien sean los padres o los abuelos quienes tienen la obligación moral y legal de la representación de los menores y todo lo relativo a su satisfacción material y humana.

Sin embargo, cuando hubiere bienes que por cualquier título adquiriera el hijo, la administración corresponde hacerla a los que ejercen la patria potestad, quienes tienen derecho a la mitad del usufructo que se produzca; los padres o quienes ejerzan la patria potestad pueden renunciar al usufructo, si así lo pactan. En relación a la tutela y curatela se tiene derecho a la remuneración en los términos legales.

(50) CHAVEZ ASENCIO, *ob. cit.* p. 293.

3.2 Naturaleza Jurídica de la Representación Legal.

El examen o recorrido que del apartado anterior hemos tratado de realizar a través de los más importantes supuestos de representación legal, nos proporciona algunos importantes datos para construir esta figura jurídica.

Como ha sido destacado, la característica más importante de la representación legal es la que puede llamarse: heteronomía. Así como en la representación voluntaria hay un cauce para ampliar, por la vía de la autonomía privada, el campo de actuación de la persona, en la representación legal hay pura heteronomía. La persona queda sustituida por el representante legal y las decisiones de éste le son impuestas a su esfera jurídica y a su patrimonio, con todas sus consecuencias. Dicho en términos más claros, la persona no actúa y actúa por ella, sustituyéndola completamente su representación legal.

Por eso como ya hemos apuntado en las líneas anteriores, hay que distinguir la genuina representación legal de los supuestos de interposición de auctoritas o de complemento de capacidad. Si una persona es llamada por la ley a concurrir con otra para hacer plenamente válido un acto de ésta, que sin aquél no lo sería, no hay una auténtica representación legal. Parte y autor del acto continúa siendo el titular del interés deducido en el negocio. La concurrencia, el concurso o la interposición de auctoritas funcionan como un elemento adicional, pero no convierten al que interviene en genuino representante.

La representación legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante y, además, cuando el representado no puede tener en el acto ninguna intervención. De ello debe seguirse, a nuestro juicio, que la función genuinamente representativa en la representación legal es la interpretación restrictiva, aún cuando algunas leyes, que no es el caso del Código Civil, realicen una fórmula genérica de aplicación de la representación legal. La gestión no debe superponerse a la *auctoritatis interpositio*.

El problema de fondo, que fue esbozado ya en otro lugar de éste mismo trabajo (*vide supra* p. 2 y ss.), estriba en decidir si la representación legal y la representación

voluntaria constituyen variantes de un mismo fenómeno, la representación en general, o si son actos y figuras jurídicas diferentes. Aun cuando la cuestión ha recibido en parte de la doctrina de esta última respuesta, se debe optar por la primera. Aun admitiendo la diversidad existente en el punto de partida (pura ampliación de las posibilidades de actuación de la persona o protección de personas legalmente incapacitadas) y de las consecuencias en el punto de llegada (cooperación de representante y *dominus* o titular o sustitución heterónoma de éste por aquél), en todo lo demás considero que le son aplicables a la representación legal (en algunos puntos posiblemente con las debidas matizaciones) los esquemas genéricos de la representación voluntaria.

Respecto a la representación legal no puede surgir ningún problema en cuanto a la extensión de sus facultades, puesto que conociéndose en virtud de qué disposición legal puede actuar en nombre de otra persona como representante, sería esta misma norma la que fije, a todos los efectos, su radio de acción. Y por lo que se refiere a la ineficacia del acto que realice sobrepasando aquellas facultades, hay que entender que merecen la sanción de nulidad, salvo que por naturaleza puedan ser susceptibles de ratificación posterior lo que puede hacer el mismo representado cuando adquiera la capacidad necesaria. (51)

Finalmente diremos que la representación legal admite dos subclases:

- A) Representación de incapaces.
- B) Representación de capaces.

A) Representación otorgada por la ley, de incapaces.- Se realiza cuando la ley faculta a una persona capaz para verificar actos jurídicos por nombre y cuenta de otra, que por disposición de la misma ley tiene incapacidad de ejercicio y entonces las conductas que realiza aquella, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz. Los menores de edad no tienen por regla general la administración ni disposición de sus bienes; tienen una incapacidad de ejercicio creada por la misma ley, la cual en estas hipótesis, otorga a los que ejercen la patria potestad o tutela la representación de los menores y pueden con las forma habilitantes del caso realizar todos los actos respecto de los bienes de éstos. Lo

(51) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.* p. 463.

que al efecto haga el padre o el tutor respecto del patrimonio del menor, surtirá efectos en el patrimonio de éste y no en el del que ejerce la patria potestad o tutela

B) Representación otorgada por la ley, de capaces.- Se da cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona capaz para evitarle un daño y fundado en una idea de solidaridad social. Tal sucede en la gestión de negocios que se verá más adelante, en donde la ley considera al gestor al final como representante del dueño del acto, aunque éste no quiera, respecto de lo que de útil le sea la gestión. Otros tipos de representaciones otorgadas a personas capaces serían, en la quiebra y el concurso, en el condominio y en la representación de las personas morales privadas, las asociaciones civiles y otras.

3.3 Supuestos de la Representación Legal.

La idea de la representación legal se encuentra reiteradamente utilizada por nuestro Código Civil y recogida en una serie de leyes especializadas en donde también se da la figura de la representación legal.

Con anterioridad se hablaba de una representación legal de la mujer por el marido. El marido era el representante legal de la mujer. Este tipo de representación que consideramos como legal reducía a la mujer a un grado de incapacidad o de interdicción, sin estarlo nunca. Esto únicamente obedecía a una desigualdad en el uso de sus derechos. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia habían iniciado los cambios pertinentes para limitar mucho el ámbito de esta representación, dejándola prácticamente reducida al campo de la actuación procesal.

El Derecho hoy vigente anula por completo la representación legal dentro del matrimonio, puede producirse únicamente la representación voluntaria cuando ambos gozan de toda su capacidad; la excepción sería obvia en el momento en que alguno de los cónyuges estuviera sujeto a alguna incapacidad o interdicción determinada por la ley. En estos casos, la representación legal puede y debe proceder, pero no en la forma anárquica como se venía dando.

Los casos más notables de representación legal pueden encontrarse en el Derecho de la persona y en el Derecho de a Familia. La representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de la capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo la administración de sus bienes.

De los supuestos de la representación legal más importantes mencionaremos los siguientes:

a).- La Patria Potestad. Esta figura se encuentra regida en los arts. 411 al 448 del nuestro Código Civil y nos menciona que entre los deberes inherentes a la patria potestad señala que el de representar a los hijos no emancipados en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en el provecho de quienes se encuentran bajo su potestad.

También esta representación legal no se limita al Derecho Sustantivo sino que lo hace extensivo al Derecho Adjetivo en el ejercicio de determinadas acciones en beneficio de los no emancipados. Es evidente que la representación legal se extiende a cualquier tipo de acto jurídico y que se produce si el resultado es benéfico para los intereses de aquéllas personas incapacitadas.

b).- Tutela. Esta figura jurídica tiene como objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela se desempeña por el tutor con intervención del curador en los términos establecidos por la ley, un tutor y un curador pueden desempeñar la tutela de varios incapaces y éstos pueden ser los menores de edad no emancipados, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, los sordomudos que no saben leer ni escribir. Todos estos tienen una incapacidad natural y en cuanto a la legal sólo los hijos pródigos y los menores de edad legalmente emancipados para los negocios judiciales.

El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos jurídicos, salvo aquéllos que por disposición ex-

presa de la ley pueda ejercitar por sí solo. Se confiere al tutor la representación legal de la persona sometida a tutela.

c) La Curatela. También el curador es representante legal. En los términos del art. 626, frac. I del C.C., el curador está obligado a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor, así como una serie de obligaciones que la ley señala.

d) El albaceazgo. En algunas ocasiones se habla de representación legal de una herencia, aunque esta idea merezca un tratamiento especial. Porque lo cierto es que la herencia al no personificarse no admite verdadera representación. Lo único que hay son formas especiales de legitimación para realizar los actos de administración o actos de carácter dispositivo que resultan obligatorios para todos los interesados. Ello ocurre en el caso de albaceas con facultades especialmente conferidas al efecto o en el de los administradores judiciales de las testamentarias o de los *ab intestatos*. Si falta la figura del albacea no puede hablarse en rigor de una verdadera representación legal.

El albacea es por naturaleza representante legal, pues tiene obligación de representar a la sucesión en todos los juicios que hubiere de promoverse a su nombre o que se promovieren en contra de ella, también tiene la responsabilidad de hacer todos los pagos, formación de inventarios, cobrar los créditos pendientes, etc. en los términos del art. 1706 del C.C.

El albacea es un liquidador del haber hereditario. Mientras adjudica los bienes, los debe administrar y representar. 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. En 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.

e) La Ausencia. No esta configurada la ausencia, por el sólo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio, es necesario que el ausente no haya dejado quien lo represente, que se ignore su paradero y que no se tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento.

Al ausente se le nombrará un representante si cumplido el término del llamamiento no comparece, ni se presenta su apoderado legítimo, de conformidad con el art. 654 del C.C. Su representante tendrá la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él, art. 720 del mismo ordenamiento.

f) La Copropiedad. En la copropiedad los derechos y obligaciones de los copropietarios son establecidos en el título correspondiente, pero a falta de estipulaciones, tratándose de copropiedades con indivisión y legales, tanto los derechos como las obligaciones están determinados por la ley, dando nacimiento a las copropiedades o indivisiones organizadas, dando paso de igual manera a la representación legal en las diferentes copropiedades. Por ejemplo el régimen de condominio, en donde se habla de un ámbito de poder o de facultades que parece *ad extra* o frente a terceros inmodificablemente tipificada. Así bajo el régimen de condominio se da la representación legal de las personas que se encuentran disfrutando la copropiedad.

g) Concurso y Quiebra. En los juicios universales de concurso y quiebra, el juez y el síndico son en principio, personas especialmente legitimadas para realizar actos de administración y actos dispositivos respecto del patrimonio del concursado y quebrado, en la medida en que este patrimonio constituye para los acreedores la masa del concurso o masa de la quiebra. Sin embargo, dado que tanto el Código Civil como el de Comercio hablan de una especial inhabilitación o incapacidad del concursado y quebrado, puede cuestionarse si tales órganos de las dos instituciones jurídicas en cuestión, son o no representantes legales. A nuestro juicio, sin intentar en estos momentos profundizar demasiado, la respuesta debe ser afirmativa. Y ello en atención a la incapacidad del concursado y quebrado.

Estas figuras jurídicas 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, otros al juez y finalmente, hay quienes piensan que representa al patrimonio de liquidación. Joaquín Rodríguez

Rodríguez, sostiene que el síndico actúa en nombre y por derecho propio, con facultades sobre bienes ajenos. (52)

h) Otras representaciones legales. En el campo del Derecho Civil Familiar es la zona idónea de las representaciones legales, fuera de él las cosas comienzan a presentarse confusas y difíciles. Aunque la expresión representación legal o representación legítima se puede aplicar en otros ámbitos del Derecho. Así se puede hablar de representación legal de las personas morales, sociedades mercantiles, sociedades y asociaciones civiles, representación del Estado, en el sistema bancario mexicano, en el ejido y finalmente, el de otras personas morales como las corporaciones, las controladoras, paraestatales y sindicatos.

3.3.1 Patria Potestad.

La Patria Potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por Derecho, con las finalidades de representación, asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos en matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación, ya sea consanguínea o civil.

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida requerida.

La atribución de estos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir con los deberes de la representación que tienen hacia sus hijos.

Colín y Capitant definen a la patria potestad, diciendo que es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los

(52) DIEZ-PICAZO, *ob. cit.* p. 78.

deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados. (53)

Planiol, por su parte se encarga de realizar una definición más de dicha institución, definiéndola como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. (54)

La representación en la patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar, ya que es una relación que nace de la relación paterno filial. De esta manera la ley ha señalado implícitamente que este deber de proteger y cuidar a los hijos no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación o de la adopción, que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos, educarlos, administrarlos y representarlos.

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes para colocar a los titulares, en la posibilidad de cumplir los deberes que se les conciernen respecto a los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

Es interesante observar, que la doctrina se refiere siempre aquí a un derecho, pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo, sino por el contrario, al derecho del mismo progenitor. De lo que resulta ante todo que la doctrina reconoce en el progenitor, aquella coincidencia de derecho y de deber, que hemos visto es característica de las relaciones de derecho público. Y hemos visto, que la misma, se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad, de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los mismos términos "si quiere alcanzarse en este fin deben observarse

-
- (53) COLIN Y CAPITANT *apud* Ignacio GALINDO GARFIAS. Derecho Civil. 6a. Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. p. 667.
- (54) PLANIOL. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. p. 251.

normas", se plantea en cambio en estos otros: debe alcanzarse este fin observando esta normas. (55)

En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés del representante que debe coincidir con el interés general del grupo social. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado se ejerce en interés público.

Desde el punto de vista intrínseco, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. Extrínsecamente, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo, quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el representante, titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos.

No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están la posibilidad de renunciar a su ejercicio. El representante en la patria potestad tiene cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.

Los poderes que atribuye la patria potestad al representante, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

(55) Jorge A. DOMINGUEZ MARTINEZ. Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 2a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. p. 636

La patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

La patria potestad, en lo que se refiere a la autoridad de quienes la ejercen sobre la persona de los descendientes, acusa marcadamente la coincidencia del interés público y el interés privado.

La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor, porque parece evidente que aquél que desempeña esa función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar al cabo por su estado de minoridad. El menor no emancipado, sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, quienes son los legítimos representantes de los hijos que se encuentran sometidos a ellos.

La patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del hijo, de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

En efecto la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados quienes en tanto no alcanzan la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes, se le representa en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él.

Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo corresponde a este último

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación o por don de la fortuna), la propiedad y la mitad del usufructo le

pertenecen, en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad. Sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador, legatario o donante pueden excluir a las personas que ejercen la patria potestad, del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación.

El usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos es de naturaleza particular, por razón misma de su afectación familiar.

Los ingresos del menor quedan afectados, ante todo a su alimentación. Los gastos de alimentación deben ser proporcionados a la fortuna del mismo. Por lo tanto, los padres no pueden conservar de los productos más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna.

No pueden los padres disponer del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, más que renunciando en favor del menor en los términos establecidos en el art. 431 del C.C.

Evidentemente, si alguno de los padres llega a perder la patria potestad cesará automáticamente el usufructo establecido en su favor, el que por otra parte lleva consigo las obligaciones que expresan el Capítulo Segundo del Título Sexto, con excepción de dar fianza fuera de los casos consignados en el art. 434 del C.C.

"I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o están concursados.

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias.

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos."

Cabe señalar que en caso de divorcio, el derecho al usufructo queda perdido irremisiblemente para el cónyuge culpable, como una sanción que le alcanza por la falta que a él le es atribuida. El cónyuge inocente se beneficiará con el derecho del usufructo legal, aun cuando no tuviere a su hijo en custo-

dia. Cuando los dos cónyuges son culpables, el derecho de usufructo legal se extingue.

El derecho de usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Sin embargo dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes. Por ejemplo, de sumas de dinero de la administración.

En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca según la natural destinación de la cosa de que forman parte.

La doctrina designa a esta clase de actos como de administración ordinaria.

Por el contrario, se entiende en términos generales por actos de disposición, aquéllos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación. Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste (hipoteca, prenda, fianza, servidumbre, etc.).

En ciertos casos, en protección de los intereses del menor, será necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio del primero. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante que tiene la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponden, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición.

La idea fundamental que preside las facultades de administración en la patria potestad, es la conservación de los bienes y los actos de disposición son contrarios a ese princi-

pio. Por ello, las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar de manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del juez de lo familiar ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con ejecución de esos actos, art. 436 del C.C.

Otorgada esa autorización judicial, el juez de lo familiar que conceda la licencia deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Además, el precio de la venta se depositará en un institución de crédito y quien ejerza la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Cuando el patrimonio del menor está constituido en todo o en parte por una empresa mercantil, la conservación y desarrollo de la empresa que por su naturaleza está destinada a la producción de bienes o servicios con propósito de venta, el acto de administración comprende la ejecución de actos de enajenación de los bienes de la negociación que es propiedad del menor sujeto a patria potestad y cuya gestión o administración, requiere necesariamente para la conservación y desarrollo de la negociación, la ejecución de esos actos de disposición de la mercadería, destinada a la operación normal del negocio mercantil.

Las facultades de representación del hijo, que correspondan a los que ejercen la patria potestad tienen las siguientes limitaciones: art. 436 del C.C.

- I.- Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años.
- II.- Recibir la renta anticipada por más de dos años.
- III.- Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se coteice en la plaza el día de la venta.
- IV.- Hacer donaciones de los bienes de los hijos.
- V.- Renunciar a los derechos de éstos.

- VI.- No podrá otorgar fianza en representación de los hijos, y
VII.- Renunciar a la herencia en representación de los hijos."

Por otra parte el Código Civil hace mención de los réditos y rentas que se hayan vencido antes que los padres, abuelos o adoptantes entren en posición de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso serán frutos de que debe gozar la persona que ejerza la patria potestad.

Siempre es necesario distinguir que el menor que tiene bienes pueda no estar sometido a patria potestad, sino a tutela.

Cabe señalar que los menores pueden adquirir la posesión a través de su representante legal y la posesión que adquieren, disfrutarla. Como consecuencia, también pueden adquirir por prescripción positiva a través de sus legítimos representantes.

En relación a los legados y lo relativo a la elección, se puede hacer por su representantes legítimos, para el nombramiento de albacea, por los herederos menores votarán sus legítimos representantes.

La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto al ascendiente que ha desaparecido de su domicilio sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente, por que la patria potestad por su naturaleza y fundamento jurídico, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

En el caso de uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales, las personas que ejercen la patria potestad que tengan un interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con él. La representación del menor debe recaer en le otro progenitor, sino tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, se nombrará a un tutor designado por el juez de lo familiar.

Hasta aquí se han analizado los puntos más sobresalientes de la representación legal en la patria potestad. Procede afirmar que esta institución muestra características muy especiales y que la figura de la representación es viable en cada uno de los casos estudiados. Diremos, para concluir, algunas otras argumentaciones igual de válidas como todas las anteriores.

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a lo preestablecido en el Título Octavo, del Capítulo I, del C.C.

En relación a los poderes o facultades, los representantes legales, tienen las facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y dominio, pero estas últimas se encuentran limitadas en los términos de los arts. 436 y 437 del C.C.

El ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos del matrimonio, la ejercen el padre y la madre. En caso de faltar éstos los abuelos en el orden que el juez de lo familiar determine, en el artículo 418 C.C. Esta última regla no se sigue cuando existe tutor testamentario.

Si el hijo nacido fuera del matrimonio, es reconocido y vive con los padres, ambos la ejercen art. 415 C.C. Si es reconocido pero viven separados, entre ellos se podrán de acuerdo, en quién de los ejercerá la custodia, en caso de que no lo hagan, el juez de lo familiar del lugar será quien, previa audiencia de los padres y vista del Ministerio Público, resuelva a quien corresponde ejercerla, arts. 380 y 381 del C.C. Si la causa es el divorcio, dependerá del convenio en el voluntario y de la sentencia en el necesario.

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 y, el adoptante, con la copia certificada del acta de adopción.

La representación de la patria potestad del hijo adoptivo la ejercen únicamente los adoptantes art. 419 del C.C.

Nuestro Código Civil, a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, hace una clasificación:

- A) Bienes que adquiera por su trabajo, y
- B) Bienes que adquiera por cualquier otro título.

Asimismo se llega a hacer la mención respecto de las resoluciones del ejercicio de la representación en la patria potestad que deberán de ser de acuerdo con la Ley Sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, según estipulación del art. 413 del C.C.

Como corolario mencionaré que aquellos que ejercen la representación en la patria potestad son representantes legales y la ley los hace responsables de los daños que causen los menores, en los términos de los arts. 1911 y 1919 del C.C.

3.3.2 Tutela y Curatela.

El objeto de la tutela es, de conformidad con nuestro derecho positivo, la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley.

La tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de ésta fundamentalmente, como lo apuntó Savigny, en que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho. (56)

La tutela por esa razón, tiene límites legales más estrechos que la patria potestad, ya que inspira menos con-

(56) SAVIGNY *apud* DOMINGUEZ MARTINEZ, *ob. cit.* p. 637.

fianza y eso tanto en lo que se refiere a su contenido personal, como patrimonial.

La tutela es una institución jurídica que ha sido considerada para sustituir o coadyuvar con la patria potestad, cuyo objeto es el cuidado y representación de los menores no emancipados y que no tienen quien ejerza la patria potestad, o de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos, así como para su representación en casos especiales. Conceptualmente, la tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos.

Es una figura supletoria de la patria potestad en el caso de los menores de edad.

La Doctrina en materia de tutela, maneja los calificativos con gran variedad. Ruggiero y Clemente de Diego la definen como un poder conferido a una persona para cuidar a otra. Planiol afirma que es una función jurídica conferida a una persona capaz para cuidar de un incapaz y administrar sus bienes. Bonnacase expresa es el organismo de representación de los incapaces que interviene tanto en materia de minoridad como en materia de interdicción. Laurent la define como la carga pública impuesta a una persona capaz de cuida a otra incapaz y representaría en los actos jurídicos. Ennecerus la denomina como el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidado de sus asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación y finalmente Mateos Alarcón la considera como un cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la primera. (57)

Es preferible en mi concepto hablar de la tutela como una institución jurídica que representa a los menores no emancipados, así como los mayor incapacitados.

(57) ALCALA-ZAMORA y TORRES NICETO. El Area de la Tutela. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. T. IX. Enero-Marzo, 1947, Núm. 33. México, D.F. p.44.

La institución de la tutela se crea y organiza en las leyes para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero, es por tanto una institución de defensa o de protección similar a la patria potestad, pero de ésta se distingue en que esta última posee una simplicidad normativa, de la que aquélla carece. La fuente normal en la patria potestad es el hecho natural de la procreación de la que procede las relaciones de filiación. En la tutela es necesario siempre el discernimiento, en razón de que se van a crear relaciones jurídicas entre el tutor y el incapacitado, deberes cuyo origen es la ley. Por ello en la tutela, se fijan con mayor rigor los límites de la autoridad del tutor y constituye un control más decidido de la misma.

La patria potestad y la tutela aparecen, aquélla como institución principal y ésta como subsidiaria. No hay lugar a tutela mientras exista quien ejerza la patria potestad; de donde, sólo se puede organizar la tutela cuando falte aquélla.

La protección y el cuidado de la persona y los bienes ha de referirse a un incapaz, que no se encuentre bajo la patria potestad, por lo que se hayan excluidos los sujetos a esta última y cuando se trata de mayores de edad es necesario que la incapacidad sea declarada judicialmente.

No estarán sujetos a la tutela los ciegos, los paralíticos y los ancianos aunque sean incapaces de gobernarse por sí mismos, pues mientras esos defectos no trasciendan a la inteligencia, no podrán aplicarse las disposiciones del artículo 450 del C.C., el cual es de interpretación estricta y no extensiva, es decir únicamente aplicable a los casos de incapacidad en ella previstos.

Los arts. 454 y 455 del C.C., disponen que la tutela se desempeñará por el tutor, con intervención del curador del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas y que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y un curador definitivos.

Esta disposición consagra el principio de la indivisibilidad y unidad de poder, el cual no puede fraccionarse en las relaciones jurídicas de un individuo, ya sean personales o si son patrimoniales, por la unidad del patrimonio de las personas, pero reconociendo no obstante, que si los intereses de varios incapaces sujetos a la misma tutela, son opuestos o se

trata de tutela testamentaria, pueden nombrarse tutores diferentes a cada uno de ellos, como casos de excepción a ese principio.

El juez de lo familiar es el órgano a quien la ley de intervención en todos los asuntos relacionados con la familia y los menores incapacitados. Es el encargado de declarar el estado de incapacidad mediante el juicio de interdicción o de nombrar y discernir el cargo de tutor a quien le corresponda por testamento o por ley.

Debe vigilar el correcto desempeño de la tutela, cuando por negligencia del juez no se otorguen las garantías y el incapaz sufra daños, el juez responde subsidiariamente con el tutor de los daños que sufra el pupilo.

El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información compuesto de un presidente y de dos vocales nombrados por el Departamento del Distrito Federal en el mes de enero de cada año y tiene como funciones concretas las que enumera el art. 632 de nuestro Código Civil. Debe establecerse un órgano con estas características en cada Delegación Política. Es un órgano que ejerce una supervigilancia sobre el conjunto de actos del tutor, para impedir por medio de disposiciones apropiadas la transgresión de sus deberes, además tiene la facultad de deferir la tutela especial de los menores para comparecer en juicio. Además de la vigilancia que deben ejercer el juez de lo familiar y el Consejo de Tutelas, los actos del tutor estarán bajo la vigilancia inmediata de otro órgano denominado curador.

Todos los individuos sujetos a tutela tendrán un curador, excepto en los casos de expósitos o de huérfanos.

Dos son las funciones del curador: Sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él siempre que estén en oposición con los intereses del tutor y fiscalizar, vigilar y cuidar de la adecuada administración del tutor. El curador está facultado para comunicar al Juez de lo Familiar las irregularidades que observe en la gestión del tutor, si parecen perjudiciales a la persona o intereses del menor y también cuando faltando el tutor, sea necesario que se haga nuevo nombramiento de tutor.

El curador puede ser, de acuerdo con nuestro derecho, testamentario o dativo, no hay curadores llamados por la ley al desempeño de la curaduría, en razón de la misión que el curador tiene encomendada, consiste en fiscalizar los actos del tutor, lo que supone su independencia en provecho del tutelado y origina que no puedan ser desempeñados al mismo tiempo los cargos de tutor y curador por una misma persona, ni por personas que tengan entre sí parentesco, o cualquier grado en la línea recta o dentro del cuarto grado en la colateral.

No obstante, nuestra ley, atenta a la presunción que de su articulado se deriva, consiste en que nadie habrá de desempeñar mejor los cargos tutelares que quienes hayan merecido para ello la confianza de los padres, dispone en el art. 623 del C.C., que los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.

En algunas legislaciones, entre ellas la nuestra, al lado de la figura del tutor existe la del curador. Se denomina así al elegido o nombrado para vigilar los actos del tutor, especialmente en el manejo de los bienes del pupilo.

El término curador también se remonta al derecho romano, en el que se encuentra su origen. Se empleó y se emplea en otras legislaciones para proteger los bienes de los mayores incapaces o de la mujer casada. En nuestro derecho su función es diferente, de vigilancia. En otras legislaciones a nuestro curador se le conoce como protutor.

Para ser curador se requieren los mismos requisitos que para desempeñar la tutela, excepto que en ningún caso debe dar garantías, pues por la naturaleza de su función de vigilancia, no debe administrar bienes.

Puesto que el curador sólo tiene funciones de vigilancia, debe de poner en conocimiento del juez de lo familiar todas las irregularidades que en el desempeño de la tutela se manifiesten.

Sólo se da representación al curador para defender los derechos del incapacitado cuando hay contradicción con los del tutor.

El tutor es el órgano básico de la institución. Es la persona que tiene a su cargo el cuidado y representación del menor y de sus bienes. El tutor debe cumplir las obligaciones y ejercer las facultades que la ley le otorga y abstenerse de realizar actos que expresamente se prohíben.

Se pueden clasificar las facultades del tutor, en tres grupos:

- A) Respecto de la Persona del pupilo,
- B) En relaciones a la representación del pupilo, y
- C) Por lo que se refiere al patrimonio del incapaz.

A) Los deberes y facultades que tienen el tutor respecto a la persona del pupilo, son aquellos necesarios para la guarda, cuidado y educación del pupilo.

El tutor debe alimentar y educar al menor o incapaz con arreglo a la condición del art. 537 frac. I y 538 del C.C.

Tratándose de menores, los alimentos comprenden además de comida, vestido, asistencia en casos de enfermedad, los gastos necesarios para la educación primaria, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo, circunstancias personales, art. 308 del C.C., e incluso debe añadir que el mismo tutor está obligado a dar alimentos al pupilo, cuando sea el obligado por razón de su parentesco con el incapacitado y éste tuviere necesidad de ellos, en cuyo caso el curador ejercitará la acción correspondiente de conformidad con el art. 543 del C.C.

El tutor respecto de la persona del pupilo, deberá atender a su salud mental y corporal procurando, si fuere demente o sordomudo, destinar de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de enfermedades o a su regeneración si fuese un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas o enervantes conforme al art. 537 frac. II del C.C. El tutor está obligado a presentar al juez de lo familiar en el mes de enero de cada año, un certificado de dos facultativos que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quién para ese efecto, lo reconocerá en presencia del curador. El juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado y tomará todas las medidas que estime convenientes

para mejorar su condición, art. 546 del C.C., además el tutor está facultado para tomar las medidas que juzgue oportunas para la seguridad, alivio y mejoría del incapacitado, previa la autorización judicial otorgada con audiencia del curador y si la adopción de medidas fuese urgente, pueden éstas ser ejecutadas por el tutor, quién dará cuenta inmediata al juez para obtener la aprobación, art. 547 del C.C.

Además, el tutor deberá cumplir con sus obligaciones con estricta sujeción a las disposiciones del testador, cuando se trata de tutela testamentaria, a no ser que el juez de lo familiar oyendo al tutor y al curador las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas, art. 479 del C.C.

Tratándose de pupilos indigentes o que carezcan de bienes para los gastos de su alimentación y educación, el tutor deberá exigirlos judicialmente a las personas que están obligadas a darlos y si el incapacitado no tiene personas que están obligadas a alimentarlo, el tutor, con autoridad del juez de lo familiar quién oír al curador y al Consejo de Tutelas, lo pondrá en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse, si ello tampoco fuere posible el tutor procurará que los particulares proporcionen trabajo al pupilo compatible con su edad y circunstancia personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo y si ninguno de estos medios es posible, los incapacitados indigentes serán alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, arts. 543, 544 y 545 del C.C.

B) Representación del pupilo por el tutor. La frac. V del art. 537 del C.C., dispone que el tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

Representación, es, según Federico de Castro y Bravo, la realización de un acto jurídico por otro ocupando el lugar de éste, es por tanto, la tutela un mandato general conferido por la ley al tutor para administrar el caudal de los incapacitados, pero no obstante ello la actividad del tutor no es autónoma, sino que éste deberá consultar al pupilo para los actos importantes de la administración, cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años y la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo, le co-

responde al menor y no al tutor, frac. IV del art. 537 del C.C. (58)

Otro problema que plantea la representación del tutor, es determinar si es personalísima o puede delegarse. Indiscutiblemente los cargos de tutor y de curador no son delegables, puesto que en su designación se atiende a sus cualidades personales, para garantizar la consecución del fin que con ella se propone la tutela o sea que se realice por personas idóneas.

C) Respecto del patrimonio del pupilo. A este respecto el tutor tiene la obligación, que no puede ser dispensada, ni aún por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario, de formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, que no podrá exceder de seis meses y que deberá hacer con intervención del curador y del mismo incapacitado, si éste goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años, frac. III del art. 537 y 538 del C.C.

El tutor es representante y administrador de los bienes del pupilo. Es necesario precisar las facultades que al tutor se le confieren, consistentes en administrar el caudal de los incapacitados, es decir de limitar el concepto de acto de administración, con respecto a los actos de disposición, que generalmente le están prohibidos y los cuales pueden realizar mediante licencia judicial.

Santos Cifuentes caracteriza el acto de administración por circunstancias importantes:

Primera, referirse al aprovechamiento y conservación de la cosa, y

Segunda, ser de resultados transitorios.

(58) Federico de CASTRO Y BRAVO. El Negocio Jurídico. 10a. Edición. 1988. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España. p. 113.

En consecuencia, los actos que regularmente puede realizar el tutor son los que tengan esas características. (59)

El tutor necesita autorización judicial, la que sólo se concederá si es de evidente utilidad para el pupilo, para realizar los siguientes actos:

Para fijar dentro del primer mes de ejercicio la cantidad que haya de invertirse en gastos de alimentación y el número de los dependientes necesarios, art. 554 del C.C.

Para enajenar y gravar los bienes inmuebles como sus derechos y los muebles preciosos del pupilo como art. 561 del C.C.

La venta de los bienes raíces del menor deberá hacerse en subasta pública, bajo la sanción de nulidad, arts. 563 y 564 del C.C., y llenándose las formalidades a que se refiere el Capítulo III del Título Décimo Quinto del C.P.C.

Para hacer todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, art. 565 del C.C.

Para transigir o comprometer en árbitros de negocios del incapacitado, Art. 566 del C.C.

Para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales cuya cuantía excede de mil pesos se necesita el consentimiento del curador, art. 568 del C.C.

Para hacerse pago el tutor de sus créditos contra el incapacitado, art. 571 del C.C.

Para arrendar por más de cinco años los bienes del incapacitado, art. 573 del C.C.

(59) Santos CIFUENTES. Negocio Jurídico. 2a. Edición. 1986. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. p. 241

Para recibir dinero prestado a nombre del incapacitado, art. 575 del C.C.

Finalmente, el tutor no puede realizar los siguientes actos:

Contraer matrimonio con el pupilo a no ser que obtenga dispensa, una vez que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. La prohibición comprende al curador y a los descendientes de éste y del Tutor, art. 559 del C.C.

Comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente causa para que se le remueva del cargo, art. 569 del C.C. Sólo cesa esta prohibición, en caso de que el tutor o sus parientes sean coherederos partícipes o socios del incapacitado, art. 570 del C.C.

Aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia, art. 572 del C.C.

Hacer donaciones a nombre del incapacitado, art. 576 del C.C.

Rechazar las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado, art. 579 del C.C.

Esta representación legal denominada tutela tiene tres especies. De conformidad con el art. 461 de nuestro Código Civil, la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa.

La tutela testamentaria es la que se confiere en testamento y tiene lugar, cuando el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombra tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, incluyendo al hijo póstumo. Ese nombramiento, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado, arts. 470 y 471 del C.C.

No existe cuestión de la representación, de su procedencia y funcionamiento en la tutela testamentaria, no obstante considero de suma importancia el comentar brevemente cada especie de tutela.

Es aplicable la tutela testamentaria a los hijos legítimos o legitimados. Respecto a los hijos naturales reconocidos, ya que los progenitores que hayan reconocido tienen derecho de nombrar tutor al hijo reconocido, al progenitor que sobreviva, por mayoría de razón, puesto que al adoptante se le otorga el derecho de designar tutor al hijo adoptivo, art. 481 del C.C.

Existe en nuestra ley, el derecho reconocido a un extraño, para designar tutor en su testamento, a un incapaz que no se encuentre bajo su patria potestad, ni bajo la de otro y esto ocurre cuando le deje bienes, para el simple efecto de la administración de esos bienes, arts. 473 y 475 del C.C.

La tutela legítima tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio. La ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz.

Respecto al llamamiento, debemos considerar dos modalidades de esta tutela; la de los menores y la de los mayores declarados incapacitados.

En cuanto se refiere a los menores, la ley llama a desempeñarla a los hermanos, y por falta o incapacidad de los hermanos a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le pareciere más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años él hará la elección, art. 484 del C.C.

Tratándose de expósitos o abandonados, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, o de los directores de las instituciones, hospicios y demás casas de beneficencia que los reciban, arts. 492 y 493 del C.C.

En relación a los demás incapacitados, la ley contempla los distintos casos en que tiene lugar la tutela legítima y determina un orden en el llamamiento. El marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido, los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, prefiriéndose en su designación el que viva con el incapaz y siendo varios, el que le parezca el juez más apto. El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre son los tutores legítimos de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que pueden desempeñar la tutela, a falta de las personas anteriores, son llamadas sucesivamente a desempeñar la tutela legítima, el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales. La ley coloca, además, bajo la tutela legítima de la persona que corresponde a los hijos menores que el incapacitado tuviere bajo su patria potestad.

Finalmente la tutela dativa tiene lugar, cuando no hay tutor testamentario ni persona a quién corresponda desempeñar la tutela legítima, y cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o colaterales dentro del cuarto grado inclusive, art. 495 del C.C.

Las notas que caracterizan la tutela dativa son las siguientes:

A) Es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima.

B) El tutor dativo es designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, confirmándose esta designación por el juez de lo familiar, si no tiene justa causa para reprobársela. La designación la hace el propio juez, si el menor no ha cumplido esa edad.

C) Puede recaer en cualquier persona en el caso del inciso anterior y sólo en alguno de los que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas.

El art. 499 del C.C., dispone que siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

La tutela dativa se discierne aunque no tengan bienes los pupilos. En ese caso, tiene por objeto el cuidado y la representación de la persona del menor en actos y contratos, para que el pupilo reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será designado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor o de oficio por el juez de lo familiar, art. 500 del C.C. Tienen obligación de desempeñar ese cargo, las personas que enumera el art. 501 del propio Código o sea: la autoridad administrativa del domicilio del menor, los profesores oficiales del lugar donde viva el menor, los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que reciban sueldo del Erario y los directores de establecimientos de beneficencia pública.

En los casos en que temporalmente, el tutor definitivo no pudiere desempeñar el cargo, porque su nombramiento sea condicional y no se haya cumplido la condición, porque está pendiente de la calificación de una excusa presentada por él, porque está corriendo el plazo para el otorgamiento de la garantía que debe prestar, porque en un negocio determinado tenga el tutor interés opuesto a su pupilo, etc. El juez de lo familiar deberá nombrar a un tutor interino.

Se entiende por nombramiento de tutor, la designación que el caso de tutela testamentaria hace el autor de la herencia, o el juez en caso de que sea dativa para que una cierta persona desempeñe esas funciones.

La persona designada por el autor de la herencia o por el juez, puede tener una excusa o estar incapacitada para entrar en el ejercicio del cargo de tutor. La tutela no puede ser diferida por el juez, sino después de que el tutor designado ha aceptado el cargo o se ha desechado la excusa o no se ha hecho valer ninguna.

Entonces el juez defiere la tutela en la persona designada. La definición de la tutela es el acto de jurisdicción que confirma el nombramiento de tutor, por no existir causa legal alguna que le impida desempeñar la tutela.

Deferida la tutela, el tutor designado no puede aún realizar ninguno de los actos que a su cargo competen, porque antes debe otorgar la caución a que se refiere el art. 519 del

C.C., hipoteca, prenda o fianza, a satisfacción del juez de lo familiar.

El discernimiento del cargo, es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después comprobar que los intereses del menor o incapacitado quedan debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de la representación y actividad de la potestad para el cuidado del menor, que requerirá el ejercicio de la tutela. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela.

De conformidad con el art. 902 del C.P.C., ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. Puede pedirse por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años, por su cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por el albacea y por el Ministerio Público.

Tratándose de la declaración de minoridad la ley exige para hacerla que se presente la certificación del Registro Civil y en caso de que falte el acta, debe citarse a una audiencia a la que concurrirán el menor si fuere posible y el Ministerio Público y en ella por las certificaciones del Registro Civil, si hasta ese momento se presentare, por el aspecto del menor y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o se denegará la declaración correspondiente, art. 903 del C.P.C.

La declaración de incapacidad por otras causas, exige llenar determinados requisitos y seguir un verdadero juicio para obtenerla, los cuales se encuentran determinados en el Capítulo II, del Título Décimo Quinto, del C.P.C.

Para concluir diremos que nuestro Derecho, a diferencia de otros extranjeros que consideran la tutela un cargo representativo gratuito, se pronuncia abiertamente por el principio de la retribución del tutor, art. 585 del C.C.

3.3.3 Albaceazgo.

El albaceazgo es una institución propia del derecho sucesorio, tanto de la sucesión testada como de la intestada, ya que para la administración y liquidación del patrimonio del autor de la sucesión debe haber una persona física que realice esa función, tal es la albacea.

Esta institución surge de la necesidad que tiene el testado de la existencia de una persona de su confianza que se encargue de que se cumpla su voluntad *post-mortem*.

De aquí que el albacea sea la persona nombrada por el testador, los herederos o el juez para cumplir con lo mandado en el testamento, representar a los herederos y al masa de bienes, administrar éstos y liquidar el patrimonio del *de cuius*.

Tan obscura como su origen es su naturaleza jurídica, ya que existen muchas opiniones de juristas para explicarla, sin que ninguna de ellas, de por sí, lo logre. Se ha pensado en él como un representante del autor de la herencia o de los herederos, o como un auxiliar de la administración, o como un curador *ad bonorum*, esto es, un depositario con determinadas facultades de administración. Es cierto de que de esta manera explica las facultades de administración del patrimonio por el albacea, especialmente en el Derecho Italiano, en donde se encuentra esta institución para todos los casos en que exista un patrimonio sin titular, como en la ausencia, la herencia, patrimonio de menores o incapacitados sin representación legal, pero la objeción que se le hace consiste en que ignora sus funciones de representación, la del *de cuius*, según unos, de los herederos, según otros, pero definitivamente es indudable que el albacea en el Derecho Mexicano, tiene evidentes funciones representativas y este aspecto tan importante lo descuida la teoría, es decir, si aceptamos la vigencia del curador *ad bonorum*, sería incompleta la explicación de las funciones del albacea.

Algunos tratadistas tratan de explicar que el albacea es un árbitro frente a los herederos. Si bien es cierto que dentro de las funciones de albacea en ocasiones pueda servir de intermediario entre los herederos y exhortarlos a que pongan fin a sus dificultades, también lo es que sus sugerencias no tienen la fuerza de la decisión de un árbitro, que deba ser

acatada y además la ley no se la señala como función, ni menos en forma preponderante, por el contrario en el Título Décimo Cuarto del Capítulo I del C.P.C., relativo al juicio sucesorio encontramos a cada paso cuestiones incidentales y de otra especie, mediante las cuales el juez decide los puntos litigiosos que se susciten entre los herederos, finalmente, también ignora la facultad administrativa y en cierta forma la representación común de los herederos para la tramitación judicial en general, por lo que tampoco explica la naturaleza jurídica del albaceazgo.

Finalmente se expresa que el albacea es el representante del autor de la herencia, de los herederos y de ambos. Para explicar esta múltiple representación afirmo que el albacea representa formalmente al de *cuius* y materialmente a los herederos.

Es natural que se pretenda objetar que el albacea no puede representar al de *cuius*, ya que no puede existir una representación de persona fallecida, pues es sabido que el mandato termina con el fallecimiento del representado y, en este caso, empezaría con su muerte. Pues bien, diré que sí es posible dicha representación ya que la ley habilita a realizar sus diferentes actividades representativas al albacea, además al hablar de representación por medio del mandato jurídicamente se esta hablando de una representación voluntaria indirecta que guarda diferentes connotaciones de la representación legal, cada una de estas, si bien es cierto resultan equidistantes no dejan de ser distintas y de aplicación diferente. También agregaría que por ministerio de ley es una excepción que se realiza a los principios de la representación tanto en personas físicas como en las personas morales. En el albaceazgo no hay ningún tipo de contrato y mucho menos mandato, sólo impera la representación y pura representación.

Si bien es cierto que es más explicable la representación de los herederos, puesto que el albacea impulsa la tramitación del juicio, administra y cumple obligaciones a cargo de la sucesión, en beneficio de todos los herederos, complementando dicha representación en los actos principales del juicio y todos los actos de disposición y aun algunos de administración, con la aprobación de los herederos.

No deja de ser menos cierto que el albacea es un representante del de *cuius sui generis*, que empieza a partir de su fallecimiento. Mediante el examen de los textos legales se

puede llegar a la conclusión que el legislador da al albaceazgo una naturaleza especial, que no podrá explicarse por ninguna de las teorías antes expuestas. Por otra parte, cada día se aprecia más el carácter de una reglamentación de orden público, pues se le eleva a la categoría de auxiliares de la Administración de Justicia, puesto que la herencia es un patrimonio en liquidación y además de los intereses de los herederos y legatarios, existen los intereses de los acreedores de acuerdo con el estudio de la teoría del patrimonio. Si a esto se agrega que el legislador no reconoce a la herencia como persona moral, debe llegarse a la conclusión de que la institución del albaceazgo es múltiple y complicada, puesto que se le puede considerar al albacea como un liquidador del haber hereditario, administrador, representante y ejecutor del testador. Para determinados fines, representa legalmente a los herederos o legatarios, es el motor del juicio sucesorio, debe liquidar el patrimonio en beneficio de los herederos, por estas razones, sus funciones no pueden explicarse por una sola institución y si fuera forzoso decidirse por alguna categoría, respecto a su naturaleza jurídica, sería la de auxiliar de la Administración de Justicia, como lo considera la Ley Orgánica de los Tribunales, a fin de efectuar la liquidación del patrimonio y adjudicar el sobrante a los herederos, por lo tanto, se asemeja a los síndicos de concurso o de la quiebra.

En realidad las características del albaceazgo son propias de la naturaleza del cargo y tiene funciones de depositario, administrador, representante y auxiliar de la justicia, es pues un cargo complejo.

Las albaceas pueden ser de diferentes tipos y se encuentran clasificados en la doctrina a partir de varios criterios atendiendo a su origen atendiendo a la amplitud de sus facultades o a las características de sus funciones, atendiendo a su duración y número.

Por su origen, el albacea puede ser: testamentario, legítimo o electo y dativo.

A) El albacea testamentario es el designado en el testamento.

B) El albacea legítimo o electo es el que señala la ley en el caso de heredero único, el albacea por disposición legal, o el designado por los herederos o legatarios, de no ha-

ber heredero. También se le conoce como albacea electo.

C) El albacea dativo es el que proviene del nombramiento que haga el juez, cuando los herederos no forman mayoría para lograr su designación, no se presenten herederos a la sucesión testamentaria y el testador no la haya designado en el testamento, o el nombrado no se presente. A estos dos últimos, el Código de Procedimientos Civiles indebidamente los llama interventores.

Por la amplitud de sus facultades o por las características de sus funciones los albaceas pueden ser: universales y particulares, estos últimos son llamados ejecutores especiales.

A) El albacea universal, como su nombre lo indica, es el encargado de realizar todas las funciones a su cargo. Existe tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

B) El albacea particular o especial es el designado por el testador para cumplir con algún encargo en especial es propio de la sucesión testamentaria y subsiste de forma simultánea con el universal.

Por su número, los albaceas pueden ser: único, sucesivos y mancomunados.

A) El albacea único, como su nombre lo indica, lo constituye una sola persona designada por el testador o los herederos y ejerce su cargo en forma individual.

B) Las albaceas sucesivas son varias personas que nombra el testador para que ejerzan el cargo de forma individual y sucesiva cuando falte alguno o no acepte el cargo.

C) Los albaceas mancomunados, también son varias personas nombradas por el testador para que ejerzan el cargo actuando conjuntamente. Decidan por mayoría de votos y en caso de empate, decide el juez.

Por su duración, los albaceas pueden ser: definitivos y provisionales.

A) El albacea definitivo es nombrado por el testador o los herederos, son los albaceas legítimos y los electos. Estos deben cumplir con su encargo hasta su culminación.

B) El albacea provisional es el judicial o dativo, es el nombramiento dado por el juez antes de que los herederos nombren al definitivo, solo durará en su encargo hasta que el definitivo se presente.

Durante la vigencia de los Códigos Civiles anteriores, se exigió que el albacea tuviera el carácter de heredero, en consecuencia, se exigió una calidad especial. El Código vigente no exige ya este requisito, sino que, por el contrario, solo exige una capacidad completa, que tenga la libre disposición de sus bienes, como única excepción se presenta la hipótesis de que fuere heredero único el incapaz, entonces deberá ser designado albacea pero desempeñará el cargo su representante, art. 1686 del C.C.

El Código Civil señala una serie de facultades y deberes al albacea para estar en condiciones de cumplir con su cargo. Las primeras se establecen en atención a sus funciones. El albacea nombrado por el testador tiene como primordial obligación cumplir con las disposiciones del testamento.

Todos los albaceas, cualquiera que sea su origen, deben:

- A) Asegurar los bienes de la herencia.
- B) Formular los inventarios y avalúos.
- C) Tramitar el juicio sucesorio, presentando el testamento, si lo tiene, representar a la herencia en todos los juicios relativos a los bienes hereditarios, defender la validez del testamento y contestar las peticiones de herencia.
- D) Administrar la herencia y rendir cuentas de su gestión. Dentro de estas facultades está la de pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias, y distribuir los

productos de los bienes mientras se realiza la partición.

E) Efectuar la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

F) Caucionar su manejo por fianza, prenda o hipoteca. El testador no puede eximirlo de esta obligación, pero pueden hacerlo los herederos. Si el albacea es heredero o legatario su porción o legado servirán de garantía.

El albacea no puede:

A) Gravar o enajenar los bienes de la herencia. Si para cumplir con las obligaciones hereditarias se necesita vender algún bien, se requerirá del acuerdo de todos los herederos o de autorización judicial. Otros casos en que pueden venderse los bienes sucesorios son cuando éstos pueden deteriorarse y sea difícil su conservación, o sea ventajosa la venta de los frutos.

B) Dar en arrendamiento los bienes sucesorios por más de un año.

C) Transigir y comprometer en árbitros los negocios de la herencia

D) Renunciar a la prescripción que corra a favor de la herencia.

El plazo para cumplir con el encargo de albacea se cuenta desde el momento de su aceptación o desde que terminaron los litigios sobre validez o nulidad del testamento. Es a partir de entonces cuando puede iniciarse la liquidación de la herencia.

El plazo para que el albacea definitivo cumpla con su cargo es de un año, pero los herederos pueden prorrogarlo hasta por otro.

Pueden ser albaceas: las personas físicas, las personas morales, las instituciones fiduciarias y los notarios.

Están impedidos de ser albaceas, a no ser que sean herederos únicos:

A) Los magistrados y jueces del lugar de la sucesión.

B) Los que hayan sido removidos de otro albaceazgo.

C) Los condenados por delitos contra la propiedad.

D) Los que no tengan un modo honesto de vivir.

Estos impedimentos tienden a proteger a los herederos y acreedores de los malos manejos o abuso del albacea.

No podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes. El menor de edad o el incapacitado que sea heredero único, será albacea y será representado por su tutor.

Pueden excusarse de ser albaceas:

A) Los empleados y funcionarios públicos.

B) Los militares en servicio.

C) Los pobres que no puedan atender el cargo sin menoscabo de subsistencia.

D) Los que no sepan leer y escribir, estén habitualmente enfermos o sean mayores de sesenta años.

E) Los encargados de otro albaceazgo.

La excusa se basa en la imposibilidad de cumplir el cargo, pero no constituyen impedimento para que sean albaceas si así les conviene, ya por que sean herederos o tengan interés en la redistribución fijada por el testador o la ley. Si el designado por el testador se excusa, perderá lo que se hubiere asignado para remunerarlo por el desempeño del cargo.

El albaceazgo es un cargo voluntario, es decir de acuerdo con nuestro precepto constitucional, art. 5, nadie puede ser obligado, contra su voluntad, a desempeñarlo. Este carácter está previsto en el art. 1695 del C.C., pero una vez aceptado, debe desempeñarlo, si tuviere algún motivo de excusa, deberá hacerlo valer dentro de los seis días siguientes al en que tenga conocimiento de su designación o de la muerte del testador, si sabía de su designación en el testamento si presentare su excusa después del término expresado se tramitará y podrá obtenerse resolución favorable, pero tendrá que responder de los daños y perjuicios que pudiera causar.

Como consecuencia de su carácter voluntario, el cargo es renunciable, pero la ley distingue según que la renuncia esté fundada en justa causa o no lo esté, en el primer caso no perderá el albacea la remuneración señalada por el testador por el desempeño del cargo. En cambio, si la renuncia es infundada, perderá lo que el testador le hubiese dejado, ya sea como heredero o legatario.

El cargo de albacea actualmente remunerado, como lo expresamos, el Código Civil, hace del cargo de albacea un trabajo remunerado, respetando el mandato constitucional.

El cargo de albacea es también personal, en el sentido de que no puede delegarse, como se permitía en legislaciones anteriores. Es claro que el albacea puede valerse de mandatarios para la ejecución de actos jurídicos, pero responde de su actuación, no puede liberarse de responsabilidad pasándola al mandatario. También es personal en el sentido de que termina por la muerte y no pasa a los herederos del albacea.

En vista de la complejidad de la función representativa que desempeña el albacea, he venido analizando con cierta amplitud sus facultades, obligaciones prohibiciones y responsabilidades. Es menester realizar una última enumeración de todas estas tratando de no olvidar ninguna.

La ley parte de una simulación con el mandatario. El albacea tiene solo facultades de administración del patrimonio, pero no de disposición, pues para estos actos necesita la autorización de los herederos o del juez.

Como obligación fundamental es la de ejecutar la voluntad del testador, o bien liquidar la herencia, como consecuencia, deberá presentar el testamento.

El derecho a la posesión de los bienes hereditarios se trasmite por ministerio de ley, según vimos antes, el ejecutor universal además de los herederos, desde la muerte del tutor de la herencia, pero como la posesión del albacea es derivada, requiere la ley una toma de posesión efectiva, y le impone la obligación de asegurar los bienes de la herencia, art. 1706 frac. II del C.C.

El albacea es el motor del juicio sucesorio, es el que debe iniciarlo y proseguirlo, como obligación propia, ya que los herederos o legatarios sólo tienen que intervenir en determinados actos, autorizados o aprobado la actividad del albacea, por esa razón, el art. 1706 fracs. III y IV del C.C., le impone la obligación de formar los inventarios, el proyecto de división y participación, entre otras.

El albacea es el representante de la sucesión no como persona moral, sino como patrimonio en liquidación y al efecto el art. 1706 Fracciones VII y VIII del C.C., le impone la obligación de defender en juicio o fuera del él, a la herencia y la validez del testamento, así como representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que promovieren en contra de ella.

La administración de los bienes de la herencia. Esta es una de la facultades más importantes del albacea, pues ya que tomó posesión de los bienes, tiene que administrarlos, art. 1706 fracciones IV y V. La ley no se ha conformado con otorgar esta facultad, sino que señala normas imperativas para realizarla.

El albacea una vez que aseguró los bienes, tiene respecto de ellos una función de depositario, ya que se le prohíbe que permita la extracción de algún bien. art. 1713 del C.C., con la única excepción de los bienes ajenos, pero esta circunstancia deberá constar en el mismo testamento en instrumento público o en los libros de contabilidad, llevados en debida forma, si hubiere sido comerciante el autor de la herencia.

Si la propiedad del bien constare por otros medios, se limitará a asentar al margen de las partidas respectivas una nota que así lo indique, a fin de que la propiedad se discuta en el juicio correspondiente, art. 1714 del C.C.

La sanción a la inobservancia de estas disposiciones es la responsabilidad de daños y perjuicios para el albacea, art. 1715 del C.C.

El albacea, dentro del primer mes de ejercicio de su cargo, debe fijar, de acuerdo con los herederos las sumas que haya de emplearse en la administración de los bienes, así como el número de empleados, art. 1716 del C.C.

En relación a la distribución provisional de los frutos, en la legislación anterior no se disponía la distribución sino hasta la partición, omisión que dio lugar a abusos de los albaceas y a reclamaciones de los herederos, pues en muchas ocasiones no podían esperar, por lo cual promovían la remoción del albacea con la finalidad de apoderarse de la administración.

El Código vigente en el art. 1707, impone la obligación al albacea, dentro de los quince días siguientes, a la aprobación del inventario de proponer al juez de la sucesión la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte que bimestralmente deberá entregarse a los herederos y legatarios, mediante un incidente, aprobará o modificará el juez el proyecto. La sanción a la inobservancia a esta disposición es la remoción del albacea.

Por lo general la ley establece una especie de moratoria para el pago de las deudas hereditarias, ya que el art. 1735 del C.C., prohíbe el cobro de los créditos y de los legados hasta que el inventario haya sido formulado y aprobado, siempre que el albacea lo haga dentro de los términos legales, como única excepción señala el pago de las deudas mortuorias, gastos de la última enfermedad del autor de la herencia y los del funeral arts. 1754 y 1755 del C.C., además también podrán pagarse antes los gastos de conservación y administración de los bienes hereditarios y las pensiones de alimentos, art. 1757

Puede acontecer que en la sucesión no exista numerario para ser los pagos. Entonces puede el albacea mediante la

conformidad de los herederos y en su defecto con autorización judicial, vender algunos bienes para hacer el pago, pero el albacea tiene la prohibición de adquirirlos, arts. 569 y 1719 del C.C., a no ser que él o sus parientes sean coherederos, arts. 570 y 1718 del mismo Ordenamiento. Debido a lo variante de las disposiciones fiscales, esta venta deberá autorizarse por la Secretaría de Hacienda, siempre que no se haya pagado la liquidación provisional del impuesto y del producto de la venta deberá retenerse la cantidad que fije.

En relación al arrendamiento de los bienes de la herencia, el arrendamiento es un acto de administración, conforme al art. 1721 del C.C., sólo tiene el albacea capacidad, mejor sería decir legitimación, para arrendarlos por un año, es que este mismo plazo tiene el albacea para desempeñar su cargo y el legislador desea que los herederos entren en posesión de ellos, ya sean muebles o inmuebles, sin la obligación de respetar un plazo largo, que en ocasiones genera derechos de preferencia en un nuevo contrato y de preferencia en la venta. Para el arrendamiento de bienes por mayor término es necesario el acuerdo de los herederos o de los legatarios.

Cuando se trate de sucesión de uno de los cónyuges, casados bajo el régimen de sociedad conyugal, por disposición del art. 205 del C.C., el que sobreviva seguirá en la posesión y administración del fondo social, con intervención del albacea, mientras no se efectúe la partición. Reglamentado este precepto, los arts. 833 y 838 del Código de Procedimientos Civiles disponen que aun cuando la posesión la haya tenido el albacea u otra persona, será puesto el cónyuge en posesión en cualquier momento en que lo pida, sin que pueda existir oposición ni recurso en contra del auto que la conceda. Aclara que en estos casos la representación del albacea se limitará a vigilar la administración del cónyuge, y en caso de que estimare que no se hace convenientemente, lo pondrá en conocimiento del juez, quien lo citará a una audiencia dentro de tres días y dentro del mismo término, después de la audiencia, resolverá lo procedente.

Con anterioridad he mencionado que el albacea será judicial, cuando sea designado por el juez, pero tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles existen casos de designación de albacea judicial, en consecuencia me referiré a ellos.

El art. 1684 del C.C., dispone que si no hubiere mayoría entre los herederos, el juez deberá designar el albacea dentro de los propuestos, pero además, el artículo 1685 del C.C., dispone que el juez designará el albacea cuando el designado falte, por la causa que fuere.

Ahora bien, el art. 1687 del mismo Código dispone que cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará albacea, si no hubiere legatarios. El Código de Procedimientos Civiles, en relación con el artículo comentado del Código Civil, dispone, en su art. 834, que si la falta de herederos de que el testador declare no ser suyos los bienes, o exista otra causa que impida la sucesión por intestado, el albacea judicial durará en su encargo hasta que se entreguen los bienes a su legítimo dueño.

Es indudable que es difícil percibir los supuestos de estas disposiciones legales, pues el art. 1687 del C.C., sólo expresa que cuando no haya heredero o el designado no entra en la herencia, se designará albacea judicial, la falta de heredero puede acontecer porque el testamento no haga designación, o cuando haciéndola ha caducado la institución y como por hipótesis no existen legatarios, el juez designa albacea para que represente, cuide y administre los bienes, entre tanto hay designación de herederos intestamentarios. Pero el Código de Procedimientos Civiles es evidente que amplía las hipótesis antes mencionadas, porque supone el testador declara en su testamento que son bienes ajenos o bien alguna causa que impida la apertura de la sucesión intestada, el albacea judicial tendrá con función ser depositario de dichos bienes, que se creían pertenecer a la sucesión, para entregarlos al legítimo propietario de la duración de su encargo será el tiempo necesario para la designación de heredero por intestado, arts. 1689 y 835 del C.C., y del C.P.C., respectivamente.

Es indudable que en las causas de designación por el juez, conforme a los arts. 1681 y 1684 del C.C., tendrá las funciones propias de los albaceas, en cambio, en el caso del artículo 1687, tendrá las funciones de mero depositario, pero el art. 840 del Código de Procedimientos Civiles, al asimilar al albacea judicial con el interventor, sólo puede referirse al caso del artículo 1687 del C.C., pues de otra manera resultarían una flagrante contradicción con los textos legales anteriores y la única forma de interpretación de la disposición mencionada, es la expresada, ya que así ambos textos legales producen efectos.

Se puede llegar a cometer el error por parte de los juristas y el legislador de designar con un mismo nombre a dos o varias instituciones jurídicas que no tiene nada de común. A propósito del interventor en las sucesiones, encontramos esta sinonimia, a pesar de que no debiera existir.

El Código Civil, en su art. 1728, faculta al heredero o herederos minoritarios, que por esta circunstancia no pudieron designar albacea sino, que el designado fue impuesto por la mayoría para hacer la designación de un interventor, cuya misión es la vigilancia del albacea. Su designación se hará por mayoría de votos de los herederos inconformes y si no pudiere formarse, la designación la hará el juez, dentro de las personas propuestas.

El interventor es la institución creada por la ley para cuidar que se respeten los derechos de determinados interesados en la sucesión. Los interventores no son nombrados por el testador y su función es la de vigilar al albacea, de aquí que en líneas generales por interventor debamos entender el vigilante de los actos del albacea.

El interventor se designa en los siguientes casos:

A) Cuando la minoría de los herederos no esté conforme con el nombramiento del albacea que haya hecho la mayoría.

B) Cuando el heredero esté ausente o sea desconocido aunque exista albacea testamentario o dativo.

C) Cuando los legados excedan o igualen la parte del heredero que sea albacea, para seguridad de los legatarios.

D) Cuando se hagan legados o establecimientos de beneficencia pública, cualquiera que sea su monto por la misma razón anterior.

Las facultades del interventor se circunscriben a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea y como vigilantes que es, no podrá tener la posesión de los bienes hereditarios ni aun en forma provisional o interina.

El llamado interventor por el Código de Procedimientos Civiles para el caso de herencias vacantes, es sólo un caso de albacea judicial y como tal, provisional.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1831, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2953, que a la letra dice:

SUCESIONES. REPRESENTACION LEGAL. La representación legal de las sucesiones la tiene el que está en ejercicio del albaceazgo, siendo el único que puede promover judicialmente a nombre de la sucesión.

TESIS RELACIONADA.

SUCESIONES, REPRESENTACION DE LAS. El albacea tiene la posesión de los bienes, a nombre de los herederos y legatarios, y él es el único capacitado para salir a la defensa de esos intereses, pues de otra manera, en todo caso, en que se afectaran los bienes sucesorios la defensa en amparo correspondería a los herederos o legatarios, que son las personas en quienes, en último término, viene a recaer el perjuicio de estos actos, contrariándose entonces el estatuto civil de la materia.

3.3.4 Ausencia.

El hombre se mueve en el espacio en forma constante, carece de quietud, vive trasladándose de un sitio a otro. Aún el más sedentario de los hombres, no permanece constantemente siempre en comparación de los hombres. Solo la muerte lo dejará en perpetua quietud. Así el hombre se ausenta de su morada, va al trabajo a diversos sitios, viaja, asiste a multitud de lugares, pero el Derecho lo fija en un lugar, en su domicilio donde la reputa presente para todos los efectos juri-

dicos, bien sea que ese lugar haya sido elegido voluntariamente por la persona o haya designado por la ley. No importa que no esté presente en determinado momento, jurídicamente se le considera presente, de hecho a salido a trabajar o está de viaje, no importa el Derecho lo reputa presente en su domicilio y manda que se le emplace en ese lugar, la persona no está presente de hecho, pero lo está de derecho.

No está configurada la ausencia, por el solo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio, es necesario que el ausente no haya dejado quien lo represente, que se ignore su paradero y que no se tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento.

La ausencia es el hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive. El estado de incertidumbre, es lo que caracteriza a la ausencia desde el punto de vista jurídico, art. 649 del C.C.

El estado de incertidumbre a que antes nos referimos, que proviene de esa falta de noticias, debe prolongarse por un tiempo determinado y además se requiere que la existencia de esa situación, haya sido confirmada por una resolución judicial.

Se debe distinguir entre los ausentes, los no presentes y los desaparecidos. Los no presentes, son aquellos que no se encuentran en su residencia o en su domicilio, sobre cuya existencia no se tiene duda alguna.

El desaparecido es aquel a quien se ha dejado de ver a partir de un accidente o de una catástrofe y existen serias probabilidades de que en ella haya encontrado la muerte, de modo que su defunción sea probable.

Diverso es el caso de la ausencia, porque la incertidumbre sobre la vida o la muerte, se debe a la falta prolongada de noticias, que no nos permite saber, ni siquiera presumir, si una persona ha fallecido. (60)

(60) DOMINGUEZ MARTINEZ, *ob. cit.* p. 249.

La ausencia tiene su origen en el Código Civil de Napoleón.

La situación de ausencia interesa al consorte, a sus descendientes, a quienes están ligados con él por lazos de parentesco y en general, a todos aquéllos con quienes el ausente tiene alguna relación jurídica.

La ausencia es un procedimiento técnico jurídico, para resolver, aunque no sea en forma definitiva, numerosos problemas que surgen con la desaparición de una persona, relativos a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación del cónyuge, a la protección de los hijos menores y en fin, a los acreedores de la persona cuyo paradero se ignora.

Como es comprensible, la incertidumbre tenida a propósito no sólo del paradero de alguien, sino de si existe o ya hubiere fallecido, trae como consecuencia que difícilmente durante el procedimiento de ausencia haya medidas con efectos definitivos, pues alcanzar llegar a tener certeza de la existencia o fallecimiento de desaparecido, bien sea por saber de él en uno u otro sentido, o incluso, porque regrese al lugar de su domicilio, hace que todas esas medidas pierdan su vigencia y se adopten otras, ya producidas por el fallecimiento, o por el contrario, porque la persona regrese, pero diversas en todo caso de las tomadas durante su ausencia.

Sin embargo, conforme transcurra más tiempo a partir de la desaparición de una persona, más probabilidades por razón natural, habrá de su fallecimiento. Por eso, las medidas a tomarse durante el procedimiento de ausencia, más se acercan a las consecuencias que el fallecimiento de un sujeto trae aparejadas y más serán los efectos creados por la ausencia que deberán destruirse si el desaparecido regresa.

El fenómeno de la ausencia tiene gran importancia en derecho y específicamente en materia de representación, pues la presencia jurídica de la persona genera multitud de problemas que la ley debe resolver. en cuanto a la persona que ha dejado de estar presente ante la ley, ha estado vinculada por multitud de relaciones jurídicas que no es posible que se suspendan o extingan. El ausente tiene cónyuge, hijos menores, bienes, acreedores, deudores, presuntos herederos, derechos y obligaciones, etc., cuya suerte no debe ser desatendida por el

derecho, en efecto éste se avoca a la solución de los diferentes problemas que engendra la ausencia, constituyendo dicha solución en su conjunto, el objeto del estudio de la representación en el procedimiento de ausencia.

El estudio de la ausencia supone, por tanto, una vez precisado el concepto de ella, el análisis de las soluciones que la ley proporciona en los diferentes problemas que engendra dicho estado.

Desde luego, debo advertir que la ausencia, siendo una situación que ofrece de hecho, debe transformarse en estado de derecho y ello tiene lugar por virtud de los procedimientos que para el efecto establece la Ley. Es decir, la ausencia, en tanto no sea declarada jurídicamente, no tiene relevancia para el Derecho.

El estado de ausencia, para que produzca en Derecho los efectos relativos y tengan lugar las soluciones de la ley con respecto a los problemas que se susciten, debe ser conocida por la autoridad judicial, de manera que ésta, siguiendo el procedimiento que la ley instituye, la compruebe, la declare y provea las medidas prescritas por el Derecho.

La ausencia sólo produce efectos después de una verificación regular por el Poder Judicial. El hecho de la incertidumbre sobre la existencia de una persona llega a ser estado de derecho después de un procedimiento de declaración de ausencia.

Señaladas estas premisas, pasemos a comentar los distintos periodos del procedimiento de ausencia, el cual como veremos, termina con la declaración de presunción de muerte del ausente.

De conformidad con el capítulo relativo del Código Civil, tres son los periodos en los que el procedimiento de ausencia se divide, desde la desaparición de la persona hasta que se le declare presuntivamente muerta.

Dichos periodos son los siguientes:

- A) Presunción de ausencia;
- B) Declaración de ausencia;
- C) Presunción de muerte.

El primer periodo a propósito de todo el procedimiento de ausencia y de presunción de muerte es el de presunción de ausencia, corre desde los trámites iniciales que se lleva a cabo a raíz de la desaparición de una persona, hasta la declaración de ausencia.

El procedimiento judicial de ausencia se inicia ante el juez, a petición de parte o de oficio, cuando una persona ha desaparecido, se ignora el lugar donde se halla y no ha dejado quien la represente.

El juez que conoce del procedimiento tomará las medidas siguientes:

Le nombrará depositario de sus bienes.

Le citará por edictos a publicarse en los principales periódicos de su último domicilio y le señalará para que se presente, un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis.

Copia de dichos edictos se remitirán a los cónsules mexicanos del extranjero donde se tenga duda fundada de que el ausente ahí vive.

Dictará las medidas necesarias para el aseguramiento de los bienes del ausente.

Si el ausente tiene hijos menores bajo su patria potestad y no haya otros ascendientes ni tutor testamentario o legítimo, a petición del Ministerio Público por el juez de lo Familiar deberá nombrar un tutor dativo, que será designado por el menor si ha cumplido 16 años, con aprobación del Juez o será designado por este funcionario si se trata de un menor que no ha alcanzado esa edad.

El juez nombrará un depositario de los bienes del ausente, para la custodia de las cosas que le pertenecen. El nombramiento deberá recaer en el cónyuge del ausente, a falta de él, en uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. Si hubiere varios hijos, el juez elegirá al más apto, a falta de cónyuge y de hijos, al ascendiente más próximo en grado y a falta de los anteriores o cuando sea inconveniente que éstos desempeñen el cargo por su notoria mala conducta o su ineptitud, el juez nombrará a un presunto heredero y si hubiere varios con iguales derechos, ellos mismos elegirán de entre sí a un depositario. Si no se ponen de acuerdo en la elección, la hará el juez prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente. La designación del depositario puede ser solicitada por el Ministerio Público o por quien deba litigar contra el ausente o defender sus derechos. Las obligaciones del depositario son las de un depositario judicial.

Transcurridos los seis meses indicados como plazo dado al ausente para su comparecencia, sin haber tenido ésta lugar en forma personal o por tutor o representante, el Juez procederá, a petición del Ministerio Público, a designarle representante. El nombramiento recaerá en una de las personas de las que fueron llamadas a ser depositario y seguirá el mismo orden para el nombramiento que se hizo cuando se designó el depositario.

También deberá nombrarse representante cuando la persona cuyo paradero se ignora hubiere dejado apoderado y el poder conferido deje de tener efectos, sea por caducidad o por que resulte insuficiente para el caso.

Quien desempeña el cargo de representante del ausente es el administrador de sus bienes y le es aplicable todo el estatuto jurídico contenido en la ley para los tutores en cuanto a facultades, restricciones, obligaciones, retribución, impedimento, excusas, remoción etc., de conformidad con el art. 660 del Código Civil.

Si el cónyuge ausente fuera casado por segundas y ulteriores nupcias y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, el juez dispondrá que el cónyuge y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores se pongan de acuerdo en el nombramiento del representante. Si ello no fuera posible, el

juez hará el nombramiento libremente de entre las personas a que se refiere el art. 653 del Código Civil.

El representante no se limita a la guarda de los bienes, tiene facultades de representación del ausente y es legítimo administrador de los bienes de éste, con las obligaciones y restricciones que la ley impone a los tutores. No podrá entrar en la administración de esos bienes sin que previamente forme inventario de ellos y sin prestar una garantía que pueda consistir en hipoteca, prenda o fianza para caucionar su administración.

Para ser representante del ausente se requiere tener las mismas cualidades que para ser tutor. Así pues, no podrán ser representantes del ausente los que hayan sido relevados de la tutela o hayan sido condenados por delitos contra la propiedad o contra la honestidad, los vagos y malvivientes, los que tengan litigio pendiente con el ausente, los deudores del ausente, etc.

Del mismo modo son causas de remoción del representante las que los son para ser separado de la tutela.

El cargo de representante termina porque el ausente regrese o porque se presente un apoderado de aquél, se tenga noticia cierta de la muerte del ausente o se dé posesión provisional de los bienes del ausente a sus herederos legítimos o testamentarios.

Cada año, en el día que corresponde a aquél en que fue nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, en los que se hará constar el nombre y domicilio del representante y el tiempo que falta para que se cumpla el plazo de dos años, desde el día en que fue nombrado el representante.

Los edictos se publicarán por dos veces, con intervalos de 15 días durante dos meses, en los principales periódicos del último domicilio del ausente y se remitirán a los consulados mexicanos de aquéllos lugares del extranjero en que se pueda presumir que se encuentra el ausente.

El representante está obligado a promover la publicación de los edictos. La falta de cumplimiento de esta obligación lo hace responsable de los daños y perjuicios que se causen al ausente y es causa de remoción del cargo.

Cuando hubieren transcurrido dos años a partir del día de designación del representante, los presuntos herederos legítimos o en su caso los testamentarios, el Ministerio Público, algún acreedor o deudor del ausente podrán pedir la declaración de ausencia. Promovida que fuere de aquélla si el juez la considera fundada, ordenará su publicación durante tres meses con intervalos de quince días en el periódico oficial del lugar donde se intenta la acción y en los principales periódicos del último domicilio del ausente. Deberá remitirse copia de esos edictos, a los cónsules mexicanos donde se presume se puede hallar el ausente o se tenga noticias de él.

Si el ausente ha dejado apoderado general para administrar sus bienes, el plazo para pedir la declaración de ausencia será de tres años que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuviere ninguna noticia suya o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

Esta mismas reglas rigen, si el ausente confirió a un administrador, por un plazo mayor de tres años.

Cuatro meses después de la última publicación, si el paradero del ausente no se conoce aún, ni oposición del interesado, el juez pronunciará por la declaración formal de ausencia, con la publicación de ésta por los mismos medios.

Si tuvieran noticia o existiere oposición de interesado, el juez no pronunciará la declaración de ausencia, sin repetir las publicaciones y sin hacer la averiguación que considere oportuna.

La resolución que se pronuncia en la declaración del ausente, es apelable en ambos efectos.

Los efectos de la declaración son los siguientes:

La declaración de ausencia trae aparejadas como consecuencias principales que de haber un testamento otorgado por el ausente, deberá procederse a la apertura, en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia y con las solemnidades prescritas para esta clase de testamentos. Deberá procederse judicialmente a poner en posesión provisional de sus bienes a los herederos testamentarios que hubiere instituido el ausente, de no haber testamento, dicha posesión deberá darse a quienes tuvieron el carácter de herederos legítimos cuando el ausente desapareció. Ambas clases de herederos si son capaces, serán puestos en posesión provisional de los bienes, mediante fianza que asegure las resultas de la administración. Los menores o incapacitados, entrarán en posesión provisional de los bienes, por medio de quienes sobre ellos ejercen la Patria Potestad o Tutela.

Igualmente, los que tengan, con relación al ausente, obligaciones que deban cesar a la muerte de éste, podrán también suspender su cumplimiento mediante garantía que consistirá en hipoteca, prenda o fianza. Mientras no se de la expresada garantía, no cesará la administración del representante.

Si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda.

Si los bienes no son divisibles, los herederos designarán un administrador general. A falta de acuerdo, el juez lo nombrará, escogiéndolo entre los mismos herederos. Los herederos que no administran, podrán nombrar a un interventor que vigile la gestión del administrador.

El que entre en la posesión provisional, tendrá las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores que administraran bienes.

La posesión provisional garantizada trae aparejada, a su vez, la extinción de las funciones del representante, más aún quienes entran en posesión provisional están facultados para exigirle cuentas.

Muerto el que haya obtenido la posesión provisional, le sucederán en ella sus herederos, en la parte que le

haya correspondido, bajo las mismas condiciones y con iguales garantías.

La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales, permite separar los bienes que pertenecen al cónyuge de los que éste podía disponer libremente, de no tener bienes del cónyuge presente, tendrá derecho a alimentos.

Si el ausente regresa en ese lapso o se sabe de su existencia, podrá recuperar sus bienes, salvo los frutos industriales y la mitad de los frutos naturales, así como la mitad de los frutos civiles, puestos serán para las personas que fueron puestas en posesión provisional de los mismos. además de regresar el ausente, la sociedad conyugal, si la hubo en su matrimonio, recobrará vigencia.

Es interesante por otra parte, hacer notar también que conforme la frac. X del art. 267 del Código Civil, la declaración de ausencia legalmente declarada es causa de divorcio que el cónyuge presente puede invocar contra el ausente.

Seis años después, contados desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, abrirá un tercer periodo del procedimiento, que es la declaración de presunción de muerte. En este periodo se abre la sucesión del ausente. Si no se ha publicado su testamento se procederá a abrirlo entonces. Los poseedores provisionales, darán cuenta de su administración y los herederos y demás interesados, entrarán en la posesión definitiva de los bienes del ausente, sin otorgar garantía alguna. La que hubiere dado quedará cancelada.

Si llegare a probarse la muerte del ausente, la herencia se defiende a los que debieron heredar al tiempo de ella, por los poseedores provisionales de los bienes, al restituirla se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, siempre que se trate de frutos industriales y la mitad de los frutos naturales y civiles. Corresponderá sin embargo, la totalidad de los frutos a los poseedores, desde que obtuvieron la posesión definitiva.

Si se presentare el ausente o se probare su existencia después de que se haya otorgado la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio

de los enajenados o los que hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar ni frutos ni rentas.

Los poseedores definitivos, darán cuenta al ausente y a sus herederos.

La posesión definitiva termina con el regreso del ausente, con la noticia cierta de su existencia, con la certidumbre de su muerte y con la sentencia ejecutoriada que declare que otras personas son los herederos testamentarios o legítimos del ausente.

La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.

El Ministerio Público, será oído en todos los juicios relativos al ausente y velará por los intereses de éste, el representante y los poseedores provisionales y definitivos en sus respectivos casos, tienen la legítima representación del ausente en juicio y fuera de él.

3.3.5 Copropiedad y Condominio.

Lo usual es que el derecho de propiedad sobre una cosa se ejerza sólo por una persona, está es la posibilidad y supuestos primarios y más frecuentes contemplados casi sin excepción a propósito de la titularidad concerniente a la institución jurídica que me ocupa.

En efecto, si observamos la pertenencia de las cosas, en la gran mayoría de sus casos, cada una pertenece a un individuo, más aún, el planteamiento doctrinal y la regulación legal del derecho de propiedad es siempre bajo esos supuestos, así se desprende de la ley lo mismo que de las consideraciones teóricas y, en las misma singularidad realizaré las argumentaciones de la copropiedad y del condominio.

Ahora bien, la situación apuntada tiene, aun cuando sea en pocas ocasiones, manifestaciones contrarias. Aisladamente puede observarse a un solo bien propiedad de una pluralidad de personas.

Esta situación jurídica trae consigo la copropiedad como modalidad del derecho de propiedad o sea, la titularidad del derecho de propiedad respecto de una sola cosa ejercida a un tiempo por dos o más personas, en cuyo respectivo patrimonio está una fracción porcentual del derecho, pero la suma de esas fracciones integran la totalidad del derecho.

La copropiedad es en efecto una modalidad del derecho de propiedad. Si en términos comunes entendemos por modalidad el modo de manifestarse una cosa y modo, a su vez, es la forma variable y determinada que puede recibir o no un ser sin que por recibirlo se cambie o destruya su esencia, ello es claramente aplicable a la copropiedad, pues está es el modo en el que en un momento, bajo los supuesto legales aplicables, el derecho de propiedad se manifiesta.

La copropiedad no es una institución de todo el agrado del orden jurídico, por el contrario, su existencia en éste y su correspondiente regulación legal, tiene como origen su aceptación resignada en los casos en que dicha modalidad del derecho de propiedad se presenta, En realidad, si bien es cierto que la copropiedad está prevista y regulada por la ley, la tendencia de ésta es hacer desaparecer a aquélla y así, los bienes sujetos a ese régimen dejen de estarlo y pase a ser propiedad de una sola persona por la extinción de dicho régimen.

La ley no prohíbe ciertamente la existencia de la copropiedad, por el contrario la reconoce sea cual fuere su origen, pero la admite como una situación debida a la autonomía de la voluntad privada, puede surgir respecto de un bien en un momento dado, pero no es equiparable a la propiedad exclusiva de una sola persona, pues un bien se maneja con mucho mayor facilidad en éste último supuesto.

La copropiedad tiene su origen en varias hipótesis, entre otras dos o más personas adquieren la propiedad de un bien bajo esa modalidad por cualquiera de las figuras contractuales por las que la propiedad de las cosas se alcance. Tal es el caso de la compraventa, de la permuta, de la donación etc. Surge por causahabiente *mortis causae*, es decir, bien sea que el testador disponga que ser herederos o legatarios así adquieran, o bien puede ser que independientemente de tener su origen en una disposición testamentaria, el objeto de la herencia se

aplique en estos términos, aceptarlo voluntariamente los interesados o porque no admita ser dividido.

El régimen de copropiedad no es permanente salvo en excepciones, cualquier copropietario, de acuerdo con los medios establecidos por la ley, podrá promover la terminación de ese régimen.

Es conveniente hacer también la observación de que si de cosas se trata, ciertamente estamos ante su copropiedad cuando pertenecen a dos o más personas. En cambio, si por el contrario, la pluralidad de sujetos es respecto de su derecho, se estará entonces ante su cotitularidad.

El punto de partida de los comentarios en relación con la copropiedad es el concepto contenido en el art. 938 del Código Civil, respecto de esta modalidad. Conforme su texto, hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas.

Debe, en primer lugar, precisarse el significado de la palabra proindiviso que se utiliza en este art. 938, significan sin división material de partes, por lo cual esta norma se podría leer también correctamente con esta redacción.

Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen sin división material de partes, a varias personas.

En esta tesitura, la parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que en una parte que sólo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará según los derechos de éstos.

Por ejemplo, dos personas tienen copropiedad sobre una cosa o partes iguales. La parte alícuota representa la mitad, pero no desde el punto de vista material, pues esto haría cesar la copropiedad y daría lugar a que la cosa quedase dividida perteneciendo exclusivamente, en cada una de sus mitades, a los copropietarios.

La naturaleza de la parte alícuota es fundamental para entender los derechos de los copropietarios y como veremos más tarde los derechos y las obligaciones de los condominios y la representación-administración del condominio.

Cada uno de los copropietarios tienen dominio absoluto sobre su cuota, cada porción es un bien que está en el comercio, que puede enajenarse, cederse, arrendarse, ser objeto de contratación etc.

Sobre esta parte alícuota cada propietario es dueño absoluto, sufriendo sólo las restricciones o modalidades de que toda forma de propiedad puede ser objeto.

Si un copropietario pretende enajenar su parte, sus partícipes deben ser preferidos en relación con terceros para adquirir dicha parte en igualdad de condiciones, éste es el derecho del tanto. Para mayor accesibilidad en nuestros comentarios, tengamos presente que el tantear en la dinámica de ese derecho significa dar por una cosa el mismo precio en el que ha sido ofrecida a otro, por la preferencia legal concedida en algunos casos.

Por ello precisamente, el derecho del tanto consiste en ser preferido para adquirir una cosa a cambio de la misma prestación.

El derecho del tanto no se da sólo en la copropiedad, hay otras figuras en la que como ésta, por la situación de un sujeto derivada de algún derecho en una cosa de acuerdo con la ley debe ser preferido a otras comparativamente extrañas.

Así es el caso, por ejemplo, del propietario del predio contiguo a una vía pública que se pretenda vender, pues aquél gozará del derecho del tanto en la parte que le corresponde, así lo establece el art. 771 del Código Civil. Otro supuesto es el del usufructuario, que conforme el art. 1005 siguiente, tiene ese derecho respecto del bien que soporta el usufructo. Tal es el caso también del heredero a quien el art. 1229, le confiere el mismo derecho preferente. Respecto de una casa o departamento habitacional, el art. 2448-J hace lo propio con el inquilino de aquéllos. El socio en una sociedad civil tiene el mismo derecho respecto de la parte social a cederse

por otro socio, art. 2706 del C.C. Una modalidad especial es la del aparcerero, art. 2750 del C.C.

En otros ordenamientos, la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal por ejemplo, objeto de comentarios posteriores, confiere el derecho del tanto al inquilino de un departamento en condominio cuando su propietario pretende venderlo. Ello está previsto en el art. 19 de la citada ley.

El derecho de retracto puede reseñarse paralelamente al derecho del tanto. También se confiere a algunos de los titulares de éste para cuando la oportunidad legal de ejercitarlo no se les ha permitido al no haberles hecho saber la enajenación anunciada y ésta se hubiere celebrado, caso en el cual, el titular del tal derecho al ser preferido podrá, y en esto consiste el retracto, subrogarse en los derechos del adquirente, pues ese carácter hubiera tenido desde el principio de haber conocido la operación correspondiente e intervenir en ella y adquirir lo ofrecido.

Una previsión legal del derecho del retracto está contenida en el art. 20 de la Ley de Condominio. Según dicho precepto, si el departamento, vivienda, casa o local, se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, el inquilino o la institución oficial que haya financiado o construido el condominio podrá subrogarse en lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compra-venta, siempre que haga uso del derecho de retracto con exhibición del precio dentro de los 15 días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los Notarios o quienes hagan sus veces se abstendrán de autorizar una escritura de compra-venta de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del representante del condominio, que en este caso es el administrador del inmueble, él mismo deberá comprobar ante el Notario o quien haga sus veces, en forma indubitable el día y la hora en que hizo la notificación que se refiere el artículo anterior.

El derecho de preferencia por el tanto forma parte de la gama de derechos preferenciales en nuestro sistema legal. Algunos sujetos se ven favorecidos con él porque la ley los coloca en una situación preferencial en relación con terceros para la adquisición de un bien, es parecido al derecho del

tanto, pero al mismo tiempo hay diferencias considerables entre uno y otro.

La previsión legal más clara que del derecho de preferencia por el tanto está prevista en Código Civil, es la que permite a un vendedor, cuando hubiere sido pactado, ser preferido por su comprador para volver a adquirir lo vendido, si quien se lo compró pretende enajenar aquello. Lo anterior se contiene en los arts. del 2303 al 2307 del Código Civil.

Además de la previsión anterior el derecho de preferencia por el tanto también se contempla a favor del inquilino, aún cuando la ley alude equivocadamente a un derecho del tanto, porque a pesar de ese calificativo en el fondo se trata del que nos ocupa, pues así se desprende del dispositivo correspondiente.

En efecto, de conformidad con el art. 2447 del Código Civil el inquilino gozará del derecho del tanto, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en los arts. 2304 y 2305 del mismo Ordenamiento.

El derecho de preferencia por el tanto contenido en el art. 2447 del C.C., es independiente al conferido también al inquilino en el 2448-J del propio Ordenamiento, pues este último es únicamente para casa habitación y bajo diversos supuestos a los del anterior.

De la comparación que de acuerdo con respectiva previsión legal hagamos entre el derecho del tanto, especialmente del copropietario y del coheredero, como su manifestaciones más tradicionales y de fondo, y el derecho de preferencia por el tanto pactado por el vendedor, surgen las consideraciones siguientes:

Primera.- Se observa una regulación gradualmente mayor para el derecho de preferencia por el tanto que para el derecho del tanto, pues respecto del primero se prevé un plazo especial para bienes muebles, otro para inmuebles, la posibilidad de la venta en subasta, en plazos. etc.

Segunda.- El derecho del tanto normalmente se da a favor del partícipe en la propiedad o titularidad del objeto,

como es el caso del copropietario, del condómino, del coheredero y del usufructuario. En cambio, el derecho de preferencia por el tanto proviene de la titularidad de un derecho de crédito. Ese es el caso del vendedor para ser preferido a comprar y del inquilino para comprar el inmueble arrendado.

La celebración de la venta sin permitir al titular del derecho su ejercicio trae aparejadas consecuencias diversas, según se trate del derecho del tanto o del derecho de preferencia por el tanto. En el primer supuesto las consecuencias son la nulidad de la operación celebrada, en el segundo, la venta es válida y no da lugar más que al pago de daños y perjuicios.

Conforme al Código Civil, nadie está obligado a permanecer en la indivisión y, por lo mismo, en el momento en que cualquiera de los condueños lo desee, podrá ofrecer a sus coparticipes a adquirir su parte o bien, a vender el inmueble y así obtener que la división se haga mediante el reparto de lo que obtenga por la venta del inmueble. La inseguridad para los dueños de los pisos es patente puesto que en cualquier momento podrán verse obligados a tener que comprar el local de otro o a sufrir los efectos de la acción de división. La necesidad de evitar este riesgo estimula el análisis de la doctrina que termina por considerar que en el régimen hay mucho más que una simple copropiedad y se llega así a lo que será durante muchos años la tesis clásica en materia de condominio. Conforme a esta nueva opinión en el régimen de condominio existe un derecho de propiedad exclusiva sobre el piso o departamento y un derecho de copropiedad sobre los bienes y elementos comunes. El total de los derechos de cada dueño de un departamento abarca, unidos en forma inescindible, el derecho de propiedad y el de copropiedad.

En esas condiciones y conforme al análisis realizado puedo definir el régimen de copropiedad y condominio como la modalidad del derecho de propiedad por la que su titular, el condómino tiene por una parte la propiedad exclusiva y singular respecto de una casa, departamento, vivienda, piso o local como unidad privativa de las que un inmueble consta y, por la otra, una participación en la copropiedad de los elementos comunes de dicho inmueble en proporción al valor de su unidad.

De conformidad con el art. 29 de la Ley de Condominio, a la Asamblea le corresponde nombrar y remover libremente al administrador en los términos del Reglamento del Con-

dominio. El art. 30 de la propia ley insiste en ello al establecer que los condóminos serán administrados por la persona física o moral que designe la Asamblea en los términos de esta Ley y del Reglamento del Condominio.

El art. 33 de la Ley de Condominio establece que el administrador tendrá las facultades de representación de un apoderado general de los condóminos para administrar bienes y para pleitos y cobranzas, con facultades de absolver posiciones, pero otras facultades especiales y las que requieren cláusula especial necesitarán acuerdo de la Asamblea por mayoría del 51% de los condóminos.

De las obligaciones más importantes a realizar por parte del administrador tenemos las siguientes:

Llevar debidamente autorizado por el Gobierno del Distrito Federal un Libro de Registro de los acreedores que manifiesten dentro del primer mes de constituidos los créditos o en el de enero de cada año su decisión de concurrir a las Asambleas. En este registro se anotará la conformidad de acreedor y deudor sobre los saldos pendientes de cubrirse y en caso de discrepancia o de renuncia del deudor a expresar su voluntad, se anotarán los saldos que determine el Comité de Vigilancia anotándose la proporción correspondiente al acreedor y al deudor de los votos atribuidos al departamento, vivienda, casa o local de que se trate. Estas inscripciones sólo tendrán validez por el trimestre en que se practiquen y de ellas el administrador expedirá constancia al acreedor interesado.

Cuidar y vigilar los bienes del condominio y los servicios comunes y promover la integración, organización y desarrollo de la comunidad. Entre los servicios comunes están comprendidos los que a su vez sean comunes con otros condominios o con vecinos de casas unifamiliares cuando estén ubicados dentro de un conjunto o unidad urbana habitacional, o sean, edificios, alas o secciones de una construcción basta. La prestación de estos servicios y los problemas que surjan con motivo de la contigüidad del condominio con otro o con vecinos de casas unifamiliares serán resueltos en las Asambleas correspondientes, llevando la representación de los condóminos respectivos el administrador o la persona designada al efecto. Estas Asambleas serán reglamentadas por la Asociación de Administradores o Representantes de Condóminos y de Vecinos que se constituya.

Recabar y conservar los Libros y la documentación relacionada con el condominio, los que en todo tiempo podrán ser consultados por los condóminos.

Atender la operación de las instalaciones y de servicios generales.

Realizar todos los actos de administración y conservación.

Realizar las obras necesarias en los términos de la frac. I del art. 16 de la Ley de Condominio.

Ejecutar los acuerdos de la asamblea, salvo que ésta designe a otra persona.

Recaudar de los condominios lo que a cada uno corresponda aportar para los fondos de mantenimiento y administración y de reserva.

Ejecutar los gastos de mantenimiento y administración del condominio con cargo al fondo correspondiente en los términos del reglamento del condominio.

Otorgar recibo a cada uno de los condóminos por las cantidades que hayan aportado en el mes anterior para los fondos de mantenimiento, administración y reserva. En estos recibos expresarán, en su caso, los saldos a cargo de cada condómino.

Entregar mensualmente a cada condómino, recabando constancia de quien lo reciba, un estado de cuenta que muestre: Relación pormenorizada los gastos del mes anterior efectuados con cargo al fondo del mantenimiento y administración; estado consolidado que muestre los montos de las aportaciones y de cuotas pendientes de cubrirse. El administrador tendrá a disposición de los condóminos que quieran consultarla, una relación de los mismos en la que consten las cantidades que cada uno de ellos aportó para los fondos de mantenimiento y administración y de reserva con expresión de saldos de cuotas pendientes de

cubrirse; saldo del fondo de mantenimiento y administración y fines para el que se destinará en el mes subsiguiente.

Convocar a Asamblea, cuando menos con 10 días de anticipación a la fecha de la misma, indicando lugar dentro del condominio o el que se haya fijado en el Reglamento más día y hora en que se celebrará, incluyendo la Orden del Día. Los condóminos y acreedores registrados o sus representantes serán notificados en lugar que para tal efecto hayan señalado mediante nota por escrito.

Exigir con la representación de los demás condóminos al infractor del art. 24 de las responsabilidades en que incurra.

Cuidar la debida observancia de las disposiciones de la Ley del Condominio, del Reglamento del Condominio y de la Escritura Constitutiva.

Realizar las demás funciones y cumplir con las obligaciones que establecen a su cargo la Ley del Condominio, el Reglamento del Condominio, la Escritura Constitutiva y demás disposiciones aplicables.

Como podrá observarse, las funciones del Administrador son de dos clases: Por una parte ejecutivas y representativas, por la otra, las primeras son todas aquellas de administración propiamente dicha o de administración interna, las representativas, en tanto, son las que traen consigo la representación de los condóminos.

Las funciones ejecutivas tienen diversas manifestaciones, acaso son las más de las señaladas en el art. 31. Entre dichas funciones están llevar el Libro de Actas, llevar el Libro de Registro de Acreedores para efecto de distribución de los votos referidos con anterioridad y vigilar los bienes comunes, recabar y conservar los Libros y la documentación relacionada con el condominio, atender la operación de las instalaciones y servicios del inmueble, realizar todos los actos de administración de las obras necesarias, ejecutar los acuerdos de la Asamblea, convocar a ésta, otorgar recibos entregar mensualmente una cuenta pormenorizada a los condóminos, etc.

Como funciones de carácter representativo del administrador, podemos señalar, entre otras cosas, la de representar a los condóminos en asuntos cuyo objeto sean los bienes comunes.

3.3.6 Concurso y Quiebra.

La Legislación civil ha aceptado universalmente, en relación con el cumplimiento de las obligaciones, que el deudor responda de ellas con todos sus bienes presentes y futuros, principio que tienen limitaciones expresas:

"Art. 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquéllos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

La adaptación de este principio a la realidad es posible lograrla por medio distintos, en los casos en que el patrimonio del deudor es insuficiente para satisfacer la totalidad de las obligaciones a su cargo.

El concurso de Acreedores es, pues, una institución que atiende a una necesidad de trascendencia extraordinaria en orden de las relaciones económicas-sociales. Desde el punto de vista procesal, podemos definirlo como un juicio universal que tiene por objeto determinar el haber activo y pasivo de un deudor no comerciante, para satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos pendientes, con arreglo a la prelación que corresponda.

Las características que se atribuyen a este juicio son las siguientes: ser universal, inter vivos, atractivo, declarativo, cautelar y ejecutivo. Es universal e inter vivos, porque tiene por objeto el patrimonio de una persona existente, y aunque puede haber *ab intestato* y testamentarias; concursados, el hecho de la muerte del causante será origen de aquellos juicios, más no del concurso que se hubiera podido producir sin el fallecimiento, es universal en el sentido de que todos los acreedores son llamados a él; es atractivo porque a él se le acumulan otros; es declarativo porque a través de él se revisan y en su caso se reconocen los créditos existentes contra el

concurado, graduación de créditos, calificación del concurso o terminación del mismo; es cautelar porque se adoptan las medidas cautelares necesarias para asegurar los bienes del deudor común ya sea embargo, inhabilitación del concursado, intervención y administración de sus bienes y, es ejecutivo porque se enajenan los bienes del deudor para que con su producto se pague, en el orden y la proporción establecida en la ley, los créditos reconocidos.

De Pina define el concurso de acreedores como un juicio universal que tiene por objeto determinar el haber activo y pasivo de un deudor no comerciante, para satisfacer en la medida de lo posible, los créditos pendientes con arreglo a la prelación que corresponda.

De acuerdo con el art. 2965 del C.C., procede el concurso de acreedores siempre que el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. A su vez el C.P.C., señala que el concurso es voluntario cuando el deudor se desprende de sus bienes para pagar a sus acreedores. En este caso debe comparecer por escrito, acompañando un estado de su activo, sin incluir los bienes inembargables, pero si el pasivo, donde exprese el nombre y el domicilio de sus deudores y acreedores y haga una explicación de las causas que hayan motivado el concurso. En cambio, el concurso es necesario cuando es promovido por dos o más acreedores, de plazo cumplido, que hayan procedido judicialmente contra sus deudor y no hayan encontrado bienes suficientes para cubrir sus créditos y costas, art. 738 segundo párrafo del C.P.C. Por otro lado, en caso de concurso necesario, el concursado debe presentar al juzgado, dentro de los cinco días de la notificación del auto que lo declare, un estado detallado de su activo y pasivo, con nombres y domicilios de acreedores y deudores y en su defecto la hará el síndico.

Los órganos que tienen intervención en el proceso concursario son los siguientes:

El concursado o el deudor común, es la persona no comerciante cuyo patrimonio, con excepción de los bienes inembargables, va a ser ejecutado para cubrir con su producto los créditos pendientes que sean reconocidos, de acuerdo con la prelación que establece el Código Civil. La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquier otra administración que por la ley corresponda, y hace que se venza el plazo de todas sus deudas.

El concursado, puede oponerse al concurso necesario dentro del tercer día de su declaración; asistir por sí o por apoderado a las juntas de acreedores, objetar los créditos presentados por él, celebrar convenio con los acreedores, oponerse a la adjudicación de sus bienes e intervenir como parte en los incidentes relativos a la rectificación de créditos, pero no a la graduación y también en las cuestiones relativas a la enajenación de bienes. En todas las demás cuestiones será representado por el síndico.

El síndico es el administrador de los bienes del concurso, debiendo entenderse con ellas operaciones ulteriores a toda cuestión judicial o extrajudicial que el concursado tuviere pendiente o que hubiere de iniciarse.

Alcalá-Zamora advierte, con razón, que el órgano más significativo del concurso está constituido por la sindicatura. Por la importancia de sus funciones, el C.P.C., establece expresamente los casos de parentesco, amistad, enemistad y asociación o comunidad de intereses en los cuales el síndico, debe excusarse de desempeñar el cargo, o a falta de excusa, debe ser removido. Aceptado el cargo por el síndico, se le debe de poner en posesión de los bienes, libros y papeles del deudor, bajo inventario desde el día siguiente del aseguramiento. (61)

En los juicios de concurso funcionaran sucesivamente dos clases de síndicos: el provisional y el definitivo. El síndico provisional debe ser designado por el juez, una vez declarado el concurso, dentro de las personas comprendidas en la lista formada por el Tribunal Superior de Justicia para tal objeto. Al síndico provisional corresponde, entre otras cosas, presentar, en la junta de rectificación y graduación, un breve informe sobre el estado general activo y pasivo del deudor y los documentos justificativos respectivos, este informe debe contener también los dictámenes y la clasificación de los créditos presentados.

El síndico provisional, realiza funciones de depositario, realiza las acciones cautelares, que sólo en determinadas circunstancias enajenar los bienes de la masa, mientras

(61) ALCALA-ZAMORA, *apud* José OVALLE FAVELA. Derecho Procesal Civil. 1981. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, D.F. p. 330

que el verdadero ejecutante lo es el síndico definitivo, encargado de la venta de dichos bienes.

El síndico definitivo es designado en la junta de rectificación y graduación, por los acreedores por mayoría de créditos y de personas asistentes, o en su defecto por el juez. A este síndico corresponde una vez reconocidos y graduados los créditos, llevar acabo la venta y remate de los bienes muebles e inmuebles, respectivamente del concursado.

Los síndicos, tanto los provisionales como los definitivos, son considerados como auxiliares de la administración de la justicia y a su función se le otorga el carácter de pública, según el art. 140 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia de Fuero Común del Distrito Federal.

La administración de los bienes del concurso corresponde al síndico y, en consecuencia, deben entenderse con él las operaciones ulteriores a toda cuestión judicial o extrajudicial que el concurso tuviere pendiente o que hubiere de iniciarse. El síndico ejecutará personalmente las funciones del cargo, a menos que tuviere que desempeñarlas fuera del asiento del juzgado, caso en el cual podrá valerse de mandatarios, art. 761 del C.P.C.

En su calidad de administrador, el síndico está obligado a caucionar su gestión y a la rendición de cuentas, siendo removido de plano si omite hacerlo, así como por mal desempeño del cargo o encontrarse incluso en las causas de incapacidad que señala el Código de Procedimientos Civiles en su art. 762 cuando dispone que no podrá hacerlo el pariente del concursado o del juez dentro del cuarto grado de consanguinidad ni segundo de afinidad, ni su amigo, ni su socio, ni el enemigo, ni con quien tenga comunidad de intereses, Arts. 763, 765 y 766 del C.P.C.

Ahora bien, la quiebra presenta dos aspectos igualmente interesantes: el económico y el jurídico y, se señalan también: el material y el procesal, íntimamente ligados sin duda, pero perfectamente diferenciables.

El estudio que me corresponde es el que versa sobre la quiebra en su doble aspecto jurídico y procesal, aunque con

especial atención al procesal y, muy en particular uno de sus órganos, que es el síndico.

La generalidad de los autores define la quiebra como un juicio universal, inter vivos, que tiene por objeto averiguar el activo y pasivo de un deudor comerciante para satisfacer los créditos que gravan su patrimonio y proceder al pago de los acreedores y a la rehabilitación del quebrado, en el caso en que proceda.

Acercas de la naturaleza jurídica de la quiebra se han manifestado, esencialmente, tres posiciones: la que la considera un procedimiento ejecutivo general. La que ve en ella un proceso unitario, sui generis, en el que se advierten diferentes aspectos como son los de administración, ejecución, etc. Y la que sostiene que las actividades que supone constituyen un sistema de simples actos administrativos a la liquidación de un patrimonio mercantil.

La quiebra es como institución procesal un juicio ejecutivo o más exactamente un procedimiento de ejecución colectiva universal que descansa sobre el principio de la comunidad de pérdidas

Las características de la quiebra, como medio de ejecución colectiva o general, son las mismas que las del concurso de acreedores. La existencia de medios distintos de ejecución general, según se trate de deudores comerciantes en las quiebras o no comerciantes en los concursos, pero con un sentido de la administración diferente.

El conjunto de bienes y derechos integrados en la masa deben conservarse, ya que su valor es la garantía de los acreedores y en consecuencia deben ser administrados con tal finalidad. Pero el concepto de administración en el derecho mercantil y, tal vez más aún en materia de quiebras, es radicalmente distinto del concepto de administración civil. Así, se prevén en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos actos de enajenación requeridos para la conservación del valor de los bienes, pero lo típico es la continuación de la empresa, siempre que sea posible, porque sólo así se puede mantener su valor. No se dan reglas acerca de cuando haya de decidirse esta continuación, queda ello al arbitrio judicial, pero la voluntad de la ley es taxativa, ya que siempre que la empresa sea viable, es decir, sea posible económicamente mantener su actividad

al amparo de la quiebra, y socialmente útil la continuación, habrá de disponerse la continuidad de la misma. Sólo así puede valerse por la conservación de los valores económicos y sociales en cuyo mantenimiento tiene la sociedad un interés objetivo independientemente de la suerte y conducta del titular de la empresa quebrada.

Ahora bien, el mantenimiento de la empresa implica una serie de adquisiciones y enajenaciones que entran en el concepto de actos de conservación mercantil.

Corresponde al juez la dirección de la administración de la quiebra y la vigilancia de la realización de la misma, que se atribuirá al síndico, quien tomará todas las medidas necesarias para la conservación de los bienes y de los derechos y acciones de la masa y para su liquidación en los casos y formas establecidos por la L. de Q.

La posición respectiva del juez y del síndico se comprenderá, si se piensa que la ley atribuye todas las facultades en orden a la administración de la quiebra al juez, al mismo tiempo que señala el síndico como la persona encargada de llevar a la práctica todas las medidas requeridas por la administración.

Los gastos inmediatos de enajenación y de conservación previstos en la ley mencionada, así como todos los cobros, se harán por el síndico, pero si éste no hubiere tomado posesión, el juez designará un depositario judicial que realizará las operaciones anteriores hasta que el síndico ocupe el cargo.

En general, la doctrina se encarga de clasificar la intervención del síndico y distingue tres aspectos de sus actividades: fijación de la masa conservación y realización del activo. Sin embargo, esta enunciación es insuficiente para dar una clara visión del auténtico alcance de las facultades que competen al síndico.

El aspecto más importante es el que se refiere a las medidas necesarias para la conservación de los bienes y de los derechos y acciones de la masa. Para conservar en sentido amplio, debe entenderse el mantenimiento de las cosas en su estado y substancia, a pesar de esto, veremos como frecuentemente el síndico para conservar precisa enajenar. Resulta así, que

aunque la ley equipare administración a conservación, hallamos que administrar es también, a veces enajenar.

La cosa no resulta tan absurda cuando se piensa que la administración de la masa debe no tanto a la conservación de la forma y substancia material de las cosas comprendidas en ellas, como a la del valor económico que representan. Unido esto el carácter funcional de la empresa y a las exigencias de la administración mercantil, que por fuerza implican circulación y por consiguiente sustitución de cosas no resulta extraño que en definitiva, las medidas de conservación impliquen, con frecuencia, la realización de actos de enajenación.

Para precisar el justo alcance de estas medidas conservatorias, es conveniente dar una rápida ojeada a las facultades generales del síndico, las que presentan multitud de aspectos y facetas.

El art. 24 de la L. de Q., habla de actos de administración legalmente realizados por los órganos de la quiebra; el art. 26, frac. VIII de la L. de Q. dispone sobre el buen manejo y administración de los bienes, el mismo artículo en su frac. VII, inciso b, habla de actos que exceden de los puramente conservatorios y de administración ordinaria. El art. 67 en su frac. IV de la que me ocupa, habla de operaciones de la administración de la quiebra; en su frac. V, de actos de administración extraordinaria y, finalmente en el 197 que anteriormente ya había comentado, usa la expresión, conservación de los bienes.

Entonces qué alcance tienen todas estas expresiones y qué significación la referencia a actos de administración ordinaria y extraordinaria. Si quiero sistematizar todas las referencias plasmadas en la ley sobre actividades del síndico, podremos clasificarlas del siguiente modo:

A) Actividades encaminadas a la fijación del activo: sellado, ocupación y toma de posesión; inventario, balance y avalúo; ocupación de libros de contabilidad.

B) Actividades encaminadas a la conservación del valor patrimonial de los bienes comprendidos en la masa, relativas a: bienes materiales, respecto de los cuales deberá distinguirse entre los bienes deteriorables o de costosa o difícil

conservación; Dinero, títulosvalores. La empresa como unidad; derecho y acciones.

C) Actividades encaminadas a la iniciación y continuación de juicios: Defensa por reclamaciones dirigidas contra el quebrado o la masa; ejercicio de acciones integratorias de la masa.

D) Actividades judiciales o no pero de naturaleza eminentemente jurídica, tales como registros, embargos y otros.

E) Ejecución de contratos, desistimiento, transacciones, contratación de personal, continuación de la empresa: Cobros, pagos y depósitos; actos de administración ordinaria y extraordinaria; actividades que no son propiamente de administración; liquidación, esto es, transformación del activo en numerario y, rendición de cuentas.

A continuación analizaré algunos puntos arriba enunciados. En relación a los bienes materiales fácilmente deteriorables, el legislador se ha preocupado de la situación de estos bienes, que por su fácil deterioro pueden significar graves pérdidas en el activo concursal. Por eso, ya al establecer la forma de la ocupación exige que los muebles se guarden debidamente, art. 175, frac. IV, párrafo segundo de la L de Q y que el juez o secretario que practique la diligencia dispondrá lo procedente cuando se hallaren bienes que por su naturaleza no deberán guardarse en los lugares ocupados, art. 175, frac. VI de la L de Q. En lógica correspondencia con estos preceptos, permite la ley que no se sellen ni se guarden en la forma común las cosas que necesiten inmediata enajenación, art. 185 de la L de Q, debiendo tomar el síndico todas las medidas necesarias para la conservación de los bienes, art. 197 del mismo ordenamiento.

Con frecuencia, el síndico solicitará del juez autorización para proceder a la venta inmediata de aquellas cosas que no puedan conservarse sin que se deterioren o que estén impuestas a una grave disminución de su precio, o que sean de conservación costosa en comparación de la utilidad que puedan reportar.

Este supuesto es un caso típico de enajenación considerada como acto de administración. Al tratarse de cosas que

no pueden conservarse sin que se deterioren o disminuyan rápidamente de precio o sean de conservación costosa, dada la utilidad que pueden reportar, su enajenación es conservación de valor patrimonial, en cuanto se evita la desaparición de tales bienes o del empobrecimiento del patrimonio como resultado de los gastos de mantenimiento o de la disminución del valor.

La iniciativa para proceder a estas enajenaciones corresponde al síndico y la aprobación al juez, lo que se comprende, porque mediante esta autorización el síndico queda legitimado para vender, al mismo tiempo que la intervención judicial es un freno para evitar actuaciones arbitrarias o inconvenientes del síndico.

La ley remite en cuanto a forma y condiciones de enajenación a los preceptos sobre realización del activo, arts. 203 y siguientes, de todos modos, el juez puede decidir en resolución razonada, la dispensa de los trámites que entorpezcan la realización de las enajenaciones, de manera que en vez de ser garantía, viniesen a convertirse en impedimento de la conservación de la finalidad que se persigue.

En cuanto a los bienes de costosa conservación, los mismos preceptos pueden invocarse para establecer que estos bienes deben ser enajenados inmediatamente, sino por su propia naturaleza, sí por la conveniencia de la quiebra.

En relación al dinero que se hallare en la ocupación del cargo del síndico ha sido objeto de especial preocupación para el legislador, que temía la fácil desaparición del mismo. Por eso, le ha dedicado diversas disposiciones que pueden resumirse del modo siguiente:

Primero, el dinero que se encontrare deberá ser depositado dentro de las 72 horas en la institución de crédito que el juez designe.

Segundo, el dinero en efectivo no se sellará ni guardará, sino se depositará en la forma antes indicada. Si el síndico no hubiera tomado posesión, el depósito lo hará el juez o el secretario que practique la diligencia.

Tercero, el síndico tiene la obligación de depositar el dinero recogido en la ocupación o en los cobros posteriores por ventas hechas en ocasión de las enajenaciones realizadas u otras operaciones concernientes a la empresa.

Como quiera el síndico está obligado a atender los gastos normales para la conservación y reparación de los bienes de la masa y tiene otra serie de obligaciones que pueden implicar gastos en numerario, el juez puede permitirle que conserve las cantidades necesarias para sufragar los gastos ordinarios o extraordinarios que hubiese autorizado, así lo menciona expresamente el art. 198, en su cuarto párrafo de la L. de Q.

Una excepción, en cuanto a los bienes que se ocupan es la establecida por el art. 182 de la L de Q, en relación a los títulos valores, que tiene aplicación específica a las letras de cambio, cheques, pagarés, acciones, obligaciones y demás semejantes, en cuanto que respecto de ellos pueden surgir problemas de vencimiento inmediato, de ejercicio de derechos preferenciales de cobro de dividendos, participación en las asambleas, etc. Que de no ser ejercitado oportunamente pueden implicar un quebranto patrimonial para la masa. Por eso, se refiere la ley a títulos valores de inmediato vencimiento o que requieran de un modo inmediato su exhibición para la conservación o ejercicio de derechos, y dispone que tales títulos valores sean entregados al síndico como excepción a las normas de ocupación para la práctica de las necesarias diligencias.

Ya en el art. 175, frac. V, se prevé que las letras de cambio y demás títulos valores, serán inventariados en el momento mismo de la ocupación y que el juez deberá tomar las medidas convenientes para su seguridad y buena custodia, lo que no sólo significa conservación material, sino también conservación jurídica, es decir, la integridad de sus derechos, por eso el art. 182 de la L. de Q. debe relacionarse con el 175, frac. citada, así como con el 185. El precepto en cuestión dispone que tales títulosvalores se entreguen al síndico para la práctica de las diligencias necesarias, esto es, para las protestas, presentaciones, cobros, participación en asambleas, etc. Pero si el síndico no asiste, porque puede suceder que, aunque nombrado, no haya habido tiempo para que materialmente haya aceptado su cargo o rehusado y aún no se haya designado el síndico sustituto. Este problema se resuelve nombrando depositarios judiciales para la administración o realización de determinados bienes.

El quebrado está obligado a comunicar oportunamente la existencia de títulosvalores, para cuya conservación sea necesaria una acción inmediata. Esta obligación prevista al final del art. 182 de la L. de Q., puede determinar en caso de incumplimiento, una nueva responsabilidad para el quebrado de acuerdo a los arts. 175, frac. IV, 185, 191, y 198, frac. III.

El síndico debe examinar la situación en que se encuentra la empresa del quebrado para proponer al juez la continuación provisional de la misma o bien el cese de sus actividades

Corresponde al juez, según prescriben los arts. 26 frac. VII, y 201 de la L. de Q., el más amplio arbitrio para tomar la decisión de permitirle al quebrado su continuación provisional, de todos modos deberá tener en cuenta las siguientes indicaciones:

Primera, la continuación de la empresa del quebrado, en cuanto que significa la conservación de los valores que la misma representa, es una de las normas directrices de la ley, según se afirma reiteradamente en la Exposición de Motivos de la L. de Q.

Segunda, al decidir la continuación de la empresa, deberá tenerse en cuenta la salvaguardia de los acreedores y, por consiguiente, procederá la continuación, cuando no hacerse se ocasione un grave daño a los acreedores. Téngase presente que cierto tipo de empresas sólo tienen valor de explotación y que elementos que las componen apenas tienen significación económica.

Tercera, desde luego, el factor determinate en la formación del criterio del juez, debe ser la viabilidad de la empresa y la utilidad social de su conservación, es decir, no podrá ordenarse la continuación de una empresa que no tenga un mínimo de posibilidades económicas de mantenimiento de su ejercicio, debe ser socialmente útil, tanto desde el punto de vista de colectividad, como desde el que concierne al personal de la misma.

Tal vez este último elemento sea realmente el decisivo en el propósito del legislador, No solo se trata de salva-

guardar los bienes de los acreedores, sino los de la colectividad, aun cuando éstos impliquen perjuicios para aquéllos.

La decisión de la continuación de la actividad de la empresa del quebrado, debe tomarla el juez oída la intervención e informe del síndico y el de los peritos, si esto último lo estimare necesario, arts. 67 y 201 de la L. de Q.

En el caso de que continúe la empresa del quebrado, surgen para el síndico facultades y obligaciones especiales. Entre las más importantes deben de mencionarse:

A) La ejecución de los contratos directamente vinculados con la negociación lo que quiere decir que la ejecución de contratados que hemos considerado, como acto de administración extraordinaria, puede ser acto de administración ordinaria, cuando dicho cumplimiento está impuesto por la ley como resultado de la continuación de la empresa.

B) Continuación y cumplimiento de los contratos de trabajo, según dispone el art. 154 de la L de Q., lo que es lógico por que si la rescisión de tales contratos es un resultado de la suspensión de labores, si éstas continúan, desaparece la causa de la rescisión.

C) El síndico tiene capacidad para realizar los contratos necesarios para el giro de la empresa, según se deduce del art. 206, frac., III de la L de Q.

D) Los bienes indispensables para la continuación de la empresa no se sellan ni ocupan en la forma ordinaria, sino como determina el art. 185, inciso quinto, y párrafo final del mismo artículo en relación con el 206, frac. III de la L. de Q.

E) El síndico llevará la contabilidad adecuada a la forma de la empresa de que se trate.

La continuación de la empresa del quebrado, sólo puede autorizarse por un tiempo determinado, ya sea con señalamiento de plazo, ya por el lapso necesario para enajenación de

determinadas mercancías o del inventario general hasta cierta cuantía.

Transcurrido dicho plazo o conseguido el objetivo propuesto, deberá de procederse por medio del síndico a la realización del activo, según dispone el art. 210 de la L. de Q.

Aun antes puede concluirse la situación especial referida, cuando se extingue la quiebra.

La continuación de la empresa suscita numerosos problemas de los cuales el más interesante es el relativo a la situación jurídica de los nuevos acreedores, es decir, de aquellos que adquieren tal carácter como consecuencia de las relaciones que establecen con el síndico en cuanto éste ejerce el comercio al frente de la empresa del quebrado, Desde luego tales acreedores no son concursales concurrentes, puesto que no son acreedores del quebrado. Esta afirmación es general en la doctrina y en el Derecho comparado y se encuentra expresa formulación positiva en el art. 270 de la L. de Q.

De conformidad con el art. 198 de la L. de Q., corresponderá al síndico:

"I.- Hacer los gastos normales para la conservación y reparación de los bienes de la masa.

II.- Efectuar los cobros por créditos del quebrado."

Los gastos normales a que se refiere la frac. I, son los implicados por las necesidades de limpieza, de mantenimiento, de salarios del personal empleado aún, de seguro de los bienes comprendidos en la masa, de reparación material y todos los demás semejantes que tengan por objeto mantener la integridad física de dichos bienes.

Todos ellos los puede realizar el síndico directamente y sin necesidad de aprobación judicial como se desprende del art. 26, frac. VII, inciso b, a *contrario sensu* de la L. de Q.

La frac. II, se refiere al cobro de los créditos del quebrado. El síndico a medida que van venciendo las obligaciones de los deudores del quebrado, va exigiendo su cumplimiento, en esta tarea no puede exigir más, ni antes, ni de modo distinto de lo que podría exigir el quebrado, pero sí puede efectuar las gestiones conducentes como si fuese el propio acreedor, ahora quebrado, su nombramiento de síndico lo legitima sin más. Respecto de los título valores nominativos, parece que con arreglo a la L. de Q., no es preciso que los mismos sean endosados o anotados con una constancia relativa al síndico, la exhibición del título-valor y la certificación del nombramiento de síndico en la quiebra del titular legítimo de aquéllos, para que puede actuar como tenedor y representante autorizado. Sin embargo nada obsta, y al contrario, sería muy conveniente que el juez mandase hacer constar en los títulos-valores nominativos la circunstancia de su transmisión al síndico en calidad de tal, en los términos que prevé el art. 28 de la de la L. T. O. C, interpretado analógicamente.

Para dar quitas y esperas o para hacer cualquier acto que no se refiera al cobro de documentos, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 26, frac. VII, inciso b, de la L. de Q.

El descuento de los títulos girados a favor del quebrado, los endosos de apoderamiento y actos similares, deben considerarse como administración ordinaria.

En otros actos en que interviene el síndico, de conformidad con la frac. III del art. 198 de la L de Q, se refiere a actos conservatorios, en su sentido más amplio, cuando habla de actos indispensables para la conservación de bienes o derechos o para evitar perjuicios a la masa. De este modo deben comprenderse aquí los actos de interrupción de prescripción, de ejercicio para evita la caducidad o la preclusión. Los embargos tanto precautorios como de ejecución, las inscripciones hipotecarias de toda clase a favor del quebrado, hipótesis estas especialmente previstas en la frac. III, de acciones regresivas, los protestos, las acciones de revocación, de reivindicación y de integración de la masa, y en general, todas las consideradas de conservación de los valores patrimoniales de la masa. De estas hipótesis, unas son de simple administración, otras de administración extraordinaria.

De los diversos casos que he mencionado, citaré y me referiré muy brevemente a los de admisión de personal, transacción y desistimiento.

En referencia al primer supuesto, el art. 26 en la frac. V, de cuyo texto se deduce que el nombramiento del personal a profesionistas necesario en interés de la quiebra, lo hace el juez, aunque a propuesta del síndico, según resulta del art. 46, frac., VIII de la L. de Q. Si se continúa la explotación de la empresa del quebrado, habrá que tener presente lo dispuesto por el art. 154, párrafo segundo de la L. de Q.

Para desistirse de acciones intentadas y para transar, el síndico necesita autorización especial del juez.

El art. 197 de la L. de Q, atribuye al síndico la adopción de las medidas necesarias para la conservación de los bienes y los derechos y acciones de la misma. Este enunciado supone los siguientes aspectos:

A) Enunciación y continuación de juicios y ejercicio de las acciones pertinentes, arts. 26, frac. VII, 48 y 122 de la L. de Q. En cuanto al ejercicio de las acciones integratorias valen esos mismos preceptos y, además los contenidos en los arts. 163 y siguientes, 168 y siguientes, y 116 de la multicitada ley.

B) Actos jurídicos de conservación. Especialmente se refiere este supuesto a la realización de diversos actos que menciona el art. 198 de la L. de Q.

C) Ejecución de contrato, transacción y desistimiento, contratación del personal de la empresa, continuación de la misma, arts. 139, 162, 198, 200 y 201 de la L. de Q.

D) Cobros, pagos y depósitos.

Existe un diverso régimen jurídico para los actos de administración ordinaria y para los que deben considerarse como administración extraordinaria. Estos deben ser siempre expresamente autorizados por el juez, como se deduce de los arts. 26, frac. VII, inciso b, 48, frac., III y 67, frac. V, con

arreglo a los cuales no solamente es necesaria la autorización judicial, sino también el previo informe de la intervención. Los actos de administración ordinaria pueden ser realizados directamente por el síndico, sin aprobación judicial ni intromisión de otros órganos.

Es sumamente difícil precisar qué actos deben considerarse comprendidos en uno y otro grupo. Un criterio general sin duda defectuoso y atrevido podría resultar de las siguientes consideraciones, inspiradas en la tripartición de Trasbot, acogida entre nosotros por Rodríguez y Rodríguez. (62)

1.- El síndico debe atender a la conservación del patrimonio y de sus diversos elementos realizando los actos jurídicos que salvaguarden y mantengan a dicho patrimonio sus elementos de valor.

2.- Debe cuidar igualmente de la administración ordinaria y realizar los actos jurídicos requeridos con el fin de asegurar a la vez la conservación y la obtención del valor normal de este patrimonio o de varios de sus elementos.

3.- Finalmente le compete realizar actos de disposición.

La conservación, en sentido estricto, no es administración ni disposición. Son actos de esta clase los relativos a la conservación material de los bienes, depósitos de dinero, protestos cambiarios, registro de hipotecas y demás análogos.

La administración supone a veces disposición.

No se dispone, sino que se administra ordinariamente, cuando se enajenan los bienes de conservación difícil o costosa cuando se cobra y se paga.

(62) Joaquín RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Curso de Derecho Mercantil. T. II. 18a. Edición. 1985. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. p. 416.

Se dispone y se administra cuando se inician juicios, se continúan, se ejecutan contratos, se desiste, se transa, se continúa la empresa, se contrata personal, etc.

Hay, así, actos de enajenación que son de administración, por donde no pueden oponerse actos de administración y actos de enajenación y de disposición precisa autorización judicial y vienen a constituir la categoría de los actos de administración extraordinaria, con la sola excepción de las enajenaciones requeridas por el funcionamiento de la empresa, en cuyo caso el acto de administración ordinaria es el que se refiere a la continuación de la empresa, pero las enajenaciones posteriores son simples actos de administración ordinaria.

En cuanto a las actividades administrativas conexas, pertenecen a este grupo, las actividades del síndico en relación con la publicidad de la sentencia de declaración, intervención en el reconocimiento de créditos, en el convenio y en la conclusión de la quiebra por pago, falta de pasivo y por concurrencia de acreedores.

Las enajenaciones de bienes comprendidos en la masa, difícilmente podrían asimilarse a puros contratos de compraventa.

Es cierto que económicamente son similares. Hay entrega en dominio de una cosa por precio cierto y determinado. También es cierto que la ley habla de venta, al referirse a estas operaciones, y en una ocasión, de comprador para designar al adquirente, arts. 199, 211, y 217 de la L. de Q. Pero ni la simple identidad económica, ni las expresiones aisladas de la ley son suficientes para forzarnos a admitir una solución que, cuando menos, tiene el siguiente gravísimo inconveniente: la venta es un contrato que presupone la voluntad y consentimiento de las dos partes que en ella intervienen. En las enajenaciones forzosas, como ocurre en las concursales, el comprador adquirente con más precisión procede voluntariamente, pero el vendedor no.

El quebrado es dueño de los bienes. El conserva la titularidad dominical, pero su voluntad es dato absolutamente irrelevante en la realización de la venta forzosa. Enajena el síndico como resultado de una resolución jurídica. No hay contrato de compraventa en las enajenaciones forzosas, mal llamadas ventas.

Ni siquiera puede decirse que el síndico expresa la voluntad del quebrado para celebrar un contrato de compraventa.

De aquí que la enajenación de los bienes del quebrado no puede considerarse como venta y esto tanto en el caso de que la enajenación se realice en la forma de pública subasta, como en el de que la enajenación se haga por el síndico, directamente, con excepción de las ventas realizadas como consecuencia del giro normal de la empresa del quebrado, cuando se haya autorizado la continuación del mismo.

Las enajenaciones forzosas, aunque no sean propiamente ventas, quedan sometidas a las normas del Código Civil contenidas en los arts., 2323 a 2326 y por consiguiente a las del C.P.C., a que remite el art., 2323 del C.C., y los arts. 213, 214 y 216 de la L. de Q.

Son ventas judiciales, en cuanto a los dispuesto en los arts. 2324 y 2325 del C.C., y en lo referente a la regulación de precios, el art. 211 de la L. de Q, pero no en cuanto a las formalidades, ya que el síndico procede directamente sin subasta ni público remate.

Para concluir esta parte diré que si bien es cierto que el juez es teóricamente la primera figura del procedimiento de quiebra, en la práctica ha de llegar a serlo el síndico. El síndico es un representante del Estado, que realiza una función pública, ejercer la tutela que corresponde al Estado en la liquidación o mantenimiento de una empresa que se encuentra en una situación económica anormal.

El carácter jurídico del síndico ha sido un problema debatidísimo en la doctrina, lo que si nunca podrá negársele es el hecho de ser un representante, ya sea del deudor, o de los acreedores que constituyen una comunidad particular, o del deudor y los acreedores, o la masa concursal, que para algunos tiene personalidad jurídica. También es un órgano oficial de la quiebra por determinación de la ley, es un funcionario público que dispone del patrimonio del quebrado para los efectos de su liquidación, ya se trate de persona que actúa tutelando intereses privados, dotado por consiguiente, de una representación legal.

3.3.7 Del Ejido.

El ejido es un núcleo de población campesina, al que el Estado dota, en la forma autorizada por la Ley Federal de Reforma Agraria, de una porción de tierra, aguas o bosques, con el objeto de dar oportunidad de trabajo y elevar el nivel de vida en el medio rural.

De conformidad con lo establecido por el art. 23 de la L.F.R.A., el ejido tiene personalidad jurídica y sus autoridades son la Asamblea General, Los Comisariados Ejidales y los Consejos de Vigilancia.

La Asamblea General es el órgano supremo del ejido. Tiene facultades para formular y aprobar su reglamento interior, así como para autorizar todos los convenios y contratos que celebre su órgano administrativo que es el Comisariado Ejidal. Art. 47 de la L.F.R.A. Igualmente elige y remueve a los miembros del Comisariado Ejidal y a los Consejos de Vigilancia, siempre y cuando se apruebe por las dos terceras partes.

Los integrantes del Comisariado pueden ser removidos, entre otras circunstancias por:

A) Ausentarse del ejido sin causa justificada o sin autorización por más de sesenta días consecutivos.

B) Fomentar, realizar, permitir, tolerar o autorizar la transmisión de terrenos ejidales o comunales, así como por arrendarlos o en cualquier otra forma dar posesión ilegal

C) No denunciar estos actos al Ministerio Público.

La representación del ejido, corresponde al Comisariado Ejidal, que es el órgano colegiado encargado de ejercitar los acuerdos de la Asamblea General. Está constituido por un Presidente, un Secretario y un Tesorero con sus respectivos suplentes, art. 37 de la L.F.R.A., quienes actúan y ejercen sus facultades conjuntamente.

De acuerdo con el art. 48 de la L.F.R.A., los Comisariados tienen las siguientes facultades y obligaciones:

Representar al núcleo de población ejidal ante cualquier autoridad, con facultades de un mandatario general.

Recibir en el momento de la ejecución del mandamiento del Gobernador, o de la resolución presidencial, los bienes y la documentación correspondiente.

Vigilar los fraccionamientos cuando las autoridades correspondientes y competentes hayan determinado que las tierras deban ser objeto de adjudicación individual.

Respetar y hacer que se respeten estrictamente los derechos de los ejidatarios, manteniendo a los interesados en la posesión de las tierras y en el uso de las aguas que les correspondan.

Informar a las autoridades correspondientes de toda tentativa de invasión o despojo de terrenos ejidales o comunales por parte de particulares, y especialmente del intento de establecer colonias o poblaciones que pudieran contravenir la prohibición constitucional sobre adquisición, por extranjeros, del dominio de zonas fronterizas y costeras.

Dar cuenta a la Secretaría de la Reforma Agraria de todos aquéllos asuntos que impliquen un cambio o modificación de los derechos ejidales o comunales.

Administrar los bienes ejidales en los casos previstos por la ley con las facultades de un apoderado general para actos de dominio y administración, con las limitaciones que esta ley establece y realizar con terceros las operaciones y contraer las obligaciones previstas en esta ley.

Vigilar que las explotaciones individuales colectivas se ajusten a la ley y a las disposiciones generales que dicten las dependencias federales competentes y la Asamblea General.

Realizar, dentro de la ley, todas las actividades necesarias para la defensa de los intereses ejidales.

Citar a Asamblea General en los términos de esta ley.

Formular y dar a conocer el Orden del Día de las Asambleas Generales Ordinarias y Extraordinarias, dentro de los plazos establecidos en el art. 32 de esta Ley.

Cumplir y hacer cumplir, dentro de su atribuciones, los acuerdos que dicten las Asambleas Generales y las autoridades agrarias.

Proponer a Asamblea General los programas de organización y fomento económico que considere convenientes.

Contratar la prestación de servicios de profesionales, técnicos, asesores y, en general, de todas las personas que puedan realizar trabajos útiles al ejido o comunidad con la autorización de la Asamblea General.

Formar parte del Consejo de Administración y Vigilancia de las sociedades locales de crédito ejidal en sus ejidos.

Dar cuenta a las Asambleas Generales de las labores efectuadas del movimiento de fondos y de las iniciativas que se juzguen convenientes.

Dar cuenta a la Secretaría de la Reforma Agraria y a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, cuando se pretenda cambiar el sistema de explotación, organización del trabajo y prácticas de cultivo, así como de los obstáculos que existan para la correcta explotación de los bienes.

Informar a la Asamblea General cuando un ejidatario deje de cultivar la unidad de dotación individual de un ciclo agrícola, o durante dos años consecutivos sin causa justificada.

Prestar su auxilio para la realización de los trabajos sociales y de comunidad que organice el Estado en beneficio de los núcleos de población.

Aportar al Registro Agrario Nacional, 15 días después de la primera Asamblea General de cada año, todos los datos a que se refiere el art. 456.

Las demás que esta ley y otras leyes y reglamentos le señalen.

Asimismo y en razón de que la ley le otorga personalidad jurídica y amplia capacidad de obrar, puede llevar a cabo todos los actos que estén de acuerdo con la naturaleza de la institución y con su objeto.

El Comisariado Ejidal tiene la representación del ejido y es el responsable de ejecutar los acuerdos de las Asambleas Generales. Estará constituido por un presidente, un Secretario y un Tesorero, propietarios y suplentes. Independientemente del tipo de explotación adoptado, el Comisariado contará con los Secretarios Auxiliares de crédito, de comercialización, de acción social y los demás que señale el reglamento interno del ejido para atender los requerimientos de la producción.

Al establecerse las bases para organizar al ejido como empresa de producción, su órgano representativo, el Comisariado, tenía que modificar su vieja estructura, por eso se adiciona la figura antigua del Comisariado con auxiliares encargados de asuntos económicos y técnicos que, enterados de dichos asuntos, puedan seguir asesorando al Comisariado siguiente, esta redacción se relaciona con los arts., 469 y 470 de esta Ley.

Sirve de apoyo a lo anteriormente analizado la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 375, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, páginas números 226-227, que a la letra dice:

COMISARIADOS EJIDALES, NO SON AUTORIDADES. Es cierto que la fracción II del

art., 47 del Código Agrario incluye a los Comisariados Ejidales entre las autoridades de los núcleos de dotación ejidal y de las comunidades que poseen tierras, pero también es cierto que de tal catalogación, relacionada con las atribuciones que el art., 48 del mismo Código les marca, se desprende que no son autoridades agrarias sino propiamente órganos de representación y dirección de los ejidos correspondientes.

TESIS RELACIONADAS.

COMISARIADOS EJIDALES, CARACTER DE LOS.- Los Comisariados Ejidales deben ser vistos bajo dos aspectos: como autoridades ejecutorias que intervienen en la tramitación, resolución y ejecución de los expedientes agrarios y como encargados de la administración de los bienes agrarios y de la vigilancia de los fraccionamientos. Esto es, como administradores, y es claro que con este mismo carácter, no son autoridades y tienen capacidad jurídica para acudir a las autoridades administrativas y judiciales en representación del núcleo de población que les corresponda, con las facultades de un mandatario general.

COMISARIADOS EJIDALES.- Los Comisariados Ejidales son de carácter mixto en sus funciones, pues en algunos casos funcionan como autoridad y entre otros como particular, cuando representan a los ejidatarios. Ahora bien si el Comisariado Ejidal se concreta simplemente a dar cumplimiento a un acuerdo de la Junta General de Ejidatarios relativa, ya que en tales condiciones su improcedencia es clara, en atención a que sólo debe enderezarse contra actos de autoridad.

La Ley de Amparo, en su art. 213, otorga la representación legal para interponer el juicio de amparo:

A).- A los Comisariados Ejidales o de bienes comunales.

B).- Los miembros del comisariado o del Consejo de Vigilancia, o cualquier ejidatario o comunero perteneciente al núcleo de población perjudicado, cuando habiendo transcurrido el plazo de los 15 días de la notificación del acto reclamado el comisariado ejidal no haya interpuesto el amparo.

C).- Quienes ejerzan la representación jurídica de los núcleos solicitantes de tierra.

La representación que se manifiesta en el inciso B, se le denomina representación substituta y para que ésta sea fáctica, el comisariado ejidal habrá incurrido en la omisión de no haber presentado la demanda de amparo, considerando que la interposición del amparo suple la deficiencia en el tiempo de su presentación y asume la representación del núcleo. Esto no sucede cuando la demanda de garantías la promueven los ejidatarios en lo particular y por su propio derecho, en este caso, es improcedente.

Tanto la jurisprudencia como la ley no han determinado el papel que desempeñan los Comisariados ejidales o de bienes comunales respecto de los amparos promovidos por ejidatarios o comuneros en ejercicio de la representación substituta. Suele suceder que algunos Juzgados de Distrito los emplaceen como terceros perjudicados, tal situación no encuadra en el supuesto del art. 5 de la L. A. Sin embargo, es importante su participación, ya que de esta manera se puede determinar el interés real de los ejidatarios o comuneros.

La representación substituta se encuentra prevista para los ejidos y comunidades de derecho y núcleos solicitantes de tierras.

Los Comisariados tienen la facultad de otorgar poderes a nombre de los núcleos de población que representan y que los apoderados así instituidos estén legitimados para la interposición del juicio de amparo.

Finalmente, si existiera un ejidatario o comunero como parte en el juicio de amparo y falleciera, el campesino que tenga derecho a heredarlo, conforme a la Ley Agraria, continuará el trámite.

Quienes interpongan amparo en nombre y representación de un núcleo de población acreditarán su personalidad con las credenciales que les haya expedido la autoridad agraria competente y, en su defecto, con simple oficio de la propia autoridad competente.

La personalidad de los ejidatarios o comuneros pertenecientes al núcleo de población perjudicado se acredita con cualquiera constancia fehaciente.

No podrá desconocerse la personalidad de los miembros de los órganos de representación de los núcleos de población, aún cuando haya vencido el término para el que fueron electos, si no se ha hecho nueva elección.

En caso de omisión de la personalidad, el juez mandará prevenir a los interesados para que la acrediten y, por separado, solicita de las autoridades respectivas las constancias necesarias y, además, concederá la suspensión provisional.

Con todas las consideraciones anteriores se reafirma la convicción de que el ejido es una institución con personalidad y patrimonio propios, perfectamente constituida para actuar directamente por medio de la representación legal que la misma Ley le concede. Por eso la Ley Federal de Reforma Agraria de 1971, volvió a establecer expresamente que el ejido tiene personalidad jurídica, para contratar por sí o en favor de sus integrantes los créditos que necesite para la explotación de sus recursos, para comercializar, operar silo, almacenes y bodegas, transportar carga, establecer bodegas, frigoríficos y almacenes, contratar créditos para establecer industrias, establecer centrales de maquinaria, y además de la explotación normal agrícola, ganadera y forestal, los ejidos podrán explotar recursos no agrícolas, ni pastales, como el turismo, la pesca y la minería y es importante observar que esta capacidad jurídica la tiene no sólo el ejido dotado de resolución presidencial definitiva sino también dotado provisionalmente con mandamiento

del gobernador, arts. 23, 150, 156, 144, 132, 163, 171, 172, 174, 176, 177 y 186 de la Ley Federal de Reforma Agraria.

Sirve de apoyo a lo anteriormente analizado la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 377, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, página número 630, que a la letra dice:

COMISARIADOS EJIDALES, PERSONALIDAD DE LOS, EN EL AMPARO. A los Comisariados ejidales corresponde la representación jurídica de los núcleos de población ante las autoridades administrativas y judiciales; pero para que tal representación se realice, es necesaria la concurrencia de los tres miembros componentes del comisariado respectivo, de manera que si el juicio de amparo es interpuesto por uno o dos de ellos debe desecharse la demanda por improcedente, por falta de instancia de parte legítima.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 374, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, página número 627, que a la letra dice:

PODERES PARA PLEITOS Y COBRANZAS, COMISARIADOS. PUEDEN OTORGARLOS CON EL CONSENTIMIENTO DE LA ASAMBLEA GENERAL. De la lectura de los textos de los artículos 47 y 48, fracción XIV, de la Ley Federal de Reforma Agraria se desprende que es requisito indispensable para la validez de todos los contratos o convenios que celebren las autoridades de los núcleos de población ejidales o comunales entre ellos el contrato de mandato, el de que dichos contratos o convenios sean autorizados por la asamblea general, pues la ausencia de ese requisito entraña su nulidad, según lo determina el artículo 50 de la precitada Ley Federal de Reforma Agraria; por ello, en el caso de que no

aparezca que el poder que otorga un comisariado haya sido autorizado por la asamblea general de ejidatarios, carece de eficacia jurídica y por lo mismo no confiere personalidad para representar al núcleo de representación.

3.3.8 Ministerio Público.

La figura del Ministerio Público aparece cada día con mayor relieve en el campo procesal, en el que está llamada a intervenir, como titular de la acción oficial, en cuantos casos afectan al interés público, más o menos directamente, sin perjuicio de hacerlo también en aquellos casos en que se ventilan cuestiones que afectan a intereses privados considerados como dignos de una especial tutela.

El Ministerio Público es una institución judicial, aunque la legislación le atribuya, a veces, actividades que merezcan ser calificadas de administrativas.

Esta figura del proceso, no obstante su importancia, no ha sido estudiada con toda la atención que debiera. Sin embargo, los procesalistas parecen cada vez más atentos a esta institución y tratan de hacer de ella objeto especial de sus investigaciones.

El Ministerio Público ha sido considerado por Chiovenda como un órgano procesal, cuya función constituye un oficio activo que tiene por misión fundamental promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público y determinar acerca del modo de ejecutarla. (63) El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción, no es por tanto, en sí mismo, un órgano jurisdiccional puesto que si bien es funcionario del orden judicial, en realidad está investido de una función administrativa y en tal sentido dice la ley que el Ministerio Público es el Representante del Poder Ejecutivo cerca de la autoridad judicial y por esta razón le pone bajo la dirección del Poder Judicial.

(63) Juventino V. CASTRO. El Ministerio Público en México. 7a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. p. 77.

Pero tanto la institución como el modo en que nuestra ley la regula siempre ha sido objeto de discusión, considerándose por muchos como una reiteración inútil y peligrosa esta puesta al lado de los magistrados, pudiendo confiarse a estos mismos sus funciones, aunque tengan carácter administrativo, muchos descubren aún una prueba de desconfianza hacia los magistrados mismos, tanto más cuanto que la organización del Ministerio Público no ha sido extraño al elemento político.

Otros proponen que el Ministerio Público sea conservado como cuerpo independiente, distinto de la magistratura que juzga, pero sustraído a la dependencia del Poder Ejecutivo, ya que es, como se dice, representante de la ley, con lo cual quiere decirse el órgano del interés en la actuación de la ley.

La función administrativa de que está investido el Ministerio Público en la generalidad de los países, debe considerarse como uno de los obstáculos más serios que ha encontrado la doctrina procesal para definir exactamente esta institución y para determinar su verdadero sentido, su propia y específica finalidad como órgano judicial,

El ilustre jurisconsulto español Felipe Sánchez Román considera al Ministerio Público como el representante nato de la ley. Dentro de esta concepción, no sabe considerarlo como parte. La parte y el Ministerio Público son dos figuras que actúan en diferentes procesos, por motivos diversos hacia el mismo fin. La parte y el Ministerio Público son órganos agentes cuya acción consiste en poner a alguien en contacto con la *litis*, por esto, en el lenguaje corriente se comprende también al Ministerio Público en la ampliación noción de parte, en contraposición al órgano que juzga. Actúa, sin embargo, por motivos diversos: la parte, por interés, el Ministerio Público, por deber. (64)

El Ministerio Público tiene una misión esencial que cumplir: la de velar por que la ley sea generalmente respetada. Esta función es autónoma.

Sea cualquiera la organización que se dé al Ministerio Público, acertada o no, su función no cambia de naturaleza. El interés social que de manda la exigencia de la sumi-

(64) Felipe SANCHEZ ROMAN *apud* Juventino V. CASTRO, *ob. cit.* p. 101.

sión de todos, autoridades y particulares, al derecho tiene su garantía más firme en el Ministerio Público. En esta función ninguna otra autoridad puede inmiscuirse.

La organización que se dé a este servicio ha de tener en cuenta este principio de la autonomía de la función del Ministerio Público, sin la cual no podría cumplirla de manera satisfactoria. Históricamente, el Ministerio Público aparece como una institución puesta al servicio del Jefe del Estado, dicho de otra manera, del Poder Ejecutivo, aún el régimen de separación de poderes y supeditada a él, pero la necesidad de rectificar este error cuenta cada día con más adeptos. Una administración de justicia libre y eficaz, requiere, como supuesto indeclinable, un Ministerio Público independiente, puesto a cubierto de ingerencias extrañas, sometido sólo a los mandatos de la ley y a los dictados de la conciencia de los funcionarios que lo representan.

Únicamente así podrá desempeñar correctamente la misión que le corresponde.

El estatuto del Ministerio Público, se halla contenido en preceptos de la Constitución Federal que se refieren a esta institución y en las Leyes de la Procuraduría General de la República y Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, sin olvidar las que en los diferentes Estados de la Federación, regulan la organización y funciones del Ministerio Público, en la esfera territorial que les compete.

Me referiré concretamente al Ministerio Público Federal y al del Distrito Federal, cuya organización y funciones no difieren, en lo fundamental, de la que los Estados particulares dan a esta institución.

El art. 73 frac. VI, base 5a., Constitucional señala:

"El Ministerio Público en el Distrito Federal y en los Territorios estará a cargo de un Procurador General, que residirá en la Ciudad de México, y del número de agentes que determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República,

quien lo nombrará y removerá libremente."

De la lectura de los ordenamientos jurídicos citados, concluyo que, fundamentalmente, el Ministerio Público Federal tiene asignadas las facultades siguientes:

- A) Perseguir los delitos del Fuero Común y Federal.
- B) Asesorar al Gobierno en materia Jurídica.
- C) Representar a las Federación ante los tribunales.
- D) Intervenir en los juzgados del ramo Civil, Familiar, Arrendamiento, etc., Salas del Tribunal Superior de Justicia, Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados y en el Juicio de Amparo.

A) La persecución de los delitos del Fuero Federal tiene su base jurídica en los artículos Constitucionales 21 y 103, el primero le otorga la facultad persecutoria y el segundo le señala su competencia.

En cumplimiento de sus atribuciones ejercerá las acciones penales correspondientes y exigirá la responsabilidad civil o penal que sea procedente.

B) El Ministerio Público Federal como asesor del Gobierno en materia jurídica, emitirá su consejo y orientación al Presidente de la República, a los Secretarios de Estado, Jefes de Departamentos Administrativos y Jefes de Establecimientos Públicos y Organismos Descentralizados creados por una ley federal, que no estén sujetos a control de alguna Secretaría o Departamento

Esta facultad es una importante innovación introducida en la Constitución de 17 y aunque nunca se ha ejercitado debida y adecuadamente, conforme a la ley, emitirá su consejo y orientación jurídica en todos aquellos asuntos de competencia del Poder Ejecutivo en que sea necesario.

Esto se ha criticado diciendo que: La experiencia ha demostrado que la función consultiva a cargo del Procurador, no se ha desenvuelto en la forma deseable, puesto que no se encuentra circunscrito a los casos en que el consejo sea requerido por el Presidente de la República o solicitado por la Secretaría de Estado y Jefes de Departamento Administrativo y otros.

C) El Ministerio Público Federal representa a la Federación ante los Tribunales protegiendo sus intereses e interviniendo en los conflictos de aquélla con las entidades federativas y en los que surjan entre ellas. De esta manera es una especie de litigante que comparece en juicio ante los Tribunales.

D) Se critica también que el Ministerio Público tenga una intervención tan general como la señalada, argumentando que ello motiva su participación en asuntos de naturaleza meramente privada por aplicación inexacta de leyes secundarias y que salvo lo concerniente a los juicios de quiebra y al estado de incapacidad de las personas, que en realidad sí revisan interés social, en los demás casos no se justifica.

Tal observación no es correcta, tanto en los procedimientos civiles, familiares, arrendamiento, etc., así como en los amparos, el Ministerio Público interviene debido a que pudiera resultar que la autoridad responsable hubiera aplicado inconstitucionalmente las disposiciones jurídicas del caso y la intervención aludida está encaminada a defender la constitucionalidad y con ello el imperio de la ley.

Para esos fines la ley señala para los agentes del Ministerio Público adscritos a las distintas Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, que estudien las tesis sustentadas por las distintas Salas o los Tribunales mencionados para que denuncien el caso y oyendo a su parecer el Pleno o Sala resuelvan lo conducente.

El cuidado y vigilancia de la legalidad es una función trascendental del Ministerio Público, porque indudablemente del mantenimiento del orden jurídico general, dependerá el imperio de la Constitución y con ello el de un régimen de garantías indispensables para el normal desenvolvimiento social.

A manera de conclusión afirmaré que la participación del Ministerio Público es basta, colabora con la justicia al despacho de los asuntos, lo mismo ocurre cuando adopta medidas o realiza gestiones necesarias ante diversas autoridades para que no fundamenten su determinaciones en leyes contrarias a la Constitución. El Ministerio Público, cuida de la legalidad y del respeto a la Constitución en representación de la sociedad, pugnando por la estabilidad de las garantías individuales.

3.3.9 De las Personas Morales.

La doctrina organicista ha influido en la legislación mexicana, al considerar a la persona jurídica como un organismo parecido al humano, que cuenta con los órganos de decisión y ejecución, siendo estos últimos los administradores.

El art. 27 del Código Civil, establece que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que los representan, sea por disposición de la ley o por las relativas a sus escrituras constitutivas y estatutos.

Esto significa que inherentes a la constitución de la sociedad se encuentran su órganos representativos, por lo que también se denomina a esta representación legal, como representación necesaria.

A este respecto Joaquín Garrigues, opina:

"Al hablar la ley de órganos, no entiende sumarse a los extravíos de la teoría organicista en su primitiva formulación rigurosa, según la cual no cabe concebir relación jurídica alguna entre la sociedad y el órgano ya que una y otro constituyen una sola unidad, como ocurre con los órganos del cuerpo humano. Ahora bien, como esas relaciones entre la sociedad y sus órganos existen realmente hubo que recurrir a la distinción entre órgano y persona titular o portadora de la calidad de

órgano y admitir que entre ésta y la entidad era perfectamente posible establecer una relación jurídica. La doctrina más moderna, abandonando esta sutileza constructiva, conserva la expresión órgano administrativo, más no para seguir dócilmente a la teoría organicista en la cual es visible el influjo de las ciencias naturales, sino para rechazar la doctrina contractual del mandato. Órgano en este sentido es el instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad. En este sentido, el órgano de administración de las personas morales está investido de la representación legal. Desaparece con esto todo residuo contractual en la calificación jurídica de la relación entre el administrador y la persona moral." (65) .

Considero que Garriguez expresa, en sus justos términos, a la luz de la doctrina moderna, los frutos que deben atribuirse a la teoría del órgano y la compatibilidad de ésta, así, con la aplicación de la doctrina de la representación. Este autor, al igual que Rouast, Villey, Ehrlich, Kirchmann, Bierling, Wolff, Gierke, Heck, Stoll, Erbach, Rickert, Husserl, Windelband y otros, hablan de representación legal, para referirse a la actividad externa de las personas morales. (66)

En la legislación mexicana se considera que sólo tienen personalidad jurídica, aquellas entidades o corporaciones a quienes la ley expresamente se las otorga. Las personas morales necesitan ser representadas por personas físicas que tengan capacidad de goce y ejercicio.

El art. 25 del Código Civil establece quiénes son personas morales:

(65) Joaquín GARRIGUEZ. Curso de Derecho Mercantil. T. II. 1982. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. p. 150
 (66) GARRIGUEZ, ob. cit. p. 157.

I.- La Nación, los Estados y lo Municipios.

II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

III.- Las sociedades civiles o mercantiles.

IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal.

V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas.

VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

VII.- Las personas morales extranjera de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736."

Los ejidos y comunidades, los partidos y asociaciones políticas y aquellas otras a quienes las leyes especiales se otorguen, también tienen personalidad jurídica.

Las personas morales, por una ficción legal, tienen personalidad jurídica. Su voluntad se expresa por medio de sus representantes. Su representación es una necesidad jurídica, por eso, el Código Civil y la ley General de Sociedades Mercantiles, prevén el nombramiento de representantes de las sociedades y asociaciones.

Jorge Barrera Graf, respecto de este tipo de representación, expresa:

Consecuencias del carácter legal y necesario de la representación legal en las personas morales, son las siguientes:

A) Que las limitaciones legales, estatutarias o corporativas o sea las impuestas por resolución de juntas y asambleas de socios que se establezcan a los administradores y representantes, no deben impedir que la sociedad cumpla su finalidad propia y actúe a través de la persona o personas que designe para que la represente, ni que los terceros que con la sociedad se ligen estén impedidos de actuar judicialmente para constreñirla al cumplimiento de sus obligaciones.

B) Que dichas limitaciones que se impongan no desvirtúen y menos anulen el carácter eminentemente representativo de los administradores, ni tampoco trastoken o modifiquen la estructura legal del tipo de sociedad de que se trate para atribuir las facultades representativas a un órgano distinto al que corresponda al de administración en las sociedades por acciones, en la de responsabilidad limitada y en las cooperativas, como sería el órgano de vigilancia, o para pretender que la asamblea de socios o de accionistas asuman dichas facultades.

C) Que tales restricciones no supriman ciertas facultades de la administración que son insustituibles e indelegables y que tampoco puedan atribuirse a las asambleas y juntas de socios (67).

La representación de las sociedades civiles recae sobre el administrador o los administradores, la cual nunca puede quedar acéfala según lo que establece el art. 2719 del Código Civil, que dice:

Cuando la administración no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes. Las decisiones serán tomadas por mayoría, observándose respecto de ésta lo dispuesto en art. 2713 del C.C.

La personalidad jurídica y representación de la sociedad se acredita con el acta constitutiva debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio correspondiente. En caso de cambio de administración con la correspondiente acta de asamblea, protocolizada e inscrita en el mencionado registro.

(67) BARRERA GRAF, *ob. cit.* p. 146.

Las sociedades mercantiles al igual que las civiles, son representadas por un administrador o administradores, así lo dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"Art. 10.- La representación de 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 establezcan la ley y el contrato social."

A su vez, el art. 142 de la misma ley, establece que:

"La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad."

El cargo no puede estar acéfalo, pues la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que a falta de administrador, todos los socios lo serán. Para las sociedades en nombre colectivo está previsto en el art. 40, comandita simple en el art. 57, de responsabilidad limitada en los arts. 74 y 154.

Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos.

Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran, no necesitarán de autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución.

Por lo que se refiere a las sociedades anónimas y comanditas por acciones, si no se ha nombrado administrador o

administradores en la escritura constitutiva, el comisario tiene la facultad de hacerlo provisionalmente.

Se acredita la legal existencia de la sociedad, por medio de la escritura constitutiva e inscrita en el Registro Público de Comercio, en la cual debe aparecer quiénes son sus legítimos representantes. Si los administradores han cambiado, se acredita la representación con la protocolización del acta de asamblea en la que se nombró al administrador, debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21 frac. VII del Código de Comercio.

Cuando una sociedad mercantil, por acuerdo de la asamblea otorga un poder, éste deberá satisfacer las formalidades establecidas por el Código Civil, es decir, otorgarse en escritura pública ante notario y con todos los requisitos inherentes al otorgamiento del poder.

Algunos notarios se limitan única y exclusivamente a protocolizar el acta de asamblea, siendo que la protocolización no implica darle al poder la forma notarial requerida.

Con fundamento en el art. 79 frac. I del Código de Comercio y arts. 2551 frac. I, 2555 y 2690 del Código Civil, el representante de la sociedad, tomando en cuenta las decisiones de la Asamblea debe concurrir ante notario y en nombre de la Sociedad a otorgar el poder en Escritura Pública.

Finalmente diré, que existe una auténtica representación de las personas jurídicas. Esta representación es, en sentido estricto, una representación legal y por el contrario nunca será una representación voluntaria. La persona jurídica necesita al representante para actuar, lo que basta para situarla fuera del campo de la representación voluntaria, la determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación es obra de la ley, considerando ésta los propios intereses de los fundadores o miembros de la persona jurídica. De la misma manera, la determinación de las facultades y obligaciones del representante y la duración de su representación son obra de la ley.

El hecho de que la persona jurídica haya de poseer unos órganos permanentes, a quienes se les confiera su repre-

sentación, no excluye naturalmente, que la persona jurídica pueda tener también representantes a través de una pura representación voluntaria.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia 1134 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1826, que a la letra dice:

MANDATO, CASO EN QUE CESA POR EXTINCION DE LA SOCIEDAD MANDANTE (SOBRESEIMIENTO EN EL AMPARO, POR FALTA DE PROMOCION). Si una persona jurídica dejó de existir por haber sido liquidada, en tal virtud es de considerarse que el mandato que tenía a un apoderado, terminó por la causa prevista en la fracción III del artículo 2595 del Código Civil, ya que, tratándose de una sociedad mercantil su extinción es equiparable a la muerte de una persona física, por tanto, las promociones que hizo el apoderado solicitando se pronunciara resolución en el amparo, resultan ineficaces por provenir de un sujeto carente de personalidad, pues si bien él mismo presentó la demanda de amparo como mandatario de la quejosa, perdió dicho carácter al extinguirse su mandante.

Jurisprudencia número 1819, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2929, que a la letra dice:

SOCIEDADES MERCANTILES. El mandatario de una sociedad mercantil, para pedir amparo, necesita comprobar la existencia legal de la sociedad por quien gestiona, y que ésta, por medio de sus órganos respectivos, le ha conferido su representación; debiendo estar insertas en la escritura de mandato, las cláusulas que para comprobar la existencia de

la sociedad, exige el artículo 95 (sic) del Código de Comercio.

TESIS RELACIONADA.

SOCIEDADES ANONIMAS. Si del testimonio de poder que exhiba su mandatario, aparece que el consejo de administración que le ha otorgado el mandato no fue designado por la asamblea general de accionistas, y que por lo mismo, no está acreditada la existencia legal de ese consejo, no puede estimarse tampoco, acreditada la personalidad del mandatario y debe sobreseerse en el amparo que por su mandante haya solicitado.

3.3.10 Del Estado.

El titular del Poder Ejecutivo Federal es el representante del Estado Mexicano. Acredita su personalidad, con la constancia expedida por la Comisión Federal Electoral, de haber obtenido la mayoría de votos en la elección presidencial.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dispone que la administración pública centralizada está compuesta por las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y se auxilia con los organismos paraestatales, enunciados en el art. 30., de la siguiente forma:

"El poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes entidades de la administración pública paraestatal:

I.- Organismos descentralizados.

II.- Empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas.

III.- Fideicomisos."

Por lo que se refiere a los fideicomisos, la ley les da carácter de entidades, cuando ciertamente no tienen personalidad jurídica ya que se trata de un contrato para destinar ciertos bienes a su fin determinado.

La representación de los Secretarios de Estado y Jefes de Departamentos Administrativos, se acredita con la constancia expedida por la Secretaría de Gobernación, de acuerdo con lo establecido en el art. 27, fracciones XI y XII de la mencionada ley. En caso de las entidades públicas paraestatales, se acredita con el nombramiento del funcionario, en los términos del decreto o la ley que creó al organismo y su inscripción en el Registro Público de Organismos Descentralizados, de acuerdo con el art. 23 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales que dice:

"Para acreditar la personalidad y facultades según el caso, de los miembros de órgano de gobierno, del Secretario y Prosecretario de éste, del Director General y de los apoderados generales de los organismos descentralizados, bastará con exhibir una certificación de la inscripción de su nombramiento o mandato en el Registro Público de Organismos Descentralizados."

Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, números 303 y 1009, visibles en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomos II y III, páginas números 523 y 1632, respectivamente, que a la letra dicen:

AUTORIDADES RESPONSABLES. SU REPRESENTACION EN EL AMPARO. En el juicio de amparo, la autoridad responsable no puede delegar su representación sino que debe comparecer, bien por sí misma, o por su órgano representativo.

INFORMES EN EL AMPARO DE LOS JEFES DE UNA OFICINA A NOMBRE DE SUS SUBORDINADOS, VALOR DE LOS. De acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Amparo las autoridades responsables no pueden ser representadas en el juicio constitucional, sino sólo acreditar delegados en las audiencias, para el único objeto de que rindan pruebas, alegatos y hagan promociones en las mismas, mediante simple oficio en el que se acredite la expresa delegación, por lo que si no rinden en el juicio constitucional respectivo el informe previo, sino que lo hace en su nombre el jefe de las mencionadas autoridades, deben presumirse ciertos los actos de ellas reclamados.

3.3.11 Del Sistema Bancario Mexicano.

Al ocurrir la estatización de los bancos por el Ejecutivo Federal, a partir del 1o. de septiembre de 1982 se modificó sustancialmente el sistema bancario mexicano.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, expedida el 30 de diciembre del mismo año, establece en sus arts. 30 y 31 que el Director General de las Sociedades nacionales de Crédito, será designado por el Ejecutivo Federal a través del Secretario de Hacienda Y Crédito Público, el cual tendrá a su cargo el gobierno del banco y la representación legal del mismo, con las facultades señaladas en el Reglamento Orgánico y las demás que el Consejo le delegue.

Los reglamentos orgánicos de diversas sociedades nacionales de crédito, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1983, disponen las funciones y facultades del Director General.

En su art. 22, frac. IV, las menciona:

"Representar legalmente a la sociedad en el desempeño de su cargo, gozará de todas las facultades de un mandatario

general, para actos de dominio, de administración y para pleitos y cobranzas, además de todas las facultades generales, tendrá las que requiere cláusula especial conforme a la ley, en los términos del artículo 2554 del Código Civil o su correlativo de la Entidad Federativa de que se trate, podrá suscribir, endosar y avalar en cualquier concepto títulos de crédito, presentar denuncias y querellas y otorgar perdón y desistirse del juicio de amparo, representar a la sociedad ante autoridades administrativas y judiciales, federales, de los Estados y Municipios, ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, las Juntas de Conciliación y Arbitraje y demás autoridades del trabajo, y ante árbitros y arbitradores, interponer y desistirse de toda clase de juicios y recursos, transigir, comprometer en árbitros, articular pero no absolver posiciones pudiendo otorgar poder para absolverlas, obtener adjudicaciones de bienes, hacer cesión de bienes, presentar posturas en remate, recusar, recibir pagos, actuar como coadyuvante del Ministerio Público, cancelar contratos de crédito previo el pago respectivo de los mismos. Podrá, Asimismo, con la autorización del Consejo, delegar y sustituir total o parcialmente estos poderes y revocarlos. No será necesaria la autorización del Consejo Directivo para otorgar o sustituir los mandatos generales o especiales, para pleitos y cobranzas y las facultades especiales que estos requieran, así como, en su caso, el de revocarlos, ni los poderes para actos de administración y para suscribir títulos de crédito."

Del anterior artículo se concluye que el Director General de una sociedad nacional de crédito tiene facultades para actos de administración, de dominio y pleitos y cobranzas, mismas que podrá delegar y sustituir total o parcialmente a su criterio, con excepción de las de actos de dominio para los

cuales se requiere la autorización del Consejo Directivo de la Sociedad.

Cabe señalar que por regla general los Directores de las Sociedades Nacionales de Crédito, ratificaron los poderes otorgados a los funcionarios bancarios y apoderados que fueron nombrados antes de la estatización de la Banca.

Tanto en el Artículo Quinto Transitorio de Reglamento Orgánico de las Sociedades Nacionales de Crédito como en el Tercero Transitorio de los Decretos de Transformación y Fusión de las Sociedades Nacionales de Crédito, se dispone que los poderes, mandatos y representaciones otorgados y las facultades concedidas por la Sociedad subsistirán en sus términos en tanto no sean modificados o revocados expresamente.

3.3.12 De Otras Personas Morales.

Los sindicatos legalmente constituidos son personas morales, por tanto, tienen personalidad jurídica. La ley les concede capacidad para adquirir bienes muebles y los inmuebles destinados inmediata y directamente al objeto de su institución y para defender ante todas las autoridades sus derechos y ejercitar las acciones correspondientes.

La Ley Federal del Trabajo en su art. 374 concede las siguientes atribuciones a los sindicatos:

"I.- Adquirir bienes muebles.

II.- Adquirir los bienes inmuebles destinados inmediatamente al objeto de su institución.

III.- Defender ante todas las autoridades sus derechos y ejercitar las acciones correspondientes."

Los sindicatos representan a sus miembros en la defensa de los derechos individuales que les correspondan, sin perjuicio del derecho de los trabajadores para obrar o intervenir directamente, cesando entonces, a petición del trabajador la intervención del sindicato.

Aunque un trabajador se encuentre sindicalizado tiene siempre la libertad de acudir personalmente a los Tribunales del Trabajo en defensa de sus derechos o hacerlo por conducto de otro representante legal.

El sindicato es la asociación de trabajadores o patronos para defensa de éstos en sus respectivos intereses.

La representación legal del sindicato se ejercerá por su Secretario General o por la persona que designe su directiva, salvo disposición especial de los estatutos.

Los miembros de la directiva que sean separados por el patrón o que se separen por causa imputable a éste, continuarán ejerciendo sus funciones salvo lo que dispongan los estatutos.

Si en los estatutos de los sindicatos no existe disposición por la cual se autorice a cualquier persona de la Mesa Directiva para que represente al sindicato ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sólo el Secretario General o las personas expresamente autorizadas podrán representar al sindicato en cuestión.

El segundo párrafo del art. 376 resulta de difícil aplicación cuando se trate de un sindicato de empresa, ya que al ser separado el trabajador de su empleo ya no podrá seguir representando debidamente a la organización sindical a la que pertenece, por que se contraponen los intereses.

Los Partidos y Asociaciones Políticas nacionales están regulados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que concede personalidad jurídica a aquéllos que reúnan los requisitos fijados en la misma ley, en sus arts. 29 a 33 y 69 a 71.

Sus representantes serán aquéllos designados en los Estatutos y en las normas que regulen su vida interna.

102

C A P I T U L O I V

EL PODER.

- 4.1 Significación Jurídica del Poder de Representación.
- 4.2 Capacidad para Otorgar el Poder.
- 4.3 Fundamento y Causa del Negocio de Apoderamiento.
- 4.4 Los Sujetos del Negocio de Apoderamiento.
- 4.5 El Apoderamiento Tácito o Derivado de Hechos Concluyentes.
- 4.6 Los Actos de Riguroso Dominio y la Exigencia de Apoderamiento Expreso.
- 4.7 Facultades Derivadas del Poder.
- 4.8 Criterio Hermenéuticos del Poder de Representación.
- 4.9 Clasificación y Amplitud del Poder.
- 4.10 Extensión o Límites del Poder.
- 4.11 Extralimitación del Poder.
- 4.12 Sustitución y Subapoderamiento del Poder.
- 4.13 Extinción del Poder.
- 4.14 Revocación del Poder.
- 4.15 Irrevocabilidad del Poder.
- 4.16 Poder o Procura.
- 4.17 Poder o Procura Mercantil.
- 4.18 Poder Cambiario o Endoso en Procuración.
- 4.19 Poder Otorgado a un Profesional.
- 4.20 El Apoderamiento en Blanco o Carta Poder.

103

CAPITULO IV

EL PODER.

4.1 Significación Jurídica del Poder de Representación.

En nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra práctica forense la expresión poder, referida a la representación, se emplea en varios sentidos que, aunque no dejan de ser próximos entre sí, conviene distinguir nitidamente.

En primer lugar, en ocasiones con la expresión poder se designa el documento en el cual consta, en el cual se ha plasmado o mediante el cual se acredita la representación que se ha conferido. Otras veces, sin embargo con la expresión poder se alude al acto o negocio jurídico por medio del cual se otorga la representación, y ello con independencia de que tal negocio jurídico se encuentre o no fijado documentalmente. Se comprende en seguida que, en este último sentido, el poder es un prius respecto del primero, puesto que antes habrá de celebrarse el negocio jurídico de otorgamiento de la representación y después habrá de plasmarse documentalmente. Por último, con la expresión poder se designa aquella situación jurídica en virtud de la cual el representante influye con sus actos o está facultado para influir con sus actos en la esfera jurídica del representado. Normalmente, en este último sentido, se tratará de una consecuencia del fenómeno antes aludido. En virtud del negocio jurídico de otorgamiento de la representación se coloca al representante en una situación que le faculta para actuar en nombre, por cuenta o con influencia en la esfera jurídica ajena.

Para diferenciar lo más claramente posible estas ideas, dejando de lado, por el momento, la significación más banal de poder como documento, hablaré por una parte, de apoderamiento y por otra, de poder o de poder de representación.

Con la expresión apoderamiento se designa el acto de concesión de un poder de representación y eventualmente, el documento a través del cual se plasma o se hace constar. La expresión poder designa estrictamente la situación jurídica de

que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena.

La Doctrina ha discutido vivamente cuál es la naturaleza jurídica de esta situación que llamamos poder o poder de representación. En principio no cabe duda de que se trata de una situación que faculta, permite o autoriza una actuación, haciéndola libre y determinando, como consecuencia de ella, ciertos efectos jurídicos.

Se ha señalado también que, con independencia de lo que antes he llamado la relación representativa o el conjunto de derechos y deberes que se dan entre el representante y el representado, la situación a la que llamamos poder se proyecta sobre todo en relación con los terceros y no es, por consiguiente, correlativa de ningún deber, ni lo implica tampoco, puesto que su contenido es facultar, posibilitar o autorizar, pertenece sin ningún género de dudas a lo que se pueden llamar las situaciones jurídicas activas. Sin embargo, a partir de aquí reina la incertidumbre en la doctrina, y ello probablemente en razón de que el análisis y la calificación de esas llamadas situaciones jurídicas activas, fuera del término técnico derecho subjetivo, no ha sido debidamente realizada. Las orientaciones científicas de la doctrina para calificar el poder jurídico del representante son todas ellas muy vagas en alguna medida convencionales. Con el fin de esquematizarlas debidamente se pueden utilizar las ideas siguientes:

A) El poder de representación como capacidad. Para algunos autores, el poder de representación se ha definido como capacidad. Así Oertman sostiene que capacidad, negocio y poder de representación son términos esencialmente equivalentes. Beitzke considera el poder como un desdoblamiento de la propia capacidad de obrar. Kohler llama al apoderamiento autoenajenación y Eichler entendía que mediante el apoderamiento se escinde una parte esencial de la esfera de la personalidad del poderdante. (68)

La idea en común de todas estas tesis estriba en equiparar o aproximar de algún modo los conceptos de poder de representación y de capacidad de obrar. Así, como en virtud de la capacidad de obrar se dota al individuo de la posibilidad de gobernar su propia esfera jurídica y de tutelar sus propios intereses mediante la concesión de un poder de representación, se

(68) Cfr. Díez-Picazo ob. cit. pp. 126-127.

le otorga la posibilidad de configurar y afectar la esfera jurídica ajena.

La equiparación o aproximación entre poder y capacidad no parecen factibles. Si lo que se quiere decir es que en virtud del poder se capacita al apoderado, no se está haciendo otra cosa que utilizar una fórmula lingüística, vaga, genérica, que se expresa prácticamente lo mismo que cuando se dice que se le faculta o autoriza.

El apoderado, en virtud del poder, no amplía su capacidad de obrar personal, que es una cualidad personal, substancial a su persona. El poder de representación no es una ampliación de la capacidad de obrar apoderado. Y tampoco entraña la adquisición de una parcela de la capacidad de obrar del poderdante o representado, que se recibiera mediante un desdoblamiento o una autoenajenación. La capacidad de obrar no es nunca derivable, ni transmisible. El que otorga un poder de representación no limita ni abandona, siquiera en parte, su capacidad de obrar.

B) El poder de Representación como derecho subjetivo. Según explica Mosco, en la doctrina alemana, donde reina gran incertidumbre en torno a la situación jurídica creada por la representación, algunos autores han acabado por definirla como un derecho. (69)

Esta es, por ejemplo, la posición de Krome y de Von Thur. Las dificultades de la calificación del poder de representación como derecho subjetivo proceden de la inadecuación entre uno y otro concepto. Por añadidura, una nueva dificultad surge al tratar de clasificar este supuesto derecho subjetivo dentro de los diferentes tipos elaborados por la Teoría General del Derecho. (70)

Una equiparación entre poder de representación y derecho subjetivo es factible si bajo la rúbrica derecho subjetivo se coloca indiferencialmente cualquier situación jurídica activa. Sin embargo, no es ésta la línea que parece seguir la doctrina.

(69) Mosco *apud* Díez-Picazo, *ob. cit.*, p. 127.

(70) Krome y Von Thur *apud* Díez-Picazo, *ob. cit.* 127.

El derecho subjetivo es una categoría muy concreta, que aparece definida por su institucionalización, su tipicidad y su adscripción al servicio de los fines e intereses del titular. Desde este punto de vista, no parece que el poder de representación, no colocado al servicio de su titular, ni por consiguiente tampoco enteramente libre, pueda ser configurado como un derecho subjetivo.

Tampoco parece factible colocarlo entre los llamados derechos potestativos o derechos de formación o de configuración. Aparte de que este subtipo de derechos subjetivos se comporta como un carácter genérico todos los derechos subjetivos, al estar al servicio de los intereses de su titular y aparte también la falta de claridad conceptual y de homogeneidad que la categoría citada presenta, parece que no rima bien el poder de representación con las características que a los derechos potestativos atribuye la doctrina.

Se entienden como derechos potestativos aquellas facultades en virtud de las cuales una persona puede influir decisivamente en una relación jurídica constituyéndola, modificándola o extinguiéndola. Se trata de facultades puestas al servicio de su titular y, además, de facultades que se agotan con el efecto jurídico pretendido. Son por decirlo así, facultades que se consumen y además caducan con el paso del tiempo. Nada de esto se da en el poder de representación. Es cierto que mediante él se constituye, modifica o extingue una relación jurídica ajena, pero este es sólo un efecto de su ejercicio y no el contenido mismo del poder, que, además, no se agota ni se consume, el apoderado después de haber realizado un acto en nombre del poderdante puede continuar realizando otra serie de actos cualesquiera y en ningún caso caduca.

C) El Poder de Representación como función y como potestad. Las dificultades apuntadas han hecho que algunos autores o bien se limiten a utilizar la expresión poder sin intentar ulteriores precisiones, que es quizá la postura más generalizada, o bien prefieren recurrir al término potestad.

Carnelutti e Invrea dicen que con la idea de potestad se designa, como sabemos, todo un conjunto de poderes de carácter funcional, que no son puestos al servicio de su titular sino por el contrario, al servicio de los fines e intereses de otra persona. (71)

(71) Carnelutti e Invrea apud Díez-Picazo *ob. cit.* p. 128.

La caracterización del poder de representación como potestad cuadra bien con la tesis que sostiene que la representación es un puro mecanismo instrumental de cooperación intersocial, en el cual el representante actúa siempre por cuenta y en interés del representado. La tesis del poder de representación como potestad tropieza, sin embargo, con algunas dificultades cuando se admite como genuina la representación en puro interés del representante, pues entonces falta por completo el carácter funcional del servicio de los intereses ajenos.

Cariota Ferrara menciona el poder de representación entre los que llama poderes y facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno, al lado de la facultad de realización que corresponde al acreedor pignoraticio y otros casos análogos. A su juicio el poder que ostenta el representante es un derecho cuando se la ha concedido un poder irrevocable, pero en los demás casos y en general es un puro y simple poder jurídico o facultad. (72)

En el análisis realizado en los incisos anteriores se obtiene una buena aproximación de la significación del poder de representación, que se hace necesaria para otorgar un verdadero perfil del poder de representación, del cual ya me ocupe en el capítulo segundo, pero que considero oportuno dada la metodología de este estudio nuevamente retomar y profundizar.

Por regla general, el poder de representación se crea en virtud de un acto de voluntad del representado que lo confiere al representante. Excepcionalmente, el poder de representación puede derivar directamente de la ley. Por último, se puede hablar de poderes de representación atribuidos en virtud de una decisión o resolución judicial, cuando, en aplicación de una norma legal, le compete al juez designar la persona del apoderado y establecer el marco de sus facultades representativas.

En un mundo jurídico regido en el principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, constituyen sin ningún género de duda la regla general. Sólo hay representación si el representado o principal así lo ha querido. La representación es obra de la voluntad del representado, que es quien, mediante un acto de voluntad, crea la situación representativa

(72) Cariota Ferrara *apud* Díez-Picazo *ob. cit.* p. 128.

y quien establece el ámbito o cuadro de los poderes del representante. La voluntad del principal es, por regla general, el origen de la representación y la fuerza de configuración de los poderes de representación.

Bajo la rúbrica de poderes de representación creados *ex lege*, situamos el fenómeno de la representación legal, en donde existen auténticos poderes del representante, concebidos como el ámbito de facultades que al representante se entregan, que pueden tener unos y otros límites y una y otra extensión.

Esto parece en principio claro cuando el Código Civil regula la representación legal de los hijos, que corresponde a los padres que ejercen la patria potestad, a quienes se reconoce plenas facultades de administración, pero a quienes en cambio se limitan las facultades de disposición.

Aparece, igualmente la misma idea, en materia de tutela, donde existe un elenco de facultades del tutor, una serie de actos en los cuales el tutor necesita la autorización del juez y otra serie de actos que quedan expresamente prohibidos a los tutores. Todo ello quiera decir que se puede hablar de poderes de representación en la representación legal y que los problemas relativos a los poderes, su extensión, sus límites, etc., son problemas comunes con los que se plantean en materia de representación voluntaria.

Los poderes *ex lege* en sentido estricto, son poderes de representación que nacen directamente de la ley y en los cuales es la ley quien los configura y quien determina su ámbito y su extensión. En un sentido más amplio es posible situar en el campo de los poderes *ex lege* una serie hipótesis mixtas o híbridas, en las cuales, si bien la atribución del poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la ley, de manera que su contenido es siempre legal.

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

La doctrina más extendida suele considerar al apoderamiento como un negocio jurídico unilateral y recepticio, que funciona con independencia y con separación de las relaciones jurídicas subyacentes, que pueden existir entre dominus y apoderado, que le dan origen o le sirven de fundamento.

El apoderamiento es un negocio jurídico, en la medida en que es un acto de voluntad plasmado en una declaración, que constituye un precepto de autonomía privada destinado o dirigido a la reglamentación de una situación de intereses.

Considerado como negocio jurídico, es un negocio unilateral, en la medida que para su existencia, validez eficacia se requiere únicamente la declaración de voluntad del principal o poderdante.

Para la existencia, validez y eficacia del poder de representación no se necesita de la aceptación del apoderado. Esta aceptación será precisa para perfeccionar el contrato que pueda subyacer entre las partes y la relación representativa que entre ellas se crea, v.gr., mandato. No es en cambio, precisa para la validez del negocio del apoderamiento en cuanto tal y para que éste sea eficaz respecto de terceros creando el poder de representación. Es verdad que nuestro Código Civil no perfila el apoderamiento como negocio jurídico unilateral, sin embargo, la idea aparece reiteradamente en la legislación complementaria y es punto que doctrinalmente hoy no se discute.

Finalmente como negocio jurídico el apoderamiento se considera como negocio recepticio, en el sentido de que para su validez y eficacia no basta sólo la existencia de la declaración de voluntad unilateral del poderdante, sino que es menester que esta declaración de voluntad haya sido emitida a otra u otras personas.

4.2 Capacidad para otorgar el Poder.

Nuestro Código Civil no contiene ninguna norma especial relativa a la capacidad para otorgar el negocio de apoderamiento. En la regulación del Contrato de Mandato se refiere el Código, únicamente, a la capacidad para ser mandatario. Dicha regla no tiene trascendencia especial en el apoderamiento toda vez que, como ya sabemos, el apoderamiento es un negocio

jurídico unilateral distinto del Contrato de Mandato. La aplicación al apoderamiento de las reglas generales sobre la capacidad para contratar y para obligarse parece plausible, aunque presente la dificultad de que el apoderamiento no es, en rigor, un contrato y la de que mediante él, el poderdante, en rigor, no contrae ningún tipo de obligación.

La aplicación de las citadas reglas que en nuestro Código Civil están contenidas excluirá a los menores no emancipados y a los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir, en este último, caso, con independencia de que se encuentren o no incapacitados. La aplicación de esta reglas en forma generalizada presenta dos tipos de dificultad, la primera surge al pensar que la capacidad para el otorgamiento del poder debe ponerse en relación con los negocios jurídicos concretos que el poder contempla y con las facultades que se van a conferir al apoderado. Así, considero, que el menor emancipado puede otorgar poderes de representación siempre que lo haga para aquéllos actos para los que tiene plena capacidad de obrar. Si el menor emancipado no puede, por sí solo tomar dinero o gravar y vender bienes inmuebles, parece que no lo podrá realizar por medio de apoderado y que será inválido el poder que a estos efectos otorgue. Más si llegamos a esta conclusión, no se ve tampoco especial dificultad para que pueda otorgar un poder el menor no emancipado siempre que las facultades que confiera a su apoderado tengan por objeto aquéllos actos que él pueda realizar por sí mismo. En otro sentido, parece claro que el negocio jurídico realizado por los menores y, entre ellos, el de apoderamiento, no será en ningún caso absolutamente nulo sino sólo anulable a instancia de las personas a quienes corresponda la representación legal o al propio menor en el momento de su llegada a la mayoría de edad. Así pues, tanto el negocio de apoderamiento como el posterior negocio realizado por el apoderado entrarán en la categoría de los actos impugnables.

Respecto de los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir, ha de diferenciarse la situación de los incapacitados judicialmente y la de aquéllos otros que no se encuentran incapacitados, si no existe ninguna incapacidad podrá haber en el negocio de concesión del poder un vicio del consentimiento que requerirá de especial prueba y que quedará sometido a la disciplina de los vicios de la voluntad. En cambio, si se trata de personas incapacitadas judicialmente, dentro de las cuales hay que señalar junto con las anteriores a los pródigos y a los sometidos a interdicción civil se aplicara la regla de la anulabilidad del negocio jurídico.

Como un negocio de apoderamiento es un negocio unilateral destinado a surtir sus efectos frente a los terceros que contratan con el apoderado, surge la cuestión de determinar si debe surtir efectos el negocio de apoderamiento y la actuación del apoderado respecto de aquéllos terceros que fueran de buena fe y no hubieran conocido ni debido conocer el defecto de capacidad del poderdante.

Aún cuando la protección de estos terceros así parezca exigirlo, no se ve en nuestro Derecho Positivo base para sostenerlo, las únicas reglas que nuestro Derecho contempla son las que determinan la protección del propio incapaz, que por ello, en la hipótesis parece que deben de sobresalir. Así pues, el negocio de concesión del poder otorgado por un incapaz y la posterior actuación del apoderado serán anulables sin que esa anulación quede impedida por el desconocimiento que los terceros puedan tener de aquella circunstancia.

El apoderamiento deberá ser otorgado directa y personalmente por quien sea titular de los derechos o de los intereses a cuya actividad el apoderado debe contribuir con su acción o con su comportamiento, el poderdante faculta al apoderado para que éste trate o realice los asuntos propios del poderdante.

Sólo excepcionalmente el poder puede ser conferido por persona distinta del titular de los derechos e intereses, se trata de una hipótesis de legitimación indirecta que, en definitiva, se reconduce al supuesto de sustitución en el poder, delegación de facultades representativas o subapoderamiento. Es un representante del principal, quien confiere a otra persona una nueva representación de aquél. Bajo qué requisitos y con qué consecuencias puede hacerse esto. esto es algo que examinaremos más adelante.

En nuestro Derecho Positivo no existe una norma general que haga referencia a la forma que debe revestir el negocio jurídico de otorgamiento del poder de representación. Nuestro Código Civil acorde con la tradición romanista y, posteriormente con la francesa, corriente en la que se inspira, contiene preceptos relativos a las formas de celebración del contrato de mandato que la doctrina y la jurisprudencia, sin dificultad, entienden aplicable a la concesión del poder de representación.

Alguno de estos ordenamientos señala que el mandato puede ser escrito o verbal, que puede otorgarse en escritura pública, en escrito privado o en carta poder sin ratificación de firmas. Finalmente, el mandato verbal, es el otorgado de palabra entre presentes hayan o no intervenido testigos. Este mandato debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio.

La regla general es, por consiguiente, la libertad de forma de la declaración de voluntad del principal, en que encarna el otorgamiento del poder de representación. Esta regla concuerda perfectamente con el espíritu de la ley, que para toda clase de contratos y, en general, de negocios jurídicos alude al Código Civil y la tradición de nuestro Derecho Histórico dese la conocida Ley del Ordenamiento de Alcalá.

El problema del negocio de apoderamiento no es por consiguiente un problema de forma sino un problema de prueba, la forma no es constitutiva del negocio y el poder puede decirse que nace con independencia de ella.

La libertad de forma del negocio de concesión del poder aparece, además, ligada en la Doctrina tradicional con la idea de la independencia del negocio de apoderamiento, tanto respecto de los negocios causales que le sirven de fundamento como con respecto al negocio de ejecución del mismo.

La Doctrina se ha cuestionado si es exigible para el negocio de otorgamiento del poder la misma forma que se requiere para la celebración del negocio en el cual el poder va a ser utilizando por el representante. Pues bien, la declaración de apoderamiento no necesita la forma establecida para el negocio a que el poder se refiere. Existe una corriente contraria a lo anteriormente dispuesto, ya que dice que el poder no produce efectos si no se confiere con la forma prescrita para el contrato que el representante debe de concluir.

La idea anterior no me parece admisible, ya que para sostenerla sería menester que la voluntad del principal, en cuanto a voluntad de los efectos jurídicos tuviese validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, como ocurre por ejemplo, con la voluntad testamentaria. En nuestro Derecho la forma no siempre cumple esa función sino que puede ser medio de publicidad o un medio privilegiado

de comprobación de la existencia del negocio. Por otra parte, la voluntad del dominus puede ser ciertamente entendida como una voluntad de asunción de los efectos jurídicos que puede producir el acto del apoderado y, si se quiere, como una voluntad implícita de tales efectos en cuanto a eventuales o futuros.

El negocio, que es lo que en la hipótesis anterior se analizó, tiene que adoptar una forma determinada, es la regla de conducta, el precepto o la regulación de intereses nacidos del comportamiento de los otorgantes. La voluntad de dominus es el punto de unión del negocio con la esfera jurídica del dominus, pero no es el negocio en si mismo, cuando la ley exige una forma para el negocio, lo hace tutelando un interés concreto que consiste en que reciba un cierto tipo de documentación, no tanto la voluntad cuanto el conjunto de reglas o de preceptos en que consiste el negocio.

Un poder es documentado cuando la declaración de voluntad de dominus o poderdante se incorpora a un documento. La documentación del poder puede hacerse por simple voluntad de las partes o para cumplir con ello un precepto legal. En nuestro Derecho Positivo, una exigencia de documentación de los poderes de representación puede encontrarse en dos tipos de normas: Las que imponen el otorgamiento de un documento público y las que imponen simplemente que el poder de representación conste en un escrito privado o en carta poder.

El otorgamiento del poder tiene lugar mediante una declaración de voluntad, por lo general, recepticia del poderdante. es un negocio jurídico unilateral y potestativo. Cabe la posibilidad de agregarle una condición, el contenido y efecto jurídico inmediato del apoderamiento es la constitución de un poder de representación para el poderdante en la persona del apoderado.

La constitución del poder de representación no depende del consentimiento del apoderado, pues él hace que sea suficiente la declaración del poderdante. No obstante, será preciso concederle la facultad de rechazar un poder que no desea. Esta facultad no tiene lugar cuando el poder ha sido otorgado por contrato entre el poderdante y el apoderado, lo cual ha de considerarse, igualmente, admisible. Sin embargo, tal contrato no debe ser confundido con el que regula la relación interna v.gr., el mandato en que se basa el poder.

El destinatario de la declaración es el apoderado o el tercero frente a quien deba tener lugar la representación. En el primer caso, se habla de un otorgamiento de poder interno y, en el segundo, de un otorgamiento de poder externo. El otorgamiento de poder interno irá acompañado las más veces de la constitución de la relación interna, esto es, la conclusión de un contrato de mandato o de gestión de negocios. Admitir una unidad negocial no carece con todo de inconvenientes, pues en este caso se renuncia prácticamente en el otorgamiento del poder frente a la independización del otorgamiento de poder frente a la relación jurídica en que aquél se basa, independientemente por la cual se ha decidido terminantemente la ley. Ello estaría también en contradicción con la validez, generalmente admitida, del poder otorgado a un menor. No obstante, con frecuencia, serán aplicables también al otorgamiento de poder los mismos motivos de nulidad o de impugnación que existen respecto al negocio básico.

El otorgamiento de poder externo puede efectuarse mediante declaración frente a una pluralidad de personas, así mediante escritos de un mismo tenor dirigidos a todos los clientes de una empresa o mediante declaración frente a un círculo de personas indeterminadas.

El apoderamiento por declaración a la colectividad es una declaración de voluntad no recepticia, toma efecto tan pronto como la colectividad pueda tomar conocimiento del mismo.

Para la interpretación del poder es determinante, en un apoderamiento interno, la capacidad intelectual del apoderado, en un apoderamiento externo si se declara frente a una persona determinada la capacidad intelectual de esa personas, la capacidad intelectual de una persona media perteneciente a este círculo.

Tal como lo hace patente la posibilidad de un apoderamiento externo en el otorgamiento de poder están interesadas, por lo general, cuando menos tres personas: el poderdante, el apoderado y el tercero frente a quien debe tener lugar la representación. La constitución de un poder de representación es ciertamente el efecto jurídico próximo e inmediato del apoderamiento, pero éste es solamente el instrumento para un efecto jurídico ulterior ya tomado en consideración, esto es, la eficacia del negocio del representante para el poderdante el cual debe celebrarse por el apoderado con un tercero o frente a

éste. Por ello se suscita la cuestión de cómo ha de pensarse específicamente la relación entre apoderamiento y negocio del representante.

Müller Freienfels no ha escatimado esfuerzos para demostrar que la voluntad del poderdante se haya dirigida también al contenido del negocio del representante ya en el otorgamiento del poder y por ello habrían de considerarse el apoderamiento y el negocio del representante como un acto unitario y formarían un negocio jurídico. (73)

Este criterio, en mi opinión, fracasa ya por la mera posibilidad de un poder general, sólo en caso de un poder especial de alcance muy limitado está el poderdante al otorgar el poder en situación de concebir concretamente el contenido del negocio del representante y de determinarlo por sí mediante la formulación del poder. Al respecto la cuestión sobre la conclusión del negocio se encuentra muchas veces en la voluntad del representante, en la mayoría de los casos, el poderdante confía al apoderado, dentro de determinados límites, la conclusión del negocio. Por ello difícilmente podrá decirse que el poderdante ha querido así ya al otorgar el poder la conclusión del negocio por su apoderado, prescindiendo de esta cuestión más bien psicológica, en un negocio jurídico es relevante, en principio, el efecto jurídico que se ha declarado en cuanto a que debe ser válido.

El otorgamiento de poder manifiesta que el apoderado debe tener la facultad de poner en vigor para el poderdante con la conclusión de negocios jurídicos, efectos jurídicos que están solo más o menos determinados por la extensión del poder, pero que en gran parte aún están indeterminados.

Prescindiendo del caso extremo del apoderamiento para celebrar un negocio ya fijado en todos su pormenores, el significado del apoderamiento es precisamente que el poderdante ceda al apoderado, en cierto modo, una parte de su propia libertad de disposición y le confié en mayor o menor grado la decisión sobre el negocio jurídico que debe celebrarse. Por ello, no es posible adherirse a la opinión de Müller Freienfels, ya que su criterio no es acorde con la ley, según la cual, el otorgamiento del poder no requiere la forma prescrita para el negocio jurídico para cuya celebración se otorga el poder.

(73) Müller Freienfels *apud* Díez-Picazo *ob. cit.* p. 142.

Ahora bien, evidentemente, ello no significa que entre el otorgamiento de poder y el negocio del apoderado no exista relación alguna jurídicamente apreciable. La existencia de un poder al respecto es, sin discusión un requisito de validez del negocio jurídico unilateral, un poder para concluir un contrato, otorgado por quien se halla limitado en su capacidad negocial, sin el consentimiento de sus representantes legales, podrá ser estimado contra la ley, no como ineficaz sino por aplicación analógica como acto para su ratificación, esto es, sólo como afectado de ineficacia pendiente de resolver. Al respecto habrá de darse la razón a Müller Freienfels.

El representante legal podría, indudablemente, si el apoderado por el menor sin consentimiento del aquél concluye un contrato para su poderdante, ratificar el propio contrato en representación judicial y del menor. Puede ser para él más conveniente, y debería ser posible que en lugar de ello ratifique el otorgamiento de poder, si el menor otorga poder a otro para un negocio que únicamente le reporta una ventaja jurídica, tal otorgamiento de poder reporta así mismo al menor una ventaja jurídica y por ello es válido.

Lógicamente ha de hacerse una excepción al principio en el cual el otorgamiento de poder no requiere la forma prescrita para el negocio jurídico, y esta excepción será para los casos en que la forma debe cumplir principalmente una función de advertencia, si mediante el otorgamiento de un poder irrevocable o de un poder vinculado a la autorización para autcontratar debe producirse una vinculación jurídica definitiva del poderdante. Ello es una reducción teleológica que toma en cuenta de modo objetivamente adecuado la relación interna entre el apoderamiento y el negocio a celebrar en virtud de éste.

La relación interna entre apoderamiento y negocio del apoderado ha de tomarse igualmente en consideración cuando el otorgamiento de poder está influido por un vicio de la voluntad y el apoderado ya ha celebrado un negocio propio del poderdante antes de la impugnación o de la revocación. La retroactividad de la impugnación del otorgamiento de poder hace que en tal caso, también, el negocio del poderdante llegue a ser ineficaz frente al apoderado. La parte contraria no debería depender entonces de las pretensiones contra el apoderado sino poder exigir al poderdante que impugna su declaración el resarcimiento del interés.

Dado que la parte contraria queda afectada en tal caso, en primer término la impugnación del otorgamiento de poder ha de declararse frente a ella, aún cuando se hubiere afectado internamente. A fin de retirar al apoderado para el futuro el poder otorgado a él internamente basta, frente a él, una revocación.

4.3 Fundamento y Causa del Negocio de Apoderamiento

En materia de apoderamiento hay que separar claramente dos cuestiones que a menudo han sido confundidas, como son la de la independencia conceptual del poder y su separación respecto de las relaciones jurídicas previas o subyacentes y la de la abstracción negocial.

La primera cuestión había sido ya advertida por los autores antiguos que supieron distinguir el acto unilateral de dación del poder *procuram constituit*, del contrato bilateral de mandato que requiere la aceptación del mandatario. Esta tesis se refuerza a partir del momento en que se establece rigurosamente la distinción entre mandato y poder. El apoderamiento es un negocio jurídico separado e independiente de los demás negocios o relaciones existentes entre poderdante y apoderado, aunque hayan sido estos últimos los que determinen el primero y en virtud de los cuales el primero se produzca, v.gr., mandato, prestación de servicios, sociedad, etc. (74)

La independencia conceptual entre apoderamiento y negocio previo o subyacente supone un claro progreso sistemático, que permite someter a unos y otros a regímenes jurídicos diferentes y extraer de unos y de otros diversas consecuencias jurídicas. Sin embargo, ello no significa desconocer, en todo, las mutuas y recíprocas influencias e interconexiones que entre ellos pueden existir. Para esto es preciso llegar al dogma de la abstracción negocial.

Partiendo de la premisa de la independencia del poder, un amplio sector de la doctrina ha llegado a la configuración del apoderamiento como un negocio abstracto. Se dice que el apoderamiento es un negocio abstracto en cuanto que la eficacia representativa deriva exclusivamente del negocio de con-

(74) Díez-Picazo, *ob. cit.* p. 138.

cesión del poder y no se ve influida para nada por las vicisitudes de los negocios o relaciones básicas subyacentes.

La opinión más generalizada en la doctrina ha sido recogida últimamente en una forma extraordinariamente gráfica, por Albadalejo. El apoderamiento, dice este autor, encuentra efectivamente, su razón de ser en las relaciones jurídicas que existan entre el poderdante y el apoderado, el apoderamiento es de esta manera, un medio instrumental al servicio de los fines que persigue esta relación básica subyacente. (75)

Se discute entonces si esta relación básica subyacente puede o no ser considerada como causa del apoderamiento, dando a la palabra causa estricto significado técnico. Ello lleva evidentemente a toda la gran dificultad que el concepto de causa encierra, si por causa se entiende la función económico-social o el fin empírico o práctico que las partes persiguen al celebrar un determinado negocio jurídico. Es claro que la respuesta tiene que ser negativa.

La función o finalidad del apoderamiento es hacer nacer un poder de representación. En definitiva, que el apoderado pueda celebrar uno o varios negocios jurídicos como representante. Las relaciones básicas son antecedentes del apoderamiento, pero no su causa en sentido técnico. En cambio si por causa se entiende una situación o un negocio previo que constituyen la raíz y el fundamento último de otro negocio posterior que se presenta así como una derivación del aquél, es claro que el apoderamiento tiene su causa en esta relación básica.

La cuestión radica entonces en dilucidar si el apoderamiento puede o no ser rigurosamente definido como un negocio abstracto, es decir como un negocio que funciona eficazmente desligado de modo total de su causa y con independencia de las vicisitudes de ésta.

La doctrina de la abstracción y de la independencia del apoderamiento tienen dos premisas fundamentales: la primera, que es la distinción entre mandato y representación, y la segunda, es la distinción entre la representación o efecto representativo y el negocio creador de este efecto o apoderamiento.

(75) *Ibidem*.

La doctrina de la abstracción del poder lleva a la lógica consecuencia que el apoderamiento es eficaz aunque su causa no exista o sea falsa o ilícita. La causa, relación básica subyacente, puede no existir por no haber nacido por ser ineficaz o por haberse extinguido. No obstante, ello el apoderamiento es eficaz. La segunda consecuencia importante de la doctrina es que aunque el apoderado viole las obligaciones derivadas de la relación casual no se produce extralimitación y por consiguiente su actuación es válida y eficaz, siempre que no se rebasen los límites formales del poder. En el mismo terreno la relación casual no puede tenerse en cuenta para interpretar, ampliar, restringir, etc., el poder porque es desde el punto de vista del funcionamiento de este desconocido.

Es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez coadyuva a la actividad jurídica. En el conflicto entre el interés del *dominus negotii* y el tercero que contrataba con su apoderado es preferido este último. Quien concede un poder de representación sabe a lo que se expone y no puede, por tanto, alegar más que la falta de poder o de la extralimitación de facultades.

El problema de la independencia entre apoderamiento y negocio casual subyacente reviste un cariz completamente distinto, según que se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdantes y apoderado o desde el punto de las relaciones de ambos con terceras personas.

Desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado es evidente, a mi juicio, el carácter casual del apoderamiento y su absoluta vinculación al negocio básico subyacente. El problema se plantea únicamente desde el punto de vista de los terceros, la seguridad en la actividad jurídica y normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exige que los terceros que contraten con el apoderado no tengan que conocer, examinar, investigar o preocuparse por estas internas relaciones existentes entre apoderado y poderdante y que puedan confiar exclusivamente en el contenido externo del negocio de apoderamiento. Ahora bien, un riguroso planteamiento del tema exige distinguir nitidamente los casos en que el tercero actúa de buena fe frente a ellos otros en que la buena fe no existe, el criterio de la buena fe del tercero, es al menos en nuestro Derecho Positivo, básico para determinar la manera de funcionar el apoderamiento.

Se deduce de ello que no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento, sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. La línea de principio parece ser ésta: para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación casual subyacente; en cambio para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente debe influir en la eficacia del apoderamiento. La especial protección que la independencia entre apoderamiento y relación básica supone exige que el protegido reúna estas dos condiciones: ser un tercero y conducirse de buena fe.

En primer lugar, ha de ser un tercero. La idea de tercero exige, a mi juicio, algo más que se trate de una persona distinta de poderdante y apoderado, para ser en sentido riguroso un tercero protegido es menester que el que pretenda la protección sea una persona ajena al círculo de intereses a que se refiere el asunto realizado.

El segundo elemento es la buena fe del tercero, buena fe significa, en sentido positivo, confianza en el apoderamiento y en sentido negativo, desconocimiento de que las vicisitudes de la relación básica subyacente modifican de alguna manera el poder de representación.

Ahora bien, de acuerdo con algunas orientaciones más modernas, la buena fe no puede entenderse como el simple hecho psicológico del conocimiento o desconocimiento. En la buena fe se volara, ante todo, una actitud que es marcadamente ética, para que exista buena fe no basta que el tercero no conociera, sino que es menester, además, que diligentemente no debería conocer. Es cierto, que en principio el tercero que contrata con el apoderado puede confiar en el temor del apoderamiento y no tiene que investigar la relación básica subyacente.

En determinadas circunstancias, sin embargo, la buena fe puede exigir que esta investigación se lleve a cabo, si se omite y merced a esta omisión el desconocimiento subsiste, el tercero no puede alegar buena fe. La valoración de cuando razonablemente es exigible esta investigación se encuentra en función de las circunstancias.

Una interpretación, como la propuesta, que limita, por una parte, el concepto de tercero a las personas ajenas al

circulo de los intereses realizados y, por otra parte, restringe el concepto de la buena fe no sólo a los casos de desconocimiento, sino a los casos en que el desconocimiento no hubiera debido ser desvanecido mediante una diligente y razonable conducta del tercero, es evidente que convierte el supuesto de independencia del poder, ya de por sí excepcional, en una hipótesis que lo es, si cabe, todavía más.

El problema, desde el punto de vista práctico, será como siempre un problema de prueba, hay que partir obviamente, de la presunción de buena fe, aunque según la interpretación propuesta quedan excluidos los que no sean ajenos al círculo de intereses no por falta de buena fe, sino por no poseer la condición de terceros.

4.4 Los Sujetos del Negocio de Apoderamiento.

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

Una pluralidad de poderdantes será necesaria siempre que haya de concederse a un apoderado un poder de representación suficiente para actuar en nombre de un grupo de personas que se encuentren en una situación de cotitularidad dentro de una relación jurídica. En tal caso 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.

La pluralidad de poderdantes puede representarse, aunque éstos no se encuentren ligados por un vínculo o relación jurídica previa o aunque el poder no se otorgue para representar a los poderdantes conjuntamente.

La segunda hipótesis que puede representarse la pluralidad de sujetos de un negocio jurídico de apoderamiento es la pluralidad de apoderados, el poderdante puede conceder el poder de representación a uno o varios apoderados. Cuando los apoderados son varios, 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, aisladamente puede usar el poder de representación concedido, se habla de un apoderamiento solidario. La idea de la solidaridad, probablemente inexacta, traída del campo de las obligaciones, es empleada para indicar que el poder de representación es concedido *in complexu, in totu* 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 misma idea, de un apoderamiento mancomunado. Caben también tipos mixtos de apoderamiento en que un apoderado pueda ejercitar solidariamente determinadas facultades y en cambio en cuanto a otras tiene que actuar mancomunadamente.

4.5 El Apoderamiento Tácito o Derivado de Hechos Concluyentes.

En nuestro Derecho Positivo la admisibilidad del apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes es indiscutible y no ha sido puesta nunca en duda ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. La justificación y la naturaleza de la figura que me ocupa, aun siendo, como decía, su admisibilidad indiscutible, han suscitado alguna perplejidad y algún debate, que versa sobre su significación y su alcance. Las posiciones doctrinales al respecto pueden sistematizarse en tres grupos diferentes.

A) El apoderamiento tácito no es otra cosa que un negocio jurídico realizado *per facta concludentia*.

B) La especie de apoderamiento que aquí se examina se reconduce a la teoría del acto ilícito y de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

C) El poder tácito es un caso particular de protección de la confianza en la apariencia jurídica.

A) Para un importante sector doctrinal, el apoderamiento tácito es caso particular de aplicación de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad o negocios realizados *per facta concludentia*. Toda declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o

signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación. Los *facta concludentia* no son otra cosa que un vehículo de manifestación de voluntad del poderdante, su valor jurídico radica en que permite inducir inequívocamente la voluntad del declarante, que en nuestro caso es el representado. Pero todo el fundamento y la significación del efecto jurídico radica en dicha voluntad, como consecuencia de ello, en el apoderamiento tácito el representante queda apoderado, porque el principal lo ha querido así la tarea del interprete consistirá en una búsqueda de investigación de la voluntad real del representante.

Los seguidores de la llamada teoría negocial del apoderamiento tácito no llegan, sin embargo, a un subjetivismo tan categórico. Para conseguirlo, se hacen entrar en juego los principios de la autorresponsabilidad y de la diligencia. En virtud del primero se entienda que la declaración tácita encarnada en actos concluyentes debe valer como declaración negocial cualquiera que sea la voluntad interna del declarante, si, de acuerdo con el segundo de los mencionados principios, el destinatario diligentemente debió interpretar los actos como constitutivos de una declaración.

B) Los partidarios de la tesis que funda la eficacia del apoderamiento tácito en la responsabilidad por hecho ilícito o por culpa in contrahendo piensan que, en el caso que analicé, existe una conducta dolosa o culposa de *dominus*, que permite al tercero creer en la existencia del poder. Aunque en el fondo se mueve alrededor de unos puntos de vista similares a los que se expresan a través de los llamados principios de la autorresponsabilidad y diligencia, esta tesis llega a unas conclusiones que no parecen admisibles. Para que pueda hablarse de poder tácito no es necesario dolo o culpa, entendidos como juicios de reproche de un comportamiento o como elementos de calificación de un comportamiento que se presupone antijurídico. Por otra parte, la consecuencia de los *facta concludentia* se deduce no es propiamente una responsabilidad que tendría que conducir a un resarcimiento del daño a la confianza-interés negativo-experimentado por el tercero, sino que conduce a que la gestión representativa reciba el mismo trato que si estuviera asentada sobre un apoderamiento expreso.

C) Por último, la figura del apoderamiento tácito se ha explicado como una forma de protección a la apariencia jurídica. Cuando esta apariencia es idónea para suscitar en los terceros la confianza o representación mental de que dicha apariencia se corresponda con la realidad, el creador de la apa-

riencia está vinculado por ella y tiene que dejar que sea hecha valer contra sí mismo. Esta llamada teoría de la apariencia guarda un parentesco muy estrecho con la institución anglosajona del estoppel y con la regla romanista que prohíbe venir contra los propios actos. Si alguien con sus palabras o con su conducta ha permitido que en los demás se crea la representación de que un estado de cosas que existente, tiene que permitir que este estado de cosas vincule y no puede alegar o invocar nada contra él. Precisamente una de las más características aplicaciones que en el derecho anglosajón se hace de esta idea es el *agency by estoppel*. El principal está impedido para alegar que el agente carece de un poder suficiente si él le ha colocado en una situación tal que hacía razonablemente suponer que tal poder existía o éste era exigible según las circunstancias.

En el fondo toda la polémica entre la llamada teoría negocial y la llamada teoría de la apariencia se reduce a un debate entre una interpretación predominante subjetiva o predominante objetiva de los *facta concludentia*. Si es lo primero, los actos valen sólo en cuanto índice de una voluntad que revelan o que manifiestan. La pregunta que los terceros deben diligentemente hacerse es si existe o no la voluntad concreta del autor de esos actos. Y el juez o el intérprete tendrán que investigar esa voluntad, que, en sentido positivo o negativo, podrá ser probada por todos los medios de prueba. El *effectum juris* es, en todo caso, un efecto *ex voluntate*.

En cambio, si es lo segundo, la posible o hipotética voluntad pierde todo relieve. Lo fundamental va a ser el sentido que razonablemente puedan atribuir a esos actos los terceros que los contemplan o que los conocen, y su valoración debe llevarse a cabo de acuerdo con unos criterios abstractos y generales. La opción entre uno y otro punto de vista conduce a una diferente protección de los intereses en juego. Una teoría acentadamente voluntarista protege mejor los intereses del poderdante, mientras que una teoría objetiva es un mejor cauce de defensa de los intereses de los terceros.

A mi juicio, la solución objetiva debe ser acogida, en la medida en que es más conforme con los intereses generales de la dinámica jurídica y con los principios generales de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático o lógico-conceptual, el problema es el mismo que plantean todos los negocios jurídicos que resultan de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad. En ellas el negocio, en cuanto sistema de regulación o de organización de in-

tereses, no resulta tanto de una voluntad que encuentra en los *facta concludentia* un vehículo de comunicación, en cuanto del significado objetivo del comportamiento adoptado. Desde este punto de vista y con esta matización, no veo ninguna dificultad especial para admitir que el apoderamiento tácito es un negocio jurídico manifestado por medio de hechos concluyentes.

Un análisis de la figura del apoderamiento tácito no puede detenerse en la simple afirmación de que el poder nace del comportamiento concluyente. Es preciso continuar la investigación y preguntarse que actos son éstos que pueden ser considerados como concluyentes desde el punto de vista de la concesión o del otorgamiento de un poder de representación.

Ante todo, parece claro que el centro de gravedad y el punto de partida de tales actos debe ser el *dominus negotii*, puesto que todo poder de representación debe proceder del principal, a él, deben ser imputables en primera línea los *facta concludentia*. No cabe hablar de apoderamiento tácito si el *dominus*, por acción o por omisión, no resulta participe en el fenómeno, los actos concluyentes constitutivos del apoderamiento tácito suponen siempre una situación en cuya creación o en cuyo mantenimiento el *dominus* ha tenido alguna participación, se trata de una situación que el *dominus* ha creado, ha contribuido a crear, o por lo menos, ha consentido o permitido, se distingue así nitidamente, el apoderamiento tácito de la *tácita contemplatio domini*, en esta última, como más adelante se verá, el punto decisivo es el comportamiento del gestor y el comportamiento del tercero.

En el apoderamiento tácito, en cambio, el centro de gravedad es la actuación del *dominus*. Ahora bien, es necesario preguntarse si este comportamiento inicial del *dominus* debe ir acompañado o no de un correspondiente y paralelo comportamiento del representante y además quien tiene que ser, desde el punto de vista jurídico, el destinatario del sentido objetivo que de tales actos dimana.

Cuando me pregunto si el apoderamiento tácito debe existir un comportamiento concluyente del representante correspondiente y paralelo al comportamiento del *dominus*, no hago referencia a los actos estrictos en que se concreta la gestión representativa. Es obvio que una actividad representativa ante o frente al tercero tiene que existir para que llegue a plantearse la cuestión de la existencia o inexistencia del apoderamiento.

Para clarificar la cuestión conviene deslindarla de otra muy próxima o a fin, pero rigurosamente hablando diferente, que es el comportamiento concluyente en cuanto a módulo o criterio de medida de la suficiencia de un poder.

Ambas cuestiones: tácito nacimiento del poder y determinación tácita del ámbito del mismo pueden coincidir y normalmente coincidirán. Sin embargo, pueden aparecer separadas.

Si el *dominus* ha manifestado al tercero, por ejemplo verbalmente, que su dependiente le representa, el poder será expreso y lo único que quedará para ser integrado de un modo tácito es la amplitud de tal poder, con ello quiero decir que el tema del comportamiento del representante es decisivo para medir la amplitud de su poder de representación, en cambio para hacer nacer un apoderamiento lo decisivo es la conducta del *dominus* irá normalmente acompañada de una conducta del representante, pero ello no me parece absolutamente necesario, únicamente debe ser señalado que en la medida en que como he dicho, el apoderamiento tácito deriva de una situación del representante creada o consentida por el *dominus*, será menester que el representante haya ingresado o se encuentre colocado en tal situación, en la medida en que el ingreso o la colocación en que una situación supone unos actos de la persona situada, puede hablarse de un comportamiento del representante como elemento del apoderamiento tácito.

Existe un comportamiento positivo cuando el *dominus* es el creador de la situación cuestionada. Un comportamiento positivo existe cuando con anterioridad y repetidamente el *dominus* había autorizado a la misma persona para llevar a cabo negocios de la misma especie contra la misma contraparte.

Sin embargo una hipótesis como la descrita posee sólo el valor de una directiva y no el de una regla de alcance absoluto, si los actos anteriores fueron realizados sin un poder expreso y, no obstante ello, fueron aceptados y cumplidos por el *dominus*, no cabe duda que ello indica apoderamiento tácito para los actos subsiguientes de la misma naturaleza. Por ejemplo, se envía a un criado a efectuar las compras para el consumo ordinario de la familia, la cuestión es mucho más dudosa si los actos anteriores habían sido llevados a cabo en virtud de autorizaciones expresas y en un momento dado se omite expedir y exigir la autorización por entenderse presumida. La cuestión debe aquí decidirse según las circunstancias.

Existe un comportamiento negativo en todos aquellos casos en que la situación del representante deriva de una tolerancia del principal, si el representante viene llevando a cabo de manera repetida actividades representativas, que el principal conociéndolas ha tolerado, la existencia de un tácito apoderamiento parece clara. Lo mismo debe decidirse si, aunque no las haya conocido, hubiera debido delirantemente conocerlas de manera que en los terceros se suscite la idea de que las conoce y les da su aquiescencia.

Para que pueda rigurosamente decidirse que existe un poder de representación nacido de actos concluyentes, es menester que tales actos hayan llegado a un destinatario. ¿Quién puede decir que es el destinatario de los hechos concluyentes en que encarna el apoderamiento tácito?

Si bien se mira en este punto vuelven a contraponerse la tesis voluntariosa, subjetivista y la objetiva, si se trata de indagar o de encontrar una voluntad interna del *dominus* y un vehículo o un medio de manifestación o de exteriorización, es preciso confesar que destinatarios de tal declaración tácita pueden ser tanto el apoderado como los terceros, en cambio si la existencia de un tácito poder de representación se va a medir diciendo en qué términos se ha podido suscitarse objetivamente la confianza o la creencia, luego inatacable, de la existencia del poder, parece claro que sólo los terceros de buena fe poseen un interés proseguible y que por consiguiente, sólo aquellos actos idóneos para despertar la confianza de los terceros deben ser tenidos en cuenta.

Una concepción rígidamente objetiva debe llevarme sin duda a esta última conclusión, la cual, sin embargo, en términos absolutos, no está exenta de dificultades. No cabe duda que una concepción rígidamente objetiva desnaturaliza un poco la figura del poder de representación, entendido como situación que faculta al representante para llevar a cabo una actividad representativa, lejos de un genuino poder encomendado al agente, lo que habría en tal caso sería pura y simplemente una privación de la facultad del *dominus* de impugnar la actividad representativa por inexistencia de autorización. Dicho más claramente, la situación concluyente que el principal ha creado o ha tolerado no determinan un poder de representación, sino un *Ersatz* del poder, aun no existiendo poder, el *dominus* no puede impugnar el negocio del representante y debe dejarlo valer contra sí como si el poder hubiere existido.

No dudo que en algunos casos ocurran de esta manera, pero considero que el mecanismo del apoderamiento tácito no es siempre éste. Cabe admitir, me parece, la doble hipótesis cargando en un caso el acento sobre la voluntad interna tácitamente revelada y en otro caso sobre el alcance objetivo del comportamiento.

A) Un apoderamiento tácito manifestado por actos concluyentes del *dominus* realizados exclusivamente frente al representante. El representante queda apoderado o investido del poder en la medida en que tales actos revelan una voluntad de apoderamiento. EL tercero no tiene necesariamente que conocer de manera directa tales actos para que surja frente a él el efecto representativo, pero la producción de este último pende de la existencia razonablemente inducida de aquella voluntad.

B) Un apoderamiento tácito por virtud de un comportamiento del *dominus* ante el tercero, en tal caso más que decir que el agente a quedado apoderado, una contemplación realista del fenómeno lleva a pensar que el *dominus* ha quedado como consecuencia de sus actos *factum suum*, privado de la posibilidad de impugnar por la inexistencia del poder la actividad representativa. La situación es entonces valorada objetivamente y con independencia de la voluntad que pueda haberla guiado.

¿Es exigible, para que pueda hablarse de apoderamiento tácito, la existencia de buena fe del tercero? La idea de buena fe puede recibir aquí la doble carga de contenido psicológico y ético, que admite en la Teoría General del Negocio Jurídico. Bajo el primer aspecto la buena fe del tercero es la razonable creencia en la existencia del poder, bajo el segundo aspecto, la buena fe es una actuación diligente, me parece que es claro que si todo fundamento de la figura del apoderamiento tácito se colocaba en la necesaria protección del interés de los terceros, este interés sólo es legítimo y por ende tutelable cuando el tercero es de buena fe, esto quiere decir que la situación concluyente o situación base debe ser, de acuerdo con las circunstancias y con los usos del tráfico jurídico, no un estado de *dubia conscientia*, sino una razonable confianza en la existencia del poder, quiere decir además que el tercero, para prevalerse de la existencia de un poder tácito y por consiguiente de la producción de un efecto representativo debe haber actuado delirantemente, en este orden de cosas, no debe olvidarse que el tercero tiene la carga de comprobar los poderes del representante, por consiguiente no podrá alegar un

poder tácito en aquellos casos en que los usos imponen una autorización escrita y deberá además, cuando no exista para él un directo conocimiento de los facta concludentia investigar la existencia de la tácita declaración de voluntad del dominus y de su alcance.

Del apoderamiento tácito debe distinguirse el apoderamiento expreso, que existe en todos aquellos casos en que el juego de una presunción determina la consideración del poder como jurídicamente existente.

La presunción puede ser una presunción legal o presunción *juris*, una norma jurídica entiende el poder de representación como existente, así v.gr., al representante de un documento se le considere como un mandatario del deudor tributario, en el mismo sentido el que presenta un documento en el Registro Público de la Propiedad para obtener una inscripción o una anotación, se presume que es representante de la persona con el asiento que debe practicarse. Normalmente la presunción es *juris tantum* y admite prueba en contrario, el dominus podrá impugnar la actividad representativa demostrando la inexistencia del poder, excepcionalmente la presunción será *juris et de jure* cuando el ordenamiento jurídico lo establezca.

De un apoderamiento expreso cabe hablar también cuando la existencia del poder derive lógicamente de presunciones *facti*. Un hecho discutido, la existencia del poder es deducido en virtud de un vínculo lógico y necesario de otros hechos conocidos y demostrados, así entendido, el apoderamiento expreso coincide en muchos aspectos con el apoderamiento tácito, hasta el punto de que no es exagerado decir que las hipótesis de poderes tácitos son, en muchos casos, presunciones tipificadas. Sin embargo, apoderamiento tácito y apoderamiento expreso no deben confundirse. La presunción es un medio de prueba de una declaración de voluntad de apoderar que ha tenido que ser expresa, mientras que en el apoderamiento tácito toda declaración expresa, ha faltado por hipótesis. En la práctica ambas ideas pueden coincidir. La colocación de un encargado al frente de un establecimiento o de un negocio agrícola industrial puede ser tomada como apoderamiento tácito o como medio de prueba de la existencia de un apoderamiento expreso, v.gr., verbal si el poderdante no lo admite en confesión y no existen testigos, sin embargo en los casos de comportamiento puramente negativo, el enlace lógico entre el hecho conocido y el que se trata de demostrar no existe, no hay un apoderamiento expreso sino tácito.

Partiendo de la idea antes expuesta de que en el apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes deben concurrir como factores imprescindibles un comportamiento del apoderado, un comportamiento del poderdante que de algún modo signifique aquiescencia o consentimiento de lo hecho por aquél o de la situación en que se encuentra y la objetiva confianza en que tales actos o situaciones, de acuerdo con su significado, pueden despertar en los terceros. Considero que los casos típicos de apoderamiento tácito deben ser aquellos que presupongan una continuidad situación de gestión por parte del apoderamiento en virtud de una relación jurídica, real o aparente, que le ligue con el principal.

De esta suerte cabe esbozar los siguientes supuestos:

A) La actividad continuada de un establecimiento mercantil o de una empresa. Si una se comporta continuamente como gerente o administrador y lo hace con el conocimiento y la aquiescencia del principal, éste está obligado a permitir que los terceros consideren que tienen poder de representación dentro del ámbito de las facultades que con aquiescencia del principal venía ejercitando.

B) Puede citarse dentro de ella la actividades de los servidores domésticos y también de los diferentes miembros de la familia cuando con conocimiento del titular vengán realizando un cierto tipo de actos.

Finalmente, en relación a los límites del apoderamiento, diré que, hay que colocarlos primero en el hecho de que la actividad realizada por el apoderado se encuentre dentro del círculo de las funciones que correspondan a su oficio y en segundo lugar, en el hecho de que verosíblemente se suscite en los terceros la expectativa de que las funciones específicas que el apoderado realiza le están especialmente conferidas.

4.6 Los Actos de Riguroso Dominio y la Exigencia de Apoderamiento Expreso.

Para transigir, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita poder expreso, La inteligencia del texto en cuestión, menos fácil de lo que parece a

primera vista, impone al intérprete una doble tarea por un lado, hay que puntualizar qué se entiende por actos de riguroso dominio, por otro lado, se hace preciso esclarecer el alcance que posee la exigencia de que respecto de ellos el poder sea expreso.

Si la simetría existiera en derecho, habría que admitir que los actos de riguroso dominio, son todos aquéllos que exceden de la administración ordinaria, es decir, todos aquellos que no quedan cubiertos por el concepto de actos de administración. Para descubrir lo que debe entenderse por actos de riguroso dominio, el legislador ha ofrecido una pista, los tres tipos anteriormente mencionados que son transigir, enajenar e hipotecar. Pues bien por lo menos los dos primeros es claro que pueden ser también, actos de administración. La enajenación de los frutos es un ejemplo académico y clásico. Una transacción en que la res litigiosa sea la situación nacida de un acto de administración. Me parece que puede serlo también, piénsese en una transacción sobre la renta que adeuda el arrendatario en un arrendamiento que sea en sí mismo acto de administración, se renuncia a cobrar las rentas ya vencidas y acumuladas cuyo importe era discutido a cambio de una anticipada extinción del arriendo o de otras ventajas.

El concepto de actos de riguroso dominio, debe ser entendido en el sentido de actos de disposición, dando a esta expresión el alcance que posee en la doctrina moderna. El concepto de acto de disposición no es un concepto complementario del acto de administración, sino independiente. Un acto de disposición como es sabido, es aquel por medio del cual voluntariamente se modifica o se extingue un derecho subjetivo. Son así, actos de disposición todos aquéllos que entrañan la enajenación, transmisión o cesión de derechos, todos aquéllos que comportan su voluntaria disminución, *v.gr.*, gravamen, y todos aquéllos al medio de los cuales el derecho queda voluntariamente extinguido, *v.gr.*, renuncia.

Bajo este prisma, puede entenderse una regla, que para modificar o extinguir derechos del poderdante, el apoderado necesita un poder expreso.

En cuanto a la segunda interrogante del poder expreso, éste lo es cuando resulta de una expresa declaración de voluntad del poderdante contenida en un documento o emitida de palabra. Quiere esto decir que el poder para realizar actos de riguroso dominio puede ser documental o verbal, pero nunca de-

ducidos de hechos concluyentes, sin embargo nada autoriza a excluir el poder tácito en los llamados actos de riguroso dominio, o al menos, alguno de ellos como ya quedo explicado en el epigrafe 4.5. La admisión de un dependiente de comercio detrás del mostrador de un establecimiento implica un poder tácito para vender las mercaderías, aunque no exista ninguna expresa declaración de voluntad al respecto.

Si no quedan excluidos los poderes tácitos, habrá que confesar que la regla estudiada no impone por sí sola que cada una de las facultades en cuestión, haya sido objeto de una regla separada y autónoma atribución. Esta regla, es de una interpretación restrictiva y esta interpretación opera en varios campos:

A) El puro hecho de que exista concedido un poder de representación, en el cual las facultades del apoderado no estén especificadas o son ambiguas, no le autoriza a éste para llevar a cabo actos de riguroso dominio. La facultad de ejecutar actos de riguroso dominio no puede presumirse y sólo puede considerarse atribuida si el poderdante lo ha declarado expresamente o existen hechos concluyentes que denotan inequívocamente una voluntad en tal sentido.

B) Si el poder de representación ha sido documentado, la facultad de ejecutar actos de riguroso dominio debe constar en el poder o por lo menos, resultar necesaria del contexto del mismo y de la específica finalidad para la que haya sido dado.

C) El hecho de conferir expresa o tácitamente facultades para cumplir alguno de los llamados actos de riguroso dominio, no comprende por sí sólo la facultad de llevar a cabo los demás.

4.7 Facultades Derivadas del Poder.

El poder de representación según se conoce, es una situación que legitima al apoderado para llevar a cabo una serie de actividades que le permite, por consiguiente, realizar estas actividades y que determina que las mismas sean eficaces respecto de la esfera jurídica del principal.

El poder es siempre una situación compleja, que pertenece al terreno de las llamadas situaciones jurídicas activas, todo ello se confirma al tratarlo de configurarlo como potestad, como poder jurídico o como función. Se infiere de ello que el contenido específico del poder de representación es un conjunto más o menos amplio de facultades que al apoderado se atribuyen. Denomino facultades, en relación con los poderes de representación, a cada uno de los particulares ámbitos de actuación y de iniciativa que al apoderado se confieren u otorgan.

El poder de representación es la situación compleja y total de que se inviste el apoderado. Facultades son, en cambio, cada una de las posibilidades de actuación.

El poder de representación entraña así, una línea o serie de líneas de demarcación que separa la conducta lícita y jurídicamente eficaz del apoderado de aquélla otra que no lo es (extralimitación, abuso, etc.). Esta demarcación supone que hay actos dentro del poder o facultades que se pueden realizar y actos fuera del poder que no se pueden realizar. La demarcación del ámbito de lícita actuación del apoderado y del contenido o alcance de sus facultades puede, ente todo, producirse mediante una contemplación del acto o actos que el ejercicio del poder permite llevar a cabo.

El apoderamiento otorga al representante facultades para realizar asuntos del principal, ahora bien, lo que en un sentido muy amplio y usual pueden llamarse asuntos son, en rigor, actos jurídicos y nada más que actos jurídicos.

Considerando como una situación jurídica de carácter activo, es lícito decir que el poder de representación se ejercita, y se ejercita en todos aquellos casos en que el apoderado realiza cualquiera de los actos para los que el poder le faculta, lo mismo, según se sabe, si el apoderado actúa en nombre de su principal, que si actúa en su propio nombre.

Los actos de ejercicio del poder de representación, según los efectos que están llamados a producir y el contenido o dirección de la voluntad que tales actos pueden ser:

A) Actos de ejercicio de derechos subjetivos correspondientes al principal.

B) Actos de cumplimiento de obligaciones del principal.

C) Actos de emisión de declaraciones de voluntad constitutiva de negocios jurídicos o llamados a integrarse en negocios jurídicos.

D) Actos de emisión de declaraciones de voluntad o la adopción de un comportamiento positivo o negativo, que deban ser consideradas como actos de naturaleza no negocial.

4.8 Criterios Hermenéuticos del Poder de Representación.

En nuestro Código Civil, donde las reglas de interpretación versan acerca de la interpretación de los contratos, cabe cuestionarse si son esas mismas reglas las aplicables en materia de poderes, si sólo son aplicables alguna o algunas de ellas o si hay que acudir a otros criterios de interpretación, derivados de la naturaleza del negocio jurídico unilateral de apoderamiento y de la mecánica de la actuación del apoderado entre el principal y el tercero, lo que, de algún modo obliga a éste una cierta protección.

La interpretación de los poderes de representación parecen haberse seguido, tanto en la teoría como en la práctica, aunque la primera se haya ocupado del tema de forma más bien parva, hay varias líneas que convendría analizar:

A) La interpretación Restrictiva y Estrictamente Literal de los Poderes.

Es un criterio muy extendido en la práctica jurídica y en la jurisprudencia de nuestros tribunales. La interpretación de los poderes de representación se hace de manera exclusivamente literal o gramatical y, en la duda se opta por una interpretación restrictiva, entendiéndose excluido del poder

todo aquello que en el poder no aparezca incluido de una manera expresa y terminante.

A mi juicio, la interpretación estrictamente literal no tiene ninguna especial justificación y debe ser desterrada, tanto en materia de poderes de representación como en cualesquiera otros actos, negocios o normas jurídicas. La interpretación restrictiva puede, en cambio, presentar un esbozo de justificación en la idea de que el otorgamiento de un poder de representación, en la medida en que puede considerarse como una autoenajenación de la libertad y de la capacidad del representado, es siempre una figura excepcional y, como todas las excepciones, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Lo normal, cabe pensar, es que uno haga las cosas por sí mismo, el encomendarlas a otros es siempre anómalo. Además de ello se pueden esgrimir argumentos finalistas y de protección de intereses, una interpretación extensiva, amplia o de manga ancha de los poderes de representación es siempre peligroso, porque puede determinar para el *dominus* unas consecuencias excesivas.

Sin embargo, ninguno de estos argumentos parece decisivo, porque no se puede entender que toda representación constitutiva siempre una anomalía y porque en el orden de la protección de los intereses la línea de partida puede estar justificadamente en la protección del *dominus* o principal, pero ello no puede hacer olvidar los intereses de los terceros que contratan o que actúan con el representante.

B) La interpretación objetiva o declaratoria de los Poderes de Representación.

Es una tesis antigua, sostenida por buen número de autores, entre los cuales destaca, sobre todo, la autoridad de Danz, quien señala que en materia de poderes de representación rige la regla de que quien emite la declaración, otorgando el poder, no puede exigir, cuando el sentido literal sea dudoso, que se interprete en favor suyo, sino que ha de interpretarse a favor del tercero que contrate con el apoderado mediante el poder. Las razones que se dan para sostener esta tesis son fundamentalmente dos.

La primera concatenada con la vieja máxima *ubiti commodum ibi incommodum*, el poderdante es el favorecido por el poder, puesto que de ese modo actúa, si no tuviera la necesidad de tratar personalmente, si él es el favorecido, sobre él deben recaer en justa reciprocidad los inconvenientes.

La segunda razón estriba en el principio de la protección de la confianza jurídica. Al emitir la declaración de voluntad el poderdante crea unos signos exteriores en los que los terceros deben razonablemente poder confiar, de manera que una interpretación que frustrara esta confianza sería contraria a la buena fe. Por supuesto para que esta interpretación objetiva sea viable se requiere, una vez más, la condición de buena fe del tercero. Como dice Danz, las expresiones dudosas se interpretan a favor del tercero de buena fe. Se entiende aquí por tercero de buena fe aquel que confía en la exterioridad del poder, porque desconoce la verdadera voluntad de *dominus* o principal, si la hubiera conocido o diligentemente hubiera podido conocerlo y de este conocimiento debería deducirse otro tipo de interpretación, esta interpretación es lícita frente al tercero.

Considero aplicable a nuestro Derecho el anterior criterio *interpretatio contra stipulatorum*, la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer nunca a la parte que hubiere ocasionado tal oscuridad, que en este caso es el poderdante.

Me parece que, efectivamente en relación con los terceros que son de buena fe la interpretación de los poderes de representación debe ser normalmente objetiva. Sin embargo, no creo que el criterio objetivo se reduzca al principio de buena fe y a su aplicación práctica en la *interpretatio contra stipulatorum*, no existe inconveniente de principio para que jueguen equilibradamente todos los criterios de interpretación objetiva, la interpretación sistemática, la interpretación usual o la interpretación más adecuada para que el negocio produzca efectos o principios de conservación.

Sin embargo, todo ello no excluye una posible interpretación subjetiva o de búsqueda de la voluntad real del poderdante. Esta no es lícita cuando trata de esgrimir la propia voluntad frente a un tercero que sea de buena fe, más él quiere decir a contrario que la interpretación subjetiva no encuentra, en cambio, ningún obstáculo en los dos siguientes casos:

A) Cuando la esgrima el poderdante, o en nombre o por cuenta de éste el apoderado, frente a un tercero que no merezca rigurosamente la calificación de tercero de buena fe, porque conoció o diligentemente debió conocer la voluntad real de aquél.

B) Cuando el criterio hermenéutico sea esgrimido por el tercero frente al poderdante, y en este caso con independencia de que el tercero pudiera, al contratar o tratar con el apoderado, ser más o menos ignorante. También a esta conclusión lleva el principio general de buena fe, porque no sería justo que el poderdante se opusiera a una interpretación de indagación de su propia voluntad, en este sentido creo que cabe el llamado comportamiento interpretativo en actos coetáneos y posteriores. Así puede recurrir el interprete, para fijar las palabras del documento, al comportamiento del poderdante, de carácter positivo o de carácter permisivo, v.gr., su actitud ante los actos del apoderado. Si el comportamiento concluyente puede servir para fundar un apoderamiento tácito, no veo inconveniente para que sirva también, por vía interpretativa, para fijar su exacto contenido.

4.9 Clasificación y Amplitud del Poder.

En nuestro derecho civil, el poder puede ser general y especial, según disponen los arts. 2553 y 2587 del C.C. respectivamente, y aquél, limitado o ilimitado. De poder general se habla cuando comprende todas las facultades necesarias al apoderado para realizar todos los negocios del poderdante.

Son poderes generales los contenidos en los tres primeros párrafos del art. 2554 del C.C., cualquier otro poder tendrá el carácter de especial.

Ahora bien, nuestro Código Civil distingue tres clases de poderes generales, a saber: para pleitos y cobranzas, para los actos de administración y para actos de dominio. En los poderes generales para pleitos y cobranzas, según dispone el párrafo lo. del art. 2554 del C.C., bastará que se diga que se otorga como todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley para que se

entiendan conferidas sin limitación alguna. En los poderes generales para actos de administración de bienes, debiéndose tomar esta expresión en el más amplio sentido jurídico, para comprender no sólo los bienes materiales, sino los créditos, las negociaciones, la propiedad intelectual, etc., dice el art. 2554 párrafo segundo, "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 el tercer párrafo del mismo artículo dispone: "bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga toda las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos".

Requieren cláusula especial conforme a nuestra ley, además de los casos enumerados expresamente en el art. 2587 del C.C., o sea, para desistirse, transigir, comprometer en árbitros, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes, recusar y recibir pagos, y otros de la misma naturaleza procesal exigidos por distintas leyes como son: presentar denuncias y querellas penales y otorgar perdón en estas últimas, desistirse del juicio de amparo, art. 14 de la Ley de Amparo. Las limitaciones indicadas en el art. 2587 del C.C. serán oponibles al apoderado general para pleitos y cobranzas si el poder relativo no dice expresamente que se otorga "con todas las facultades ... especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley", en cambio, si tal frase quasi sacramental se inserta, el poder general las comprende. Ahora bien, a pesar de la frase, se requiere enumerar aquellas facultades que requieren cláusula especial según otras leyes, y sólo cuando todas éstas se incluyan podemos hablar de un poder general ilimitado.

Por lo que se refiere a los poderes generales para actos de administración y dominio, igualmente, no rige la fórmula que indica el párrafo 1o. del art. 2554 " bastará que se diga que se otorga con todas las facultades ... especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna", ya que hay limitaciones que sí exigen cláusula especial, por lo que a pesar de ser generales y comprender la amplia gama de actos descritos en las definiciones legales de los párrafos segundo y tercero del art. 2554, serían poderes limitados sino incluyen facultades especiales respecto a actos de administración y dominio para los que ciertas leyes especiales requieren cláusula especial. Tal sería, para ambos casos, la facultad de suscribir títulos de crédito para lo cual el art. 9 de la L.G.T.O.C., exige un poder especial, salvo que se trate de gerentes o admi-

nistradores de sociedades, según dispone el art. 85 de la misma ley.

Los poderes generales comprendidos en el art. 2554 del C.C., o sea los del segundo y tercer párrafos se refieren a actividades económicas de contenido patrimonial, y no a actos personales o familiares, como serían el caso por ejemplo de la celebración de matrimonio, acto solemne para el que se requiere un poder especial. Los actos personalísimos en cambio, no pueden ser materia u objeto de apoderamiento y así no cabe poder alguno para otorgar testamento, nombrar herederos, promover divorcio por mutuo consentimiento, reconocer un hijo nacido fuera de matrimonio y ejercer la patria potestad o la tutela.

La distinción entre actos de administración y de dominio, para el efecto de determinar el alcance del poder general respectivo que se otorgará, es difícil de precisar a priori, dependerá del caso concreto y sobre todo de la actividad normal del poderdante. Si éste es titular de una empresa, los actos de administración comprenderán todo lo que constituya el objeto propio de ella y que no esté reservado legalmente, por cláusula estatutaria o por acuerdo a un órgano de la empresa. El apoderado general para actos de administración que no sufriera limitaciones, consecuentemente, tanto puede realizar actos de gestión ordinaria, celebración de contratos de trabajo, de distribución, etcétera, como de compra y venta de bienes con los que la empresa o la sociedad comercie normalmente, pero no puede celebrar actos de dominio respecto a bienes que aunque relacionados con la actividad de la empresa no constituyan su actividad principal y normal, ni de aquellos otros que constituyan parte del activo fijo de la negociación. Para la celebración y ejecución de estos actos se requieren el poder general para actos de dominio y tratándose de sociedades la venta o cesión del activo fijo requiere, usualmente, de acuerdo a la Asamblea. En la práctica para ampliar las facultades del apoderado se suelen conferir ambas atribuciones de administración y dominio en los poderes generales que se otorgan a la misma persona.

Si se trata de personas físicas no comerciantes ni titulares de una empresa, los poderes generales de administración son raros y su alcance más fácil de precisar por lo restringido de la actividad de administración que el propio poderdante tuviere que realizar, sin embargo, facultarían al apoderado para celebrar contratos de arrendamiento, de trabajo, v.gr., del personal doméstico, chofer, de depósito de dinero o de títulos, pago de contribuciones celebración de convenios

fiscales, etcétera, pero no de compra y venta de valores, por ejemplo para las que se requeriría facultades de dominio. En cambio, los poderes generales de dominio facultarían al apoderado para celebrar toda clase de actos traslativos, o que puedan tener tal carácter, v.gr., derecho de voto, de dar en prenda o hipoteca, de avalar, de endosar en garantía, para actuar como dueño comprando y vendiendo de todo el patrimonio del poderdante, pero no para la celebración de un arrendamiento, acto de administración no traslativo, o para negocios gestorios. Como en caso de los poderes generales de sociedades y empresas, los que se otorgan por particulares suelen comprender las facultades de administración y las de dominio.

En cuanto a los poderes especiales, por exclusión, son todos los que no sean generales en los términos de los tres primeros párrafos del art. 2554, según lo establece el art. anterior, 2553, también se considera poderes especiales aquellos en que se inserten limitaciones a las facultades generales que indican dichos tres primeros párrafos del art. 2554, y ello por disposición del penúltimo párrafo de este mismo precepto.

Los poderes generales deben otorgarse en escritura pública, o bien en carta poder firmada ante dos testigos y certificadas las firmas del otorgante y los testigos ante el notario, cónsul que actúe como notario o autoridad judicial o administrativo, según dispone el artículo 2555 del C.C.,

Tratándose de poderes especiales, salvo que el negocio para el que se confiera requiera como formalidad la escritura pública, o el interés de él sea de cinco mil pesos o más, puede otorgarse en escrito privado firmado antes dos testigos, sin que sea necesaria la ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para el que se confiere excede de doscientos pesos y no llegue a cinco mil pesos, art. 2556 del C.C. Puede el poder especial ser verbal y no escrito cuando dicho interés no excede de doscientos pesos.

Los requisitos formales indicados, tanto de los poderes generales como de los especiales, son *ad substantiam* ya que su omisión acarrea la nulidad del poder y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario apoderado como si éste hubiese obrado en negocio propio, art. 2557 del C.C., si todos los interesados hubieran procedido de mala fe ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato, arts. 2555 y 2229 del mismo código. Por último, la nulidad por

falta de forma, es relativa, ya que se extingue por la confirmación del acto, art., 2231 del C.C., y cualquiera de las partes puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley, art., 2232 del mismo ordenamiento legal.

Finalmente, es frecuente que se otorgue poder, e inclusive mandato irrevocable en un contrato bilateral que no sea, inclusive, de mandato, sino un contrato distinto, de compraventa, de alquiler, de depósito, de distribución, de prestación de servicios, etcétera, para el efecto de que el apoderado realice ciertas obligaciones a cargo de una de las partes contratantes. La cláusula de poder relativa en estos casos es perfectamente legítima y válida, aunque no se cumplan los requisitos de forma requeridos para los poderes especiales en los arts. 2555 y 2556, dada la presencia y suscripción de las dos partes del contrato que son, normalmente, los únicos interesados en la representación conferida, si así no fuera, es decir, si el poder que se otorga en un contrato tiene efectos y ha de ejercitarse frente a terceros, las formalidades indicadas habrán de ser cumplidas.

4.10 Extensión o Límites del Poder.

La cuestión de la extensión del poder es siempre un problema de interpretación de voluntad, de tal modo que cuando el poderdante restringe la declaración de apoderamiento, dando al apoderado determinadas instrucciones e imponiéndole la necesidad de sujetarse a las que le habrá de dictar en su día, hay que indagar si en la intención del poderdante, tales instrucciones tienen el carácter de una propia limitación del poder o meramente el de instrucciones internas que restringen el poder, poniendo límite a la actividad lícita del apoderado, pero que no afectan a la extensión y ámbito del poder de representación ni entorpecen consiguientemente, la capacidad de obrar del apoderado.

También la extensión del poder se rige, en principio, por el contenido del apoderamiento, pero no según sus fines específicos resultantes de la relación interna. No obstante, ha de recurrirse a ésta conjuntamente para la interpretación del apoderado.

La idea de límite referida al poder de representación es utilizada para designar el punto o la línea de separación

ción entre las facultades que le son concedidas al apoderado y por consiguiente lo que le es permitido y lícito realizar con efectos para el poderdante y aquellas otras facultades que el apoderado no posee y que por consiguiente entrañan actos cuya realización no va a ser acompañada de una eficacia directa e inmediata para el principal. Es claro que el apoderado no puede rebasar los límites de su poder y que una actuación que vaya más allá de los límites es, por definición, una extralimitación, de manera que sólo si el poderdante la ratifica será eficaz para éste.

Los límites operan ante todo como una declaración de contenido negativo, cuando expresamente se consignan los actos que el apoderado no podrá realizar. Aunque esto no sea normal ni frecuente. Por ejemplo, se dice que no podrá hipotecar o que no podrá conceder préstamos superiores de determinada cantidad; los límites operan como una hipótesis de declaración de ese contenido negativo a partir de la concreta previsión de los supuestos de hecho respecto de los cuales es admisible el ejercicio de las facultades concedidas, v.gr., si se dice que podrá constituir hipotecas en favor de Bancomer o que podrá concertar préstamos con las cajas de ahorros, explícitamente se está afirmando que no puede constituir hipotecas en favor de otras entidades bancarias o particulares o concertar préstamos con otros.

Cuando no existe una declaración negativa, ni una expresa justificación del supuesto de hecho negativo de admisibilidad del ejercicio de las facultades concedidas, los límites del poder se confunden con la declaración genérica de facultades, de manera que es el conjunto de facultades lo que constituye, por su otra cara, el límite del poder, en cuanto delimitan su ámbito. Sin embargo no debe olvidarse, que como se acaba de ver, la determinación del alcance y del significado de esta declaración, queda sujeta a un proceso interpretativo, de suerte que a fin de cuentas el tema de la delimitación del poder es también una cuestión hermenéutica.

Diferentes de los límites del poder son las instrucciones del principal o representado, las instrucciones son directrices o líneas de orientación sobre el cumplimiento de la actividad representativa que imponen al agente o representante un deber de obediencia la distinción entre límites e instrucciones, no es sin embargo tarea difícil, ni desde un punto de vista teórico, ni menos aún en su aplicación práctica.

En un límite teórico se ha dicho que los límites forman parte de la llamada relación externa, mientras que las instrucciones pertenecen al terreno de la relación interna.

Este punto de vista no es sin embargo absolutamente seguro, si lo que quiere significarse con ello es la irrelevancia de las instrucciones para el tercero, queda en la penumbra el problema de las instrucciones efectivamente conocidas por éste. Los límites del poder por otra parte, repercuten en la llamada relación interna en cuanto configuran el alcance de ésta y de la responsabilidad que en virtud de ella asumen las partes.

El dualismo relación externa-límites y relación interna-instrucciones apunta hacia un objetivo certero, si bien llevo a matizarlo con plena precisión, en rigor los límites operan como líneas de determinación del poder o de las facultades del apoderado, con esto se quiere decir que la actividad del apoderado es o no eficaz, cualquiera que sea la calificación que merezca en orden a su licitud. Dicho de otro modo, dentro de los límites el apoderado puede actuar y su actuación es eficaz, fuera de los límites no puede actuar y su actuación, por tanto, no es eficaz.

Las instrucciones, en cambio, no merman el ámbito del poder, sino que constituyen para el apoderado un deber o una obligación la de observarlas o cumplirlas. Quiere decir que vulnerando las instrucciones, pero dentro de los límites el apoderado puede actuar y actúa eficazmente, si bien infringe una obligación e incurrir por ello en responsabilidad.

La finalidad perseguida por el poderdante con el apoderamiento es un factor de gran importancia no solamente para interpretar aquél sino para establecer sus límites. Esta conclusión tiene, sin embargo, que matizarse. La finalidad, dado el carácter unilateral del negocio de apoderamiento, en principio no es otra que un propósito individual del poderdante que puede no trascender, ni incorporarse al negocio de apoderamiento, aun cuando se hubiera exteriorizado puede ocurrir también que esta exteriorización se haya producido sólo en relación con el apoderado.

Tanto en uno como en otro caso parece bastante que el fin perseguido con el apoderamiento no puede operar como límite de éste con relación con los terceros, para quienes el fin

del apoderamiento únicamente limitará el poder cuando les hubiera sido conocido, bien porque se hubiere incorporado al propio poder la expresión de su finalidad, bien porque la finalidad hubiera sido comunicada al tercero o bien porque, de cualquier otro modo, el tercero hubiera llegado a conocerlo. En cambio la finalidad del apoderamiento comunicada sólo al apoderado permanece en el terreno de las instrucciones internas, la finalidad ni siquiera exteriorizada tiene que ser considerada como irrelevante.

Las facultades del apoderado serán las que el poderdante haya señalado en el poder, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración, siendo necesario que exista autorización expresa para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio.

Frente a terceros tiene plena eficacia vinculante la actuación del apoderado según los términos en que está redactado el poder, aunque por razón del vínculo subyacente, que existe entre apoderado y poderdante aquél debe seguir las instrucciones que éste le haya dado, respondiendo ante él, en caso contrario, de su actuación.

4.11 Extralimitación del Poder.

El problema en el terreno del exceso o extralimitación del poder hay que resolverlo a base de la interpretación del contenido del apoderamiento, mediante la aplicación analógica a este acto jurídico unilateral de las normas legales dictadas para la interpretación de los contratos.

El abuso o desviación del poder de representación se puede producir cuando el apoderado, obrando formalmente dentro de sus límites usa conscientemente el poder para la realización de un fin discordante con aquel para el que le fue conferido, y, en especial, para la satisfacción de intereses propios del mismo o de un tercero. Los que sí pueden entrar en conflicto o colisión con el del poderdante, debiéndose tener en cuenta que ni es inexistente ni adolece de nulidad absoluta y radical el contrato celebrado por el apoderado con abuso de poder.

La extralimitación en el uso del poder, que hubiere cometido el apoderado, vulnerando particulares convenios estipulados con el poderdante que le limitaban su poder, no pueden trascender en su eficacia, a quien de buena fe contrató con él, ya que, de otra manera, la seguridad jurídica que se persigue en los negocios quedaría frustrada a voluntad del contratante que obrase con mala fe.

4.12 Sustitución y Subapoderamiento del Poder.

Puede el representante sustituirse a sí mismo y designar a otra persona para que ésta realice la totalidad o una parte de la actividad representativa que a él le había sido confiada. La doctrina ha puesto acertadamente de relieve cómo la cuestión que se suscita en torno a la posibilidad o a la admisibilidad de la sustitución en la representación aparece en sede teórica como una cuestión de armonización entre dos principios que al menos *prima facie* parecen antagónicos.

El primero es el principio según el cual la esencia de la representación radica en la confianza que al principal o *dominus negotii* le merece su representante, de lo que deriva, como ya he puesto de relieve la existencia de un *intuitu personae* y, por consiguiente una exigencia de personalidad de la actividad representativa.

El segundo principio puede ser definido como la idea de la máxima eficacia de la representación y de la conveniencia de la fungibilidad de la actuación representativa.

Hupka dice, que toda actuación de derecho, que no sea equiparable por su carácter personalísimo con el contenido de un contrato de actividad representativa, permite la transmisión del acuerdo por parte de lo acordado a otra persona, pero que la mayor parte de los negocios jurídicos son al mismo tiempo de tal naturaleza que su ejecución está condicionada por la actividad de quien los ejecuta. De esta suerte hay dos principios antagónicos en juego, que son el de la confianza y el de la fungibilidad del actuante. (76)

(76) Josef Hupka. La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos. Revista de Derecho Privado. 1930. Madrid, ESPAÑA p. 192.

Efectivamente, *prima facie* la representación está montada sobre la confianza que al principal le merece su representante y esta confianza es intransferible. El principal concede su representación a una persona en atención a las cualidades que esta persona posee y no le es indiferente que sea una u otra la que realice la actividad representativa. De esta idea parece deducirse la consecuencia de que la sustitución de la persona del representante ha de ser conocida y consentida por el principal. Sin embargo, frente a la regla de la intransferibilidad de la confianza se alza lo que antes se ha denominado el principio de la máxima eficacia práctica y la posible fungibilidad de la actividad representativa.

Si no fuera posible la sustitución de poder, cualquier impedimento en la persona del representante podría paralizar la actividad representativa con grave daño de los intereses del representado, recabar la autorización de éste para la sustitución es algo que no siempre es posible o por lo menos obtenerlo con la necesaria rapidez y urgencia en que el desempeño de la actividad representativa requiere, piénsese en los casos, no infrecuentemente, de que el poderdante se encuentra en otro país o en paradero de difícil localización, de tal manera que la comunicación con él imponga un retraso a la negociación encomendada. Ocurre, además que determinadas actividades de representación pueden ser llevadas a cabo indiferencialmente por cualesquiera persona.

Por todas estas razones, la sustitución del representante no puede quedar impedida y ningún ordenamiento la prohíbe con carácter absoluto. El problema es, como casi siempre suele ser, un problema de límites y eficacia, se trata, por tanto de saber bajo qué límites o en qué condiciones es válida una sustitución y qué consecuencias produce una sustitución que traspase dichos límites o condiciones.

El Código Civil no señala en todo su articulado referente al mandato ninguna diferencia entre la transmisión del mandato y su sustitución o delegación, pero varias sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de acuerdo con la doctrina científica jurídica dan a conocer que la transmisión se opera cuando el apoderado obrando en nombre del poderdante y en virtud de facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del poder y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del poderdante, en relación directo con él, en tanto que por la

delegación o sustitución del apoderado hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del apoderamiento, mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse en ninguna de estas formas de delegación de sus relaciones jurídicas con el poderdante para con el cual es responsable del sustituyente de los actos de estos auxiliares que designa por propia iniciativa.

Hay que distinguir la sustitución que tiene el carácter que la doctrina denomina sustitución en sentido propio o transferencia, de la delegación o subapoderamiento.

Bajo la expresión de sustitución se suelen incluir y muchas veces confundir, diversas situaciones por la cuales una persona puede actuar por el representado sin ser el representante nombrado de forma directa. Considero que para aclarar esto es necesario realizar las consideraciones siguientes:

A) Nombramiento de Apoderado por el Representante en nombre del Representado. Si en virtud del contenido del poder, el representante está facultado para nombrar otro representante, este último se considera como nombrado por el propio representado. Los actos realizados por este segundo apoderado vinculan, cuando actué dentro de las facultades concedida al *dominus*. A este segundo o ulterior representante se le puede conocer con el nombre de subapoderamiento o subrepresentante.

B) Nombramiento de Apoderado por el Representante en Nombre Propio a diferencia del caso anterior, puede el mismo representante nombrar por propia iniciativa otro representante, que no recibe el encargo por cuenta del representado y, por tanto, hay que considerar a este negocio de apoderamiento como ajeno al ámbito del poder primero. El segundo apoderado es representante del representante, y a esta figura se le suele conocer como sustitución.

Nuestro Código Civil aborda el problema de la representación en relación con el contrato de mandato y permite que el mandatario pueda nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido. El mandatario responde de la actividad representativa del sustituto:

A) Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.

B) Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

De tal suerte se cierran las reglas dedicadas a la materia que ahora contemplo diciendo que lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo, y en los casos comprendidos en los incisos anteriores puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.

Frente a los preceptos mencionados cabe plantear una cuestión las normas relativas a la sustitución del mandatario ¿se aplican también, de manera general a toda sustitución en cualquier tipo de representación, aunque ésta no se encuentre ligada a un contrato de aquel tipo, toda vez que cabe admitir la existencia de una analogía o, si se prefiere decirlo así, cabe entender que la disciplina normativa del mandato es la sede material de los principios de nuestra Codificación en punto al instituto de la representación? O bien, ¿la sustitución en el poder de representación debe ser objeto de un tratamiento autónomo, inspirado en sus propios principios, toda vez que el poder es siempre una figura independiente del mandato?.

La Doctrina ha planteado pocas veces el problema de una manera frontal, dándolo normalmente por supuesto.

En el fondo, toda la discusión no es más que un reflejo de la polémica en torno a la distinción entre mandato y poder, y, si se prefiere mandato y representación, la distinción en sede teórica y práctica es legítima, si bien la regulación del contrato de mandato es la única disciplina legislativa que poseemos, lo que nos obliga a recurrir continuamente a ella. Este recurso no es, ni debe ser, sin embargo una indiscriminada aplicación analógica sino una búsqueda a través de ella, de las reglas atinentes al fenómeno unas veces más amplio y otras más estricto del poder.

Existe sustitución cuando un apoderado o un mandatario concede a su vez, a otra persona todas o algunas de las facultades representativas de que él se encuentra investido.

Porpeta clasifica la sustitución, separando dos figuras distintas, a las cuales llama sustitución en sentido pro-

pio o por vía de transferencia o traspaso o subapoderamiento o delegación subordinada. La sustitución del poder en sentido propio y específico consiste en un traspaso de facultades no revocables que el apoderado efectúa en favor de una tercera persona, quedando él en virtud de tal acto automáticamente fuera de la relación jurídica que mantenía con el *dominus negotii*. Equivale a una sucesión traslativa y elimina, por lo tanto al apoderado de toda posible actuación futura directa o indirecta en los negocios del *dominus*. (77)

El subapoderamiento en cambio es una delegación revocable, que deja intacta la posición del apoderado y que le permite además de conservar su primitivo poder, comportarse desde todos los puntos de vista, frente al subapoderado como un verdadero poderdante.

A una conclusión parecida llega Gullón Ballesteros cuando señala que en el subapoderamiento se trata de un supuesto en el que el representante nombra a su vez, otro representante, no suyo sino del principal. El subapoderamiento es una relación jurídica que depende de todo momento de la relación principal y por ello cualquier vicisitud de ésta le afecta inmediatamente, en especial hasta la extinción. En cambio, dice Gullón, una figura distinta del subapoderamiento es la sustitución propiamente dicha, aunque en el subapoderamiento hay una sustitución en sentido lato, en la sustitución propiamente dicha hay un traspaso y un nuevo representante, nombrado por el anterior y recibe las facultades que éste tenía, de manera que el apoderado inicialmente nombrado por el principal desaparece de la escena jurídica y su lugar lo ocupa el sustituto. (78)

Hay que confesar que la distinción ente las diferentes especies de sustitución es, en cualquier caso, menos clara y dista mucho de existir al respecto unanimidad en la doctrina. Es cierto que el fenómeno que puede denominarse de sustitución en sentido amplio, es decir, cuando el representante para llevar a cabo el encargo a él conferido por el *dominus* se sirve de una tercera persona a la cual a su vez confiere un poder de representación, puede dividirse en hipótesis diversas, entre las cuales existen divergencias notables tanto en el modo como las partes configuran al supuesto como en las consecuencias jurídicas que de él pueden derivar, los criterios que han sido manejados son también diferentes por lo que conviene deslindarlos con alguna nitidez.

(77) Porpeta *apud*, Josef Hupka, *ob. cit.* p. 194.

(78) Gullón Ballesteros *apud* Josef Hupka, *ob. cit.* p. 194.

Ante todo el carácter singular o general de las facultades que le son conferidas al sustituto no parece un criterio decisivo en el punto que a mi me ocupa ahora. El hecho de que al sustituto se le confieran unas facultades o un poder iguales a los del representante inicial o más o menos restringidos, puede servir de base para distinguir entre las sustitución total o una sustitución simplemente parcial, pero nada más.

Por otra parte, el hecho de que el representante inicial quede liberado de su función o encargo o lo conserve, tampoco parece un criterio decisivo para distinguir entre sustitución en sentido propio y subapoderamiento. Sirve, en cambio, para separar la sustitución acumulativa de la sustitución extintiva o transferencia del poder.

En otro sentido conviene no perder de vista que para que pueda hablarse de sustitución como de subapoderamiento, es preciso que el representante confiera al sustituto un poder más o menos amplio para representar al *dominus* y que, por consiguiente, si el representante confiere poder ser representado él mismo, la hipótesis ante la que nos encontramos no tiene nada que ver ni con la sustitución ni con el subapoderamiento, lo que podría denominarse el representante del representante no es técnicamente ni un subapoderado ni un sustituto.

Una puntualización de los rasgos diferenciales entre sustitución plena y subapoderamiento permiten aclarar el régimen jurídico de una y otra figura:

A) En la transferencia del poder o sustitución plena, se extingue la relación entre el principal y apoderado-sustituyente y el sustituto queda en relación directa y única con el principal.

En los casos de subapoderamiento la relación jurídica media entre apoderado y subapoderado, sin perjuicio de los afectos del acto representativo que continua dándose en servicio del *dominus*. Sin embargo se debe entender que en todo caso de sustitución autorizada, hay relación jurídica directa entre el principal y el subapoderado, sin perjuicio de que el apoderado pueda ser responsable de la actividad de aquél.

B) Hecha una transferencia de poderes no cabe que el sustituyente nombre un nuevo apoderado. En cambio, si se ha otorgado un subapoderamiento pueden seguir otorgándose todos los que se quieran a favor de otra u otras personas, mientras se mantenga en vigor el primitivo poder.

C) En la sustitución plena, el primitivo poder se extingue y se extingue la relación jurídica representativa entre apoderado y principal y se crea una nueva relación jurídica.

El subapoderamiento, en cambio es una relación jurídica subordinada y dependiente de la subsistencia del primitivo poder. La revocación del primer poder, su renuncia o la muerte o inhabilitación del apoderado determinan la extinción del subapoderamiento.

D) Si el sustituto rebasa los límites de su poder, en la sustitución sólo el *dominus* puede ratificar. En el subapoderamiento, la ratificación podrá ser hecha tanto por el *dominus* como por el apoderado sustituyente, siempre naturalmente que el acto extralimitado estuviera comprendido dentro de las facultades de este último.

C) En los casos de sustitución, el *dominus* puede revocar el poder y sólo él puede revocar el poder. En el caso de subapoderamiento el sustituyente, pero, al ser en definitiva tanto el sustituyente como el subapoderado, instrumentos del *dominus*, no se ve especial dificultad para que éste también revoque los subapoderamientos manteniendo en vigor incluso los apoderamientos.

Por otra parte, y en relación a la declaración de voluntad de la sustitución, esta es emitida por el apoderado sustituyente y constitutiva de un negocio jurídico que es también de naturaleza unilateral y recepticia. En orden a su eficacia se puede repetir la polémica, que ya examine en su momento al hablar del apoderamiento, en punto a si ha de ser destinatario de la declaración el sustituto o el tercero con quien en nombre del *dominus* haya de contratarse. En cambio no parece que para la eficacia de la sustitución haya de serle ésta notificada o comunicada al *dominus*. Existirá, sin duda un deber de información del apoderado y una responsabilidad en caso de in-

cumplimiento de tal deber, pero la notificación de la sustitución no parece condición de eficacia de ésta.

En cuanto al ámbito de delimitación de la sustitución se pueden distinguir diferentes hipótesis:

A) La sustitución puede encontrarse expresamente prohibida por haberlo manifestado así el *dominus*. La prohibición de la sustitución puede basarse en las circunstancias del caso.

Si la sustitución se considera prohibida ha de considerarse inválido el nombramiento de sustituto, tanto si ha sido hecho por vía de sustitución en sentido propio como si se trata de un subapoderamiento e inválido igualmente lo hecho por el sustituto.

B) La sustitución puede encontrarse expresamente permitida, en este caso, entre las facultades que el principal concede a su apoderado se comprende la de sustituir el poder y nombrar sustituto. Es claro que entonces la sustitución es admisible, sin embargo es menester realizar algunas distinciones.

En principio se entiende, que la simple facultad de sustituir el poder debe considerarse limitada al otorgamiento al que antes he llamado subapoderamiento, para que se produzca sustitución en sentido propio con completa transferencia, será menester que aquello se deduzca claramente de los términos de las facultades conferidas, en segundo lugar es preciso subdistinguir también según que al conferir las facultades para sustituir el principal haya determinado la persona o personas de los posibles sustitutos, *v.gr.*, el apoderado podrá sustituir el poder siempre que lo hagan las personas A, B y C o que se haya facultado para la sustitución sin indicación de la persona del sustituto. Si la sustitución está autorizada por el principal con indicación concreta de los sustitutos posibles, es claro que no podrá sustituirse en favor de otra persona y que esta sustitución será inválida y además que realizada la sustitución en favor de los indicados o de alguno de ellos la responsabilidad de la actividad representativa del sustituto recae sobre éste y no sobre el sustituyente.

Si se ha autorizado la sustitución, pero no hay indicación de sustituto, el apoderado sustituyente asume un deber de diligencia *in eligendo*, en principio hay que entender que si se autoriza la sustitución y no se indican las personas de los sustitutos se le deja al sustituyente en libertad de hacer la designación y sólo responde en la medida en que su elección haya sido negligente.

C) La sustitución puede no estar autorizada y no prohibida, en este caso la doctrina propende a considerar que la solución es la misma que en la sustitución autorizada sin indicación de personas. El apoderado puede sustituir, pero responde de la actividad del sustituto.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1819, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2935, que a la letra dice:

SOCIEDADES. MANDATARIOS. Si una escritura de sustitución de poder se otorga con todos los requisitos que la ley establece, dando fe al notario del testimonio de la escritura, de mandato que se sustituye, transcribiendo la cláusula en que se concede la facultad de sustituir, y enumerando las facultades que se otorgan al mandatario sustituto, no puede decirse que el notario expide certificaciones de actos o hechos que no constan en su protocolo.

4.13 Extinción del Poder.

Nuestro Código Civil no contiene ninguna regulación especial de esta materia, por lo que es preciso una vez más acudir a las reglas del contrato de mandato.

Fundada la relación representativa en el *intuitu personae* y en la confianza, se debe entender que se extingue al desaparecer esos factores. Esto explica que se dé un papel primordial a la voluntad unilateral de cualquiera de las partes y que se produzca la extinción también por desaparición del sus-

trato subjetivo o por una alteración sobrevenida de circunstancias personales especiales relevantes de cualquiera de ellos.

Las causas recogidas en los artículos del mandato son típicos, pero considero que no son las únicas que se pueden establecer, fuera de ellas y con independencia de dotar lo que antes se le ha llamado una modificación sobrevenida de las condiciones personales de los sujetos de una mayor amplitud de la que en texto legal tiene, creo que puede considerarse también como causas de extinción de poder de apoderamiento las circunstancias que modifiquen sustancialmente la base objetiva del negocio. Así si el encargo representativo se dio para asuntos concretos, parece claro que debe entenderse acabado al quedar aquellos asuntos resueltos. Del mismo modo, si explícita o implícitamente el poder estaba sometido a un término de vigencia. La llegada del término hace que la extinción se produzca.

La extinción de la relación representativa por la muerte del poderdante o apoderado es de carácter personal y sólo excepcionalmente cabe pensar en un poder que subsista no obstante la muerte y que continúe en el sucesor o heredero. Así, en el Código de Comercio se entiende subsistente la representación del factor mercantil a pesar de la muerte del poderdante, titular del establecimiento o empresa.

La regla general de la extinción del poder y de la representación por muerte de cualquiera de las partes. Esta regla presenta, sin embargo, algunas especialidades en orden a su efectos, así lo hecho por el apoderado ignorando la muerte del poderdante, es valido y surte sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

Aunque la regla se encuentra establecida en función de la buena fe de los terceros, parece que no es esta la única condición de su aplicación, sino que son dos: la ignorancia del apoderado y la buena fe de los terceros, no se puede aplicar, aunque rigurosamente debería ser así, por haber permitido la subsistencia de los signos aparentes creados por el fenómeno representativo.

En los casos de muerte del apoderado se establecen deberes liquidadores a cargo de los herederos. Los herederos deben poner la muerte de su causante, el mandatario, en conocimiento del poderdante, lo que es un puro deber de notificación y además proveer entre tanto lo que las circunstancias exijan

en interés de éste. Lo que puede entenderse como puros deberes de carácter conservatorio o puede entenderse como un deber de continuar la tramitación de la actividad representativa si el interés del poderdante así lo exigiere. En tales hipótesis se puede dudar si la actuación de los herederos del apoderado está fundada en el propio poder o si es, en cambio una cuestión de negocios ajenos y si requiere o no la ratificación.

La interdicción es otra de las causas de extinción del poder, esta interdicción plantea algún problema interpretativo. Puede pensarse que se refiere a la hipótesis estricta de la interdicción civil, como han entendido algunos autores, o que se refiere también a los demás tipos de incapacitación, aún cuando ésta obedezca a otras causas, *v.gr.*, incapacidad sobrevenida por demencia o prodigalidad. Este último punto sostenido por Ennecerus es el que me parece más acertado, este autor afirma que la expresión del Código Civil procede de la utilización de la palabra francesa interdicción, que equivale a lo que nosotros llamamos en sentido amplio, incapacitación. (79)

En resumen, los modos de extinción del poder son los casos previstos por el art. 2595 de C.C.

4.14 Revocación del Poder.

Vuelve aquí, en tema de revocación, el viejo leitmotiv de la distinción entre mandato y poder. La distinción entre revocación del mandato y del poder de representación parece admisible en sede teórica. Cabe *prima facie* escindir una y otra figura. Existe revocación del poder en todos aquellos casos en que la relación subyacente entre poderdante y apoderado sea distinta de la relación de mandato. Si el poder se funda, *v.gr.*, en una relación de trabajo o en una relación de sociedad, puede existir revocación del poder. En cambio no existirá revocación del mandato porque no hay entre representante y representado una relación de este tipo. Aunque la relación entre representante y representado sea de mandato, cabe admitir una revocación del poder que no comparte al mismo tiempo revocación del mandato.

El poderdante decide, por ejemplo, privar al apoderado de la facultad de concluir negocio jurídico en su nombre o

(79) Larenz, *ob. cit.* p. 808.

por su cuenta, pero desea que continúe realizando actividades de gestión en su favor e interés, v.gr., auxiliándole en la administración, si bien sometiendo los asuntos a la decisión final o firma del principal o de otro apoderado.

Los teóricos de la separación tajante y absoluta entre mandato y poder admitirán también que cabe una revocación del mandato sin revocación del poder. Una declaración de voluntad del mandante que pone fin a la relación interna que le liga al mandatario, es una revocación del mandato. La revocación del poder es un acto formal destinado a destruir la situación creada por el apoderamiento. En nuestro Derecho, sin embargo, debe entenderse que la declaración de voluntad de revocación del mandato es también un acto de revocación del poder. Revocado el mandato el poder sólo puede entenderse subsistente por modo excepcional en dos casos: cuando la revocación del poder exija como condición de eficacia su comunicación a personas distintas del apoderado y cuando la revocación del poder exija especiales formalidades.

Si revocación del mandato y revocación del poder son figuras absolutamente coincidentes, la pregunta más importante que hay que hacer consistente en averiguar en qué medida la disciplina normativa prevista para la primera de ellas es o no aplicable a la segunda. Cabe sostener un punto de vista que ha sido ya varias veces apuntado, el régimen jurídico del contrato del mandato es la única disciplina normativa típica de la relación representativa, por lo que, si bien no es aplicable con todo carácter absoluto a todas las situaciones derivadas de un apoderamiento, sí hay que pensar que en ella deben encontrarse y que a través de ella deben buscarse los principios que inspiran la materia en el ordenamiento jurídico.

La revocación del mandato y por consiguientes del poder se encuentra establecida, con rango del principio en el ordenamiento del C.C., y es unánimemente admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Se discute únicamente si la revocabilidad es esencial a la relación representativa o si constituye un elemento natural de la misma que en ocasiones puede no concurrir. Sobre este tema volveré más adelante.

El fundamento de la revocabilidad parece claro. Siendo la confianza la base de la relación representativa, es justo que el representado pueda destruir aquella relación cuando esta confianza haya desaparecido. En la misma línea de pensamiento se señala también que en la relación representativa

y en la designación de un representante existe un evidente *intuitu personae*. La contemplación de la persona y de sus cualidades es esencial para el representado, sin embargo estos argumentos que bordean el problema no profundizan en él debidamente, el componente fiduciario o de confianza y el *intuitu personae* existen en muchas relaciones contractuales, v.gr., trabajo, arrendamiento de obra, sociedad, etc., en que no se admite la libre revocabilidad, la pérdida de la confianza o la inexistencia o la sobrevenida desaparición de las cualidades personales que fueron tenidas en cuenta al crear la vinculación negocial pueden justificar la ruptura de ésta, pero debe contrastarse judicialmente su producción, sin que una de las partes sea árbitro absoluto. Por otra parte, la revocación no se funda en la pérdida de la confianza o en la desaparición de las cualidades relevantes del apoderado sino en la libre y omnimoda voluntad del poderdante.

La razón de la revocabilidad hay que encontrarla en la autonomía privada, la representación y el poder no son más que causas instrumentales para gestionar intereses del *dominus*, produciendo efectos jurídicos para su patrimonio y para su esfera jurídica. El *dominus* conserva naturalmente la competencia sobre su esfera de intereses y puede gobernarla como le convenga, la libertad personal y su arbitrio supremo sobre sus intereses constituyen el fundamento básico de la libre revocabilidad.

La revocación es un acto jurídico de declaración de voluntad del representado o *dominus negotii*, se trata sin duda de un acto unilateral y recepticio. Cabe, sin embargo, cuestionar si constituye un negocio jurídico o si pertenece al tipo de actos no negociables, para decidir esta cuestión, de acuerdo con los postulados de una dirección objetiva y preceptiva del negocio jurídico, conviene no perder de vista que un negocio jurídico no es sólo un acto de voluntad productor de unos efectos jurídicos, sino que es una reglamentación autónoma de una situación jurídica. Desde este punto de vista cabe cuestionarse si la revocación es un acto de ejercicio de un previo poder o facultad, por decirlo así, el derecho de revocar que podría encuadrarse en el género de los derechos potestativos o facultades de configuración, Este punto de vista no parece aceptable, ya que la revocación no es un acto de ejercicio de un específico derecho o facultad del revocante, sino puro despliegue de su voluntad y de su autonomía, desde este punto de vista, es un auténtico negocio jurídico unilateral.

En otro orden de ideas, se ha cuestionado si la declaración de voluntad del poderdante, que pone fin a la situación creada por el apoderamiento constituye, pese a la terminología legal y a la comunmente aceptada por la doctrina, un caso de genuina revocación.

La categoría de la revocación dista mucho de ser clara y de haber sido unánimemente aceptada, en ocasiones la idea de revocación alude a un poder o facultad autónomo que se concede a los interesados para, con base a una justa causa tipificada por la ley, determinar a posteriori la ineficacia de un negocio jurídico. Es claro que la revocación del apoderamiento no pertenece a semejante categoría, ya que no tiene que fundarse en una justa causa, sino que es enteramente libre. No determina la ineficacia del negocio que se revoca, sino que pone fin o extingue la situación creada por dicho negocio y, por tanto, su eficacia es siempre *ex nunc*.

La revocación es un negocio jurídico recepticio es algo que no ofrece duda. Mientras el poderdante no se desprende de la declaración de voluntad y la hace llegar a su destinatario, aquélla no adquiere propia existencia jurídica. La comunicación de la revocación es no sólo condición de eficacia, sino incluso condición de existencia.

El destinatario natural de la declaración de revocación de acuerdo con el sistema general del Código Civil, parece deducirse del mandato y debe serle comunicada al apoderado. Debe entenderse, por consiguiente, que la revocación debe serle comunicada al apoderado, que constituye una carga del poderdante efectuar dicha comunicación, y que pesa sobre él la prueba de que la comunicación ha sido hecha. Una revocación que no ha sido comunicada al apoderado es, en un principio, una revocación ineficaz. Sin embargo si el tercero conocía la revocación, frente a él el representante es ya un representante sin poder. La carga de probar que el tercero tenía conocimiento de la revocación pertenece también al poderdante.

La notificación de la revocación a los terceros no es exigida de manera directa en nuestro Código Civil, se limita a decir que cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber, al proteger al tercero de buena fe, presupone que ignora la causa de extinción del mandato. Pero en ningún caso la comunicación de la revocación a los terceros aparece como una exigencia legal.

La insuficiencia del tratamiento de la revocación en nuestro Código Civil se pone de manifiesto con el silencio en torno a un punto de tanta trascendencia como es la forma de revocación, el hecho de que la forma sea un medio de publicidad y además un medio de asegurar los intereses de terceros acentúa la dificultad del problema.

El silencio del Código permite sostener una absoluta libertad de forma en cuanto a la revocación, sin embargo esta eventual regla de libertad de forma se encuentra muy restringida por la necesidad de adecuar el instrumento revocatorio al vehículo utilizado por la concesión del poder de representación. En virtud de éste, el poderdante ha creado una situación objetiva que al ser contemplada o conocida por los terceros es idónea para suscitar en éstos razonables expectativas. La colocación del representante al frente de un establecimiento o el hecho de proveer al apoderado de un documento que refleja sus poderes pertenecen a este tipo de hechos. Además no debe olvidarse el carácter unilateral que posee la declaración de voluntad de revocación, la cual, por esta razón, cuando el tercero no ha sido destinatario de ella, no puede surtir frente a él efecto si su fecha no consta de manera cierta y fehaciente, este doble planteamiento obliga a mi juicio, a preguntarse dos cosas: la primera, si para la revocación no es necesaria la misma forma que fue utilizada para la concesión del poder; la segunda, si para la revocación no es formalmente necesaria la extinción objetiva de la situación del apoderado.

La primera pregunta debe, a mi juicio, ser contestada en sentido afirmativo, en principio la revocación debe llenar la misma forma que recibiera la concesión del poder. Si la concesión del poder fue verbal, la revocación puede ser verbal. El problema será aquí un puro problema de prueba de la emisión y de la declaración de voluntad y de su comunicación a quienes fueran necesarios destinatarios de ella.

Si la concesión del poder se hizo documentalmente, la revocación precisa una constancia también documental, los poderes otorgados en escritura pública deben revocarse mediante una nueva escritura pública, y procurar que en la escritura primitiva se anote.

La forma parece aquí, si no requisito de existencia, si al menos condición de eficacia de la revocación, sin

embargo una revocación formalmente defectuosa no puede aprovechar al tercero y vale frente a él, si se demuestra que el tercero la conoció.

En cuanto a la respuesta de la segunda pregunta, diré que para que la revocación quede plenamente cumplida, no basta que el poderdante emita, a través de un vehículo formalmente idóneo, su declaración de voluntad y que la comunique al apoderado, único destinatario de ella por regla general. Una serie de actividades adicionales, de diferente valor y de diverso grado de eficacia, son necesarias.

En la legislación notarial se establece que la escritura de revocación es notificada al notario autorizante del apoderamiento, quien toma razón de ella en la matriz obrante en su protocolo, haciéndolo constar en las copias que expida. Este requisito de valor reglamentario no condiciona sin embargo, la eficacia de la revocación, se trata de una cautela impuesta por un sentido de conveniencia práctica pero nada más.

Mayor importancia reviste la recogida o retirada del documento en que el poder constara, el poderdante puede revocar el poder a su voluntad y compeler al apoderado a la devolución del documento en que conste el poder.

A primera vista el compeler al apoderado a la devolución del documento parece una facultad del poderdante, es algo que el poderdante tiene derecho a hacer, sin embargo puede llegarse a la conclusión de que lo facultativo es revocar, de suerte que la compulsión para la devolución del documento forma un todo unitario con el acto de revocación, efectuada la carga de exigir la retirada del documento y sólo cumpliendo dicha carga se lleva a cabo una revocación plenamente eficaz, si el poderdante se limita a manifestar su voluntad revocatoria, pero consciente, aunque sea por omisión, que el apoderado siga previsto del documento de poder, permite imprudentemente una situación de apariencia capaz de suscitar la confianza de los terceros, frente a quienes el poder debe valer como subsistente.

Por consiguiente, un poder revocado vale como subsistente frente a terceros de buena fe si el poderdante ha omitido exigir la devolución del documento de poder.

El problema es diferente si el poderdante ha requerido al apoderado y éste no ha cumplido el requerimiento. No parece justo sostener que la revocación no alcanza plena eficacia y que el poder se considera subsistente frente a los terceros de buena fe, mientras que el apoderado no haya cumplido su obligación de restituir el documento, el poderdante, al hacer valer su derecho a que el documento le sea restituido, ha ejecutado cuanto estaba en su mano para desposeer al apoderado de su posesión documental. La desposesión efectiva no parece que sea condición de eficacia de la revocación, el Código Civil no prevé ninguna forma subsidiaria como es por ejemplo, la declaración pública de pérdida de vigencia del poder, sin embargo cabe señalar que el punto que me ocupa y en orden a la protección que merece el interés de los terceros, junto a la buena fe de éstos, debe valorar se la diligencia del poderdante en dar a conocer la revocación del poder, y esta carga de diligencia deba medirse de acuerdo con los standards generales de conducta y con el uso que haya dado al poder y la relación verificada con los terceros bien determinados.

Para terminar, cabe señalar los siguientes criterios directivos:

A) Si al comunicar el poder a un tercero, v.gr., un banco, una compañía de seguros, etc., el poderdante se comprometió especialmente a considerarlo vigente mientras no comunicare expresamente la revocación, el pacto es válido y el poderdante debe cumplir lo estipulado.

B) La buena fe puede imponer una comunicación especial al tercero con quien, a través del apoderado, se ha mantenido constantes o reiteradas relaciones de negocios, aunque no se tratara de un poder especial para contratar con él.

C) Si la concesión del poder recibió una cierta publicidad, la revocación debe recibir esta misma publicidad.

Los poderes de un factor mercantil son válidos con relación a terceros mientras no se haya cumplido, en cuanto a la revocación de los poderes, y así se plantea con ello el problema de la constatación registral de la revocación del poder.

Debe realizarse la anotación en el Registro de Comercio la revocación de los poderes generales dados a los ge-

rentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios por un comerciante o por una sociedad. No cabe duda de que, según la intención del registrador, la anotación constituye la forma de publicidad a la generalidad, el comerciante soporta la carga adicional de dar acceso al Registro al instrumento de revocación, cuya eficacia frente a terceros comienza a partir de dicho momento. El Registro se presume público y conocido por todos, de manera que los terceros no pueden alegar ignorancia, la falta de inscripción de la revocación no beneficia, sin embargo, al tercero que conociese la revocación por otro medio.

4.15 Irrevocabilidad del Poder.

De una manera general el contrato de mandato concluye mediante su revocación por el mandante. El fundamento de esta regla radica en la idea de que, siendo la confianza la base y el fundamento de la relación representativa la pérdida de la confianza debe poner fin lógicamente a dicha relación.

No admitir la revocación sería admitir una enajenación de la personalidad que pugna con los principios del derecho moderno. Se justifica de esta manera la máxima o el aforismo *functus voluntate functo est mandatum*.

Obliga lo anterior a considerar esencial la revocabilidad del poder o, por el contrario, es admisible en algunos casos la irrevocabilidad. Pues bien, la doctrina y la práctica jurídica moderna han admitido la conveniencia de estimar que algunos casos puede quedar justificada la irrevocabilidad del poder de representación.

Un poder no puede ser revocado si su irrevocabilidad resulta de la relación jurídica en que aquél se basa. Ello no carece de inconvenientes, pues con el otorgamiento de un poder irrevocable el poderdante pasa en cierto modo a depender del apoderado. Por ello deberá admitirse, no obstante, la revocación, si el apoderado defrauda gravemente la confianza a él dispensada, y especialmente si abusa de su poder. A tal respecto han de aplicarse analógicamente los principios admitidos sobre la rescisión de una obligación de tracto sucesivo por un motivo relevante, además, habrá de exigirse que la irrevocabilidad del poder halle un motivo procedente en la relación jurídica básica y que esté justificada por especiales finalidades del poder. Se considera justificada la irrevocabilidad cuando

el apoderado o un tercero para quien actúa aquél tuviere una pretensión contra el poderdante dirigida a la celebración del negocio para el cual le faculta el poder. El caso típico a tal respecto sería aquel en que A vende su finca a B y otorga a éste el poder de llevar a cabo la cancelación de la inscripción ya sea para el propio B, ya para un tercero cuyo representante indirecto es B. Con tal configuración del caso no hay inconveniente, pues A, si efectuara la revocación, faltaría a la obligación que había contraído en la compraventa. Consecuentemente, el poder se convierte en revocable cuando la pretensión a cumplir por B por poder de A cesa posteriormente, por ejemplo, con una resolución de la compraventa. Puede ser discutible si el caso señalado es con certeza el único en que el otorgamiento de un poder irrevocable ha de considerarse justificado según las relaciones jurídicas básicas de los participantes.

Otro caso sería el de la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas, el deudor otorga en favor de sus acreedores un mandato para que realicen las gestiones necesarias en orden a la realización y liquidación de los bienes y al pago de las deudas y, al mismo tiempo, en caso necesario, un poder de representación. Aquí en éste caso, un comerciante importante que se encuentra muy próximo a la quiebra, a cambio de importantes concesiones que sus acreedores le hacen, le permiten salvar su crédito y su comercio, les cede una serie de bienes para que los vendan y se hagan pago con el producto obtenido, otorgándoles al mismo tiempo poderes para que lo realicen así. Poco tiempo después, el deudor notifica fehacientemente a sus acreedores la revocación de estos poderes y les conmina para que no hagan uso de los mismos, obstante lo cual los acreedores ya a la venta de los bienes, el deudor reclama la nulidad de las enajenaciones sin tener éxito: El juez, después de analizar la distinción entre mandato y poder y otras cuestiones inherentes al negocio, proclama la irrevocabilidad, justificándola en el hecho de que el contrato celebrado por el deudor y sus acreedores no tenía por objeto gestionar un asunto propio y exclusivo del poderdante, es decir, no era un mandato en sentido propio, sino que en él se establecían derechos y obligaciones para el deudor como los acreedores e incluso para terceras personas.

Esta solución justa significaría que existen casos en los cuales el poder de representación es irrevocable y que el poder conferido por el deudor a sus acreedores en los casos de cesión de bienes es uno de ellos, la respuesta depende, una vez más del concepto mismo de representación. Si por representación entendemos un *agere nomine alieno* en el cual las consecuencias de la actuación surten directamente sus efectos en la

esfera jurídica de otra persona, es obvio que habrá que admitir que el deudor apodere y otorgue su representación a los acreedores. Sería éste un caso de representación en interés del representante o *procuratio in rem suam*.

Esta conclusión choca sin embargo con otros criterios ya expuestos y con arreglo a los cuales la relación representativa entraña siempre una actividad de gestión que se realiza siempre en interés del representante. Si esto es así, habrá en el caso examinado otra cosa, pero no verdadera y auténtica representación. Para eludir la dificultad puede acudirse al concepto de autorización, sirviéndose en la práctica formalmente de un poder de representación. No se trata de decir que el supuesto sea un caso de simulación relativa, porque no se da la finalidad de encubrimiento que es esencial a la simulación. Lo que hay, probablemente, es un negocio jurídico indirecto, esto es la utilización del cauce del negocio de apoderamiento para realizar unos fines que no son propios de este negocio.

Otro caso sería el de los llamados poderes colectivos, que se producen cuando varias personas otorgan poder a otra para la realización de un negocio común a ellas. En un caso como el aludido, el problema *prima facie* no es un problema de revocabilidad o irrevocabilidad, sino una cuestión de determinación de los requisitos de la revocación. Se trata de saber si para la revocación del poder es necesario el acuerdo de todos los poderdantes, o si por el contrario, es suficiente la declaración de voluntad de cualquiera de ellos para que la representación de éste quede extinguida. Esta cuestión suele resolverla la doctrina tratando de distinguir la divisibilidad o la indivisibilidad del asunto o negocio a que la gestión se refiere. Si el negocio es divisible y susceptible de ser gestionado por parte, entonces será posible la revocación por cada mandante, pues hay una suma de mandatos singulares y cada uno de ellos queda extinguido por la declaración de quien lo concedió. En cambio, si el negocio es indivisible porque se persigue un sólo efecto jurídico por todas las declaraciones de todos los intereses, normalmente la revocación por un sólo mandante no será posible y se requerirá el acuerdo de todos.

Una aplicación del anterior caso puede encontrarse en el nombramiento de socio-administrador en una sociedad civil, distinguiendo entre poder otorgado en el contrato de sociedad el cual es irrevocable sin causa legítima, y el poder otorgado después del contrato, sin que éste se hubiese acordado conferirlo, el cual puede revocarse en cualquier tiempo. Del tal suerte no se establece, rigurosamente hablando una auténtica

tica irrevocabilidad del poder, sino una limitación de la revocación. El poder del socio-administrador, establecido en el contrato social es revocable, si la revocación se produce en virtud de una causa legítima. La revocación queda limitada en dos sentidos: en primer lugar en que debe fundarse en una causa y que no es, por consiguiente, enteramente libre, en segundo lugar, en que esa causa debe ser una causa legítima. En el mismo sentido puede mencionarse el mandato dado por todos los herederos a una tercera persona para que ésta efectúe la partición de la herencia.

Una posición ecléctica partiendo de la distinción entre mandato y poder se aplica rigurosamente al tema de la irrevocabilidad. Según este punto de vista, el mandato en cuanto contrato formado por la bilateral voluntad de ambas partes contratantes con efectos internos entre ellas puede, sin duda, ser configurado como irrevocable pues la irrevocabilidad no es más que una configuración debida a la voluntad contractual. En cambio, el apoderamiento considerado como un negocio de carácter unilateral, formado por la exclusiva declaración de voluntad del poderdante, no puede ser irrevocable. Sin embargo, se ha observado que aún siendo un negocio jurídico unilateral es de carácter recepticio y está destinado a producir sus efectos en la órbita de los terceros destinatarios de la declaración de manera que la cláusula de irrevocabilidad yuxtapuesta al apoderamiento es conocida por los terceros y está llamada a suscitar en estos un determinado grado de razonable confianza. Por ello, el problema de la admisibilidad del pacto o de la cláusula de irrevocabilidad parece fuera de duda, siempre que tal pacto o cláusula posea una causa suficiente desde el punto de vista jurídico, esto es una razón que lo justifique y que lo haga necesario en atención a los fines empíricos que se haya pretendido obtener. El problema de esta causa de la irrevocabilidad estriba en que tal causa será manifiesta en las relaciones internas entre mandante y mandatario o representante y representado, en las que podrá jugar plenamente su papel. En cambio, respecto de los terceros, la causa de la irrevocabilidad no tiene por que ser conocida. Tampoco se le puede exigir al tercero frente a quien el poder de representación se ejercita, que lleve a cabo una investigación sobre la existencia de la causa o sobre su alcance. Por ello, la práctica se inclina por mencionar simplemente tal causa o justificación en el apoderamiento para considerar el poder irrevocable como admisible.

4.16 Poder o Procura.

El acto o manifestación de voluntad de una persona que concede facultades a otra para que la represente, constituye el poder o la procura. Se trata de un acto o negocio unilateral, pues deriva solamente de la voluntad del representado, y a dicho acto es ajena, en cuanto a su perfección la voluntad y el consentimiento del apoderado o representante, el poder otorgado es perfecto y nada disminuye a su validez ni a su eficacia que el apoderado a quien se dirige, lo acepte o lo rechace, que ejercite o deje de ejercitar el poder relativo. Sin embargo en algunos negocios representativos se exige, además de esta manifestación previa del representado, la aceptación del representante, a efecto de que exista y se plantee la relación representativa, es el caso del administrador en materia de sociedades o del gerente de una empresa social.

Por otra parte, la procura es un acto autónomo e independiente de otras relaciones a las que frecuentemente acompaña, con las que suele manifestarse y que pueden precederla o concurrir con ella, como son aquellos contratos de gestión como el mandato en que el gestor o mandatario se obliga a realizar una cierta actividad material o jurídica, por cuenta o en interés del dueño o mandante, o bien, aquellos otros negocios como la sociedad en que los órganos sociales requieren de personas que a nombre y por cuenta de la persona moral, celebren o ejecuten actos y negocios.

El poder, como otorgamiento de facultades o apoderamiento del representante, es un negocio abstracto, ajeno al negocio que lo incluya o al negocio ulterior que tiende a realizar y dese este punto de vista el poder es también un acto o negocio previo de otro posterior.

Al poder se le identifica con la representación voluntaria directa y se le considera además una de las fuentes mismas de la representación. Tal postura es cierta pero exagerada, dado que hay negocios y actos esencial o naturalmente representativos, es decir, que otorgan y atribuyen al representante la facultad de celebrar actos a nombre del principal, los cuales obligan a éste, y que dichos actos son bilaterales, no constituyen el poder, ni consisten solamente en el apoderamiento, sino en esto y algo más, como el nombramiento del factor quien es un auxiliar del comerciante o empresario para el cual se exige la aceptación para que opere y se perfeccione el negocio representativo. No obstante el apoderamiento o poder es

indudablemente la fuente prevaleciente y de mayor importancia y la que acompaña a los actos y negocios que tradicionalmente se han considerado como representativos.

Desde este último punto de vista, debe distinguirse el poder del mandato, que nuestro Código Civil aún confunde y con el que la tradición derivada del Código de Napoleón, identifica. Se trata de negocios jurídicos distintos que puede estar ligados, o bien, ser independientes, el mandato implica una relación contractual por la cual se encarga a una persona realizar actos jurídicos de acuerdo con nuestro Código, o actos jurídicos y materiales, de acuerdo con el Código francés en interés o por cuenta del mandante, sin sustituir a éste al realizar dichos actos, es decir, sin prescindir de la voluntad del mandante, quien, por el contrario, debe participar en cada acto jurídico para darle fuerza y validez.

Por otra parte, mientras el mandato consiste esencialmente en la asunción de obligaciones del mandatario frente al mandante, como con claridad lo indica el art. 2546 del C.C., o sea que es un negocio de gestión, que constituye para dicho mandatario una necesidad de obrar por cuenta del mandante y el cual se agota en las relaciones entre dichas dos partes contractuales, la procura y la representación misma, en cambio consisten esencialmente en atribuir facultades para que el principal o representado se relacione con un tercero y adquiera derechos o asuma obligaciones, es decir confieren al agente la facultad de obrar frente a terceros a nombre del principal, para que mediante la manifestación de una voluntad de dicho agente, se vincule al representado con el tercero.

El mandato como negocio de gestión, cumple su finalidad en las relaciones que se pactan entre mandante y mandatario, y si bien éste entra en relaciones con los terceros, no es sustituyendo u obrando por aquél, sino como cooperador, prolongación del mandante, en cambio en la procura hay un acto unilateral de voluntad del principal, que a diferencia del mandato confiere facultades y no deberes u obligaciones, y hay posteriormente la ejecución del poder por el agente quien pueda o no ser mandatario al tratar con el tercero, situación de la que nacen derechos y obligaciones no sólo entre representante y representado sino también y principalmente entre representado y tercero. Hay pues en el poder y representación dos partes momentos de un mismo negocio jurídico, o sea, la atribución de representación apoderamiento y la manifestación o exteriorización de ésta frente a terceros, celebrando o ejecutando actos jurídicos que se atribuyen al representado, y estas dos partes

son ajenas y distintas de los pactos o estipulaciones previas al apoderamiento.

El poder, es en esta segunda fase, el aspecto externo de la relación representativa, una manifestación externa, una declaración recepticia del representado dirigida tanto al representante como a los terceros ante quienes pretende hacerse valer. Desde este último punto de vista, el poder o procura es un acto ostensible, abierto, público inclusive cuando se inscribe, que tiende a dar a conocer la representación y el hecho de que el representante obra a nombre del principal *contemplatio domini*.

Así pues, a diferencia también del mandato, en el poder o procura no cabe el actuar a nombre propio, o sea, la llamada representación indirecta, que se basa, precisamente, como ya vimos, en una nota contraria, o sea, la naturaleza secreta, oculta, privada de las relaciones entre representado y representante, sino que por el contrario, éste debe actuar notoriamente por y a nombre del representado, debe hacer figurar a éste como el *dominus negotii* y debe proceder de manera que el tercero con quien contrate sepa o pueda saber que él es sólo un representante.

Por otra parte, en el apoderamiento aspecto interno, la procura o poder significa una declaración de voluntad por medio de la cual el representado se apropia o hace suyos los efectos de un negocio que habrá de celebrarse a su nombre por otra persona, es decir, tiene como efecto principal la procura o el poder, por lo que respecta tanta al representante como al tercero con quien contrata, el indicar y precisar de manera clara, que el acto o negocio ejecutado por el representante no se celebra en nombre de éste, sino del representado, quien es el principal o dueño del negocio concertado o del acto realizado. Y también desde este punto de vista, se rechaza que pueda existir una procura no representativa, es decir, que se pueda plantear un negocio de representación indirecta a través de una procura, porque lo propio de aquella figura es que el tercero contrate en la creencia de que el interesado real sea el representante, independientemente de que también en esta caso los efectos del acto o contrato recaigan en el patrimonio del representado.

La declaración de voluntad en que consiste la procura fija la extensión de la representación conferida, tanto para conocimiento y gobierno del representante, como de quienes

con él contraten, y el poder o procura, desde este punto de vista, determina los límites de la representación frente a terceros.

Hay en la procura, como en todo negocio representativo, efectos internos propios y exclusivos de la relación que exista o que se plantee entre representado y representante y efectos externos que se dan frente a terceros cuando al ejercitar el representante el poder o procura que se le ha conferido, ejecuta a nombre del representado los actos y negocios relativos.

Aquéllos efectos consisten en el apoderamiento, en las facultades que se otorgan al procurador o apoderado las cuales fijan la amplitud de la actividad representativa que se atribuye al representante, pero no requiere, como sí sucede en el mandato y en otros negocios representativos, de la concurrencia del agente ni de su aceptación el representante en general puede otorgar su consentimiento contemporánea o posteriormente al poder e, inclusive, lo puede manifestar y ello es lo normal al ejecutar el encargo, pero en uno y en otro caso la aceptación es ajena a la atribución de facultades al representante por el principal que es en lo que consiste este negocio de poder o procura.

Las relaciones externas entre el representante y el tercero, que en cierta forma sólo constituyen ejecución de la relación previa, plantean la celebración de actos o negocios dentro de los límites del poder conferido y sin posibilidad legal, consecuentemente, de rebasar o de contrariar dichos límites entre una de las partes que es el tercero y la otra que es el representado.

La doctrina, al referirse a esta doble relación, suele hablar de mandato para referirse a la relación interna y de procura para referirse a la relación externa. No se puede admitir esta postura, que por una parte vuelve a confundir dos relaciones distintas, una el mandato, que siempre es actividad representativa de un interés ajeno y, por tanto, asunción de una obligación de actuar y, la otra, el poder que es por esencia atribución de la facultad jurídica de obrar a nombre del poderdante, lo importante en el mandato es la posición del mandatario quien se obliga a ejecutar los actos jurídicos que el mandante le encarga; en cambio, en el poder, lo importante es la posición y la actuación del poderdante quien otorga facultades, quien da el poder.

Por otra parte, es falso en primer lugar que la relación interna en un poder sea un mandato puesto que la relación que el poder y la representación plantea entre representado y representante sólo puede ser aquélla que deriva de la atribución de facultades para obrar a nombre ajeno e inclusive, la que deriva de la ejecución de esta atribución, pero no una distinta, como la actividad representativa de un interés ajeno, en otras palabras, en la relación entre poderdante y apoderado sólo hay que tener en cuenta el obrar y el haber obrado por éste a nombre de aquél, pero no el obrar y el haber obrado en interés o por cuenta del mandante. Este último aspecto es ajeno a la representación ya que esta institución jurídica es posible aunque el interés del negocio no corresponda al representado sino a otra persona e, inclusive, al propio representante.

También es falso que en la representación o apoderamiento vaya siempre acompañado de mandato como sería falso afirmar que el mandato va acompañado siempre de representación, puesto que puede ir acompañada de un contrato distinto, e inclusive puede pactarse aisladamente sin otro negocio jurídico, como cuando se otorga un poder general de administración o de dominio, no para y con ocasión de un negocio determinado sino para cualquiera que el futuro se presente.

Tampoco es aceptable aquélla postura que por un lado exige la existencia necesaria y previa de una relación contractual y, por otro, restringe el concepto de poder o procura a relaciones ente representante y tercero, cuando lo esencial lo propio y lo característico de la procura es la concesión del poder mediante la intervención del representado. Acudir al mandato para explicar la procura es no saber distinguir ambas figuras, pues bien ya que lo que trato es de tener presente siempre la naturaleza contractual de aquél y unilateral de ésta.

En México, a semejanza del Derecho Francés e Italiano, la procura o poder como negocio jurídico se confunde en la práctica con la forma en que se exterioriza, o sea, el documento privado denominado carta-poder, o el público, denominado poder notarial que suscribe el representado y en el que hace constar la amplitud y las limitaciones de la representación que confiere, así como si se tratare de una representación general o especial. La razón de esta confusión se debe a la naturaleza propia de la procura que consiste, como ya se dijo, en ser una declaración de voluntad del representado dirigida al represen-

tante y a terceros. Nada obsta, sin embargo, aunque ello no sea lo natural y aunque el hacerlo provoque incertidumbres y dificultades de prueba en las relaciones de las tres partes que intervienen en los negocios relativos que se celebren, que el poder o procura sea verbalmente, o sea, que la declaración de voluntad del poderdante se indique sólo por voz de éste al representante y también al tercero con quien se habrá de celebrar el negocio relativo. La expresión verbal obviamente puede darse en contacto directo y personal o valiéndose de un mecanismo o de un nuncio que transmita al representante y al tercero la voluntad, las instrucciones y la representación otorgada por el poderdante.

En estos casos de procura o poder verbal rige lo dispuesto por los arts. 2552 del C.C. y 274 del C. de C., en materia de mandato y comisión respectivamente, antes que concluya el negocio o negocios para el que se dio, debe el representado ratificarlo por escrito.

Consecuentemente, hay que admitir que la procura o poder constituye en México, como lo era en el Derecho Romano, un negocio formal, ya que originalmente debe otorgarse por escrito o ratificarse después por escrito cuando se hubiere dado de palabra. Sin embargo, se encuentra una excepción al principio general en los arts. 1796 del C.C. y 78 del C. de C. que establece que los negocios jurídicos se perfeccionan por el mero consentimiento, salvo aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley.

Asimismo, en nuestro Derecho Civil existen negocios representativos que requieren de ciertas formalidades, como el documento escrito, según se desprende de la lectura del art. 2555 del C.C., en donde el poder deberá conferirse en escritura pública, pero más adelante, el art. 2556 del mismo Ordenamiento señala que el poder puede otorgarse en escrito privado, lo que denominamos Carta-poder y al final de su contenido menciona que puede otorgarse el poder en forma verbal, sin mayor formalidad, siempre y cuando este negocio no exceda de doscientos pesos.

En todo caso, y a diferencia de otras formas de representación, en poder o procura debe ser expreso, no pudiendo surgir o resultar implícitamente de las relaciones contractuales o de negocios existentes entre el *tradens* y el *accipiens*, esto es consecuencia del carácter recepticio de dicho negocio unilateral, debe de ir dirigido al apoderado y a terceros y, en

consecuencia, debe consistir normalmente en una declaración expresa, aunque, en mi opinión, confunda en negocio específico o sea el poder o la procura, con el fenómeno genérico de la representación, que evidentemente sí puede ser tácitamente otorgado el poder, tal y como quedó demostrado en el inciso 4.5 de este Capítulo.

Ahora bien, que se trate de un negocio formal no quiere decir que el poder tenga que ser completo, ya que cabe un poder "en blanco", es decir otorgado en forma más o menos amplia, inclusive sin limitación alguna, y que se exteriorice en un documento privado denominado "Carta-Poder" o poder otorgado en un contrato incompleto, cuyo complemento quede a cargo del propio apoderado o de un tercero a quien, inclusive, se le pueden otorgar facultades para escoger y designar al apoderado, cosa esta última frecuente cuando el tercero a quien se acuda sea quien conozca a especialistas y técnicos que puedan representar al principal en la celebración de actos y contratos en que ni éste ni el tercero puedan intervenir personalmente.

4.17 Poder o Procura Mercantil.

Así como se confiere el poder para el ejercicio de actos civiles y el poder general, que tanto comprende a éstos como a los de otra naturaleza, incluyendo a los mercantiles, se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de mandato; el poder o procura conferido sólo para la realización de uno o varios actos de comercio (poder especial mercantil), se rige por las disposiciones del C. de C. sobre comisión, que van desde el art. 273 al 308.

Que ni uno ni otro Código regulen expresamente el poder o procura y que para la regulación de ésta negocio se tenga que acudir al mandato y a la comisión, se debe por una parte, a una razón histórica, o sea, que el legislador francés al que siguieron los nuestros no distinguió el mandato y la procura, por otra parte, a razones jurídicas de analogía entre la figura contractual que era la más común y corriente *id quod plerumque fit*, o sea, el mandato y la comisión, y la que, al tiempo cuando menos de la codificación francesa, era menos conocida y practicada, o sea, la procura, y por último a la regla de interpretación analógica que impone acudir al contrato o negocio más próximo, en caso de que el que se utilice no tenga regulación específica, arts. 1858 del C.C. y 75 arts. XXIV del C. de C..

En general, el contenido del poder será lo que lo califique de civil o mercantil, y el que lo someta a la regulación del derecho común o del mercantil, sin embargo, si el poder es general y se otorga sin limitación alguna, es un negocio civil, no mercantil y ello tanto por el carácter especial de los negocios representativos mercantiles, art. 273 del C. de C., como por el hecho de que los poderes generales de dominio, administración o pleitos y cobranzas se encuentran regulados expresamente por el derecho civil, art. 2554.

Análogamente a la definición de la comisión que ofrece el art. 273 del C. de C., se puede decir que la procura mercantil es la que se otorga por el poderdante para la ejecución de actos de comercio. Ahora bien, este poder o procura mercantil a diferencia del negocio civil relativo que puede ser especial o general, debe ser especial, ya sea para uno o varios actos concretos y específicamente señalados en el acto del otorgamiento, de varios de éstos que también se especifiquen, o bien para la ejecución de todos los actos mercantiles o no, pero relacionados con la actividad mercantil del poderdante.

En cambio, insisto si el poder no sólo comprende la ejecución de actos de comercio, o la realización de actividad mercantil, sino también comprende actos civiles, o bien se confiere sin limitaciones, se trata de un poder civil regulado por las normas de mandato y no de un poder mercantil que estuviera regido por las normas de la comisión, ya que ésta solo se aplica a negocios de representación especiales, no generales.

En el caso del poder mercantil, para actos concretos el poderdante puede o no ser comerciante, ya que no se requiere tal calidad para la ejecución de multitud de actos de comercio, en cambio en el caso del poder para ejercer la actividad mercantil de una empresa, el poderdante siempre será un comerciante, salvo en los casos de excepción de un empresario titular de una negociación pública de la que el Estado, un órgano del Estado, o una institución pública sea titular, en los cuales éste no es comerciante por la naturaleza pública de la empresa que dirige o de la que es propietario. En ambos casos, el apoderado no adquiere el carácter de comerciante por la procura que se le confiere, ya que una de las notas propias de dicha calidad mercantil es que la persona obra a nombre propio y, ya se vio, que siempre el apoderado obra a nombre del principal.

Por lo que respecta a la procura mercantil surge el problema de determinar si es también, como el poder civil, un negocio formal y en su caso cuáles son las formalidades que debe llenar.

Al igual que el civil, el poder mercantil requiere de la formalidad escrita, ya sea al otorgarlo o al ratificarlo posteriormente cuando se otorga de palabra, art. 274 del C. de C.

En materia mercantil las formalidades exigidas por el Código Civil para los negocios que este regula, no se aplican supletoriamente, arts., 78 y 81 de C. de C., sin embargo, muchas disposiciones existen que restringen grandemente el alcance de los arts. 78 y 274 del C. de C., aunque no tantas como sucede en el derecho civil con los arts. 1796 y 2553.

En efecto, por lo que se refiere a poderes en materia cambiaria, el art. 9 fracs. I y II, de la L.G.T.O.C., exige la forma escrita o poder inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para otorgar y suscribir títulos de crédito, en otros casos en el que la ley es omisa, o que inclusive permite implícitamente el poder verbal, la costumbre mercantil, por razones evidentes de seguridad jurídica para la mejor protección de los múltiples intereses en presencia, exige el poder escrito previo, como sucede en materia de sociedades para que un socio se haga representar en una junta de socios o en una asamblea de accionistas.

Los poderes mercantiles, por la naturaleza especial de esta disciplina, no están regidos por lo dispuesto en la frac. VII del art. 21 del C. de C., que exige que se inscriban en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio los poderes generales si se quiere que la representación surta efectos frente a terceros. Dicha disposición se refiere a los poderes civiles generales, para surtan efectos frente a terceros respecto a los actos comerciales, así como a los nombramientos y la representación de factores, gerentes y dependientes, que sí son actos y negocios mercantiles.

Cuando no es el ordenamiento civil sino las leyes mercantiles las que exigen apoderamiento expreso y facultad o cláusula especial en el poder general relativo, a pesar de lo dispuesto por el art. 2554, párrafo primero del C.C., o sea,

que bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y especiales que requieran Cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna, deberá incluirse en el poder general la facultad especial exigida por el derecho especial, o sea el mercantil. La razón jurídica de esta distinción estriba precisamente en la naturaleza especial del derecho comercial, que impone el cumplimiento y la vigencia de las normas mercantiles frente a las civiles.

En razón de este argumento, pese a lo dispuesto por el último párrafo del art. 2587 del C.C. en relación con su frac. IV, se requiere cláusula y facultad especial para que el apoderado general pueda absolver posiciones en juicios mercantiles, art. 1216 del Código Comercio, igualmente la facultad de realizar actos cambiarios, aceptando, endosando, avalando y girando títulos de crédito, no se entiende conferida al apoderado general, según se indica en el art. 85 de la L.G.T.O.C., tal facultad, salvo que se trate de administradores o gerentes de sociedad o empresa que tienen una categoría y una naturaleza distinta a la de los apoderados, tiene que ser expresamente conferida en el poder, por lo que en ausencia de tal apoderamiento expreso el apoderado no puede suscribir títulos de crédito en general, ni obligar cambiariamente al poderdante.

Con la limitación que se indica en el párrafo anterior, el poder general confiere facultades para poder realizar toda clase de actos de comercio y de actos procesales conectados con juicios mercantiles salvo, naturalmente, las limitaciones que el mismo poder contenga y que sólo podrían oponerse a terceros si el documento relativo se hubiera inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, art. 26 del C. de C.

4.18 Poder Cambiario o Endoso en Procuración.

En materia de títulos de crédito a la orden y nominativos, o sea de los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se designa en el texto mismo del documento, art. 23 de la L.G.T.O.C., ya sea que deban inscribirse en un registro del emisor como los nominativos en sentido escrito, o que no deban inscribirse como los títulos a la orden, el poder para presentar el documento a la aceptación para cobrarlo judicialmente o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso, se otorga mediante el llamado endoso en procuración, art. 35 de la L.G.T.O.C.

Se trata de un poder especial, privativo de los títulos valores de contenido crediticio, que estriba en un negocio eminentemente formal, no sólo por tener que insertarse en el documento cambiario mismo, mediante la formula "en procuración", "al cobro", u otra equivalente por requerir el nombre del apoderado o endosatario, la firma del poderdante o endosante, o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre y, en general, el lugar y la fecha del endoso, art. 29 de la L.G.T.O.C., sino porque se aplica también a esta especie de endoso las normas de legitimación, según las cuales el deudor sólo está obligado a verificar la regularidad extrínseca y formal del endoso, en atención a la serie no interrumpida de éstos, y se exige por ello la tenencia material y la exhibición por el endosatario del documento en donde conste ese poder, art. 17 de la L.G.T.O.C.

Dicho carácter formal deriva de la naturaleza literal de los títulos de crédito, art. 5, del mismo Ordenamiento y de la disposición que indica: "que los actos a que este título se refiere, es decir, las diversas clases de endoso, sólo producirán efectos previstos por el mismo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presuma expresamente". art. 14.

Ahora bien, de los requisitos señalados en el párrafo anterior, sobre todo de los que exige el art. 29 de la L.G.T.O.C., sólo se presumen: tratándose del endoso en procuración, el lugar y la fecha de su otorgamiento, por lo que los otros deben considerarse esenciales, y su omisión acarrea la nulidad del endoso en procuración; o, si se omite el nombre del endosatario, se tiene y se reputa como endoso en blanco, pleno o en propiedad, arts. 30 y 32 de la L.G.T.O.C.; pero si se indica ser endoso en procuración y se omite el nombre del procurador o apoderado, el endoso es nulo, salvo que tal requisito faltante se llene antes de la presentación del título para su aceptación o para su pago. art. 15 de la L.G.T.O.C.

El alcance del endoso en procuración es muy limitado, sirve sólo para los actos comprendidos por el art. 35 de la L.G.T.O.C., o sea presentar el documento a la aceptación o al cobro según sea el caso, protestarlo para evitar la caducidad de la acciones de regreso, endosarlo nuevamente en procuración y seguir las acciones judiciales en caso de incumplimiento para obtener su cobro.

Las facultades especiales que se confieren excluyen actos de disposición o de dominio, por lo que ni el endosatario adquiere la propiedad de que cobre, ni puede realizar actos de dueño como aceptaciones, avales, pagos, o actos de enajenación, remisiones, transacciones, renunciaciones o desistimientos, puede otorgar, en cambio, plazos para el pago, protestar el documento, endosarlo nuevamente en procuración, reivindicarlo o pedir su cancelación en los términos de los arts. 42 y siguientes, de la L.G.T.O.C., presentarlo a la aceptación y al cobro y, en materia judicial, presentar pruebas, absolver y articular posiciones, apelar, interponer juicio de amparo. Además puede el endosatario, tanto plantear las acciones cambiarias propiamente directa y de regreso, como la acción de enriquecimiento prevista en el art. 169 de la L.G.T.O.C., no así las acciones causales a que se refiere el art. 168, porque estas no son cambiarias, por lo que el poder cambiario o endoso en procuración no las comprende, ni derivan del título valor, al contrario dichas acciones deben intentarse restituyendo la letra al demandado, según indica la norma citada.

El endosatario en procuración tiene también facultades para el ejercicio de la acción de indemnización que respecto al cheque reglamenta el art. 193 primer párrafo de la L.G.T.O.C. Igualmente le corresponden facultades para solicitar la quiebra del deudor insolvente y presentar los títulos cambiarios para los efectos de su reconocimiento, graduación y pago, arts. 220 y siguientes de la L. de Q.

Otras acciones cuyo contenido o finalidad no sea el apoyo del documento tales como la criminal que indica el art. 193, párrafo segundo, para el cheque, o sea, para que el legítimo tenedor se convierta en coadyuvante del Ministerio Público, y la de oposición al pago que indica el art. 194 de la L.G.T.O.C., también respecto al cheque, constituyen actividades procesales que no están dentro de los términos y el alcance del art. 35 de la L.G.T.O.C., y respecto a los cuales, por tanto, carece de facultades el endosatario.

También es limitado el endoso en procuración, por lo que respecta a los documentos o títulos valores en los que opera. En efecto sólo rige, como se ha dicho, en aquellos de contenido crediticio pero no respecto a los llamados títulos de tradición como el certificado de depósito, el bono de prenda, el conocimiento de embarque, que conceden derechos reales a disponer de mercaderías, ni respecto a los títulos corporativos, como las acciones de sociedades que conceden derechos a

participar en asambleas y derechos patrimoniales de naturaleza eventual, como son los dividendos. Si se aplica en cambio, en mi opinión, para otros títulos como las obligaciones emitidas por sociedades anónimas, o los cuerpos de dividendos, los cuales incorporan derecho al cobro de cantidades de dinero, aunque las obligaciones se rijan en cuanto a los derechos propiamente corporativos, por reglas propias que exigen poder ya sea notarial o privado, según establece el art. 221 de la L.G.T.O.C.

Además del cumplimiento de las formalidades y de los requisitos indicados, el endosatario en procuración de un título de crédito, para considerarse legitimado, o sea, para acreditar su carácter y poder exigir y llevar a cabo los actos que indica el art. 35 de la L.G.T.O.C., necesita acreditar, que el poder o el endoso se lo confirió el legítimo tenedor y en segundo, que se le otorgó en el documento mismo. El carácter necesario de los Títulos de crédito, art. 5 de la misma ley, o sea, el ser autosuficientes para acreditar y exigir los derechos incorporados, requiere que el poder conste y se inserte en el título mismo, y que en un documento distinto al título-valor no legitime al apoderado para el ejercicio de las acciones propiamente cambiarias. Sin embargo, creo que lo dispuesto por el art. 28 de la L.G.T.O.C., sea aplicable a los casos de representación al cobro de los títulos valores, y que en consecuencia un apoderado general o especial a quien se le hubiera otorgado en documento ajeno al título de crédito algunas o todas las facultades propias del endosatario en procuración, puede exigir que el juez, en vía de jurisdicción voluntaria, haga constar la transmisión en el documento mismo o en hoja adherida a él.

Sólo quien aparezca legitimado del título mismo, es decir, la persona a cuyo favor se expida, o el tenedor que justifique su derecho mediante una serie no interrumpida de endosos, o mediante la constancia del juez de haberle sido transmitido el documento por medio distinto del endoso, arts., 28 y 38 de la L.G.T.O.C., puede otorgar el endoso en procuración, cumpliendo con los requisitos señalados en el art. 29 de la misma ley.

De no ser así, es decir, si el legítimo tenedor no aparece suscribiendo el endoso, sino que el suscriptor es una persona no legitimada cambiariamente v.gr., porque el beneficiario lo hubiera cedido, o le hubiera otorgado un poder notarial, o hubiera una transmisión universal entre vivos, fusión de sociedades o *mortis causa*, y el endoso apareciera hecho por el cesionario, por el representante o por el causahabiente, sin

que el juez hubiera hecho constar en el documento mismo dicha transmisión extracambiaría, el supuesto endosatario en procuración no estaría legitimado cambiariamente y contra la acción de cobro del documento ejercitada por el falso procurador cambiarío cabría la excepción del demandado de falta de representación o de poder bastante del endosante, art. 8 frac. III de la L.G.T.O.C.

No sería suficiente para curar este defecto, que el cesionario, el apoderado o el causahabiente al hacer el endoso se dijera y se ostentara como representantes o causahabientes del último tenedor legitimado, y así lo indicara en el endoso respectivo, porque como bien dice Hupka, la *contemplatio domini*, no es el poder, sino la ostentación del mismo, el poder supone un acto previo de otorgamiento de facultades o un acto ulterior de ratificación que no cabe en materia cambiaría que en el caso no aparecería del texto del documento y la cadena de endosos exige la suscripción del anterior tenedor legitimado a favor del ulterior adquirente en una serie no interrumpida dentro del documento mismo, dentro del título valor. (80)

Casos distintos como he dicho son los del endoso en procuración en garantía o en propiedad, hecho por el representante de menores, interdictos, o de una sociedad que, según el texto del documento, aparezca como la beneficiaria o la última endosataria. En estos casos, aparecería suscribiendo por el menor o el interdicto, su representación legal, quien tendría que acreditar tal circunstancia extracambiariamente, y respecto a la sociedad aparecerá la razón social o la denominación de ella y la firma de la persona física que la represente y suscriba por ella el endoso. Se trata en este último caso, como también dice Hupka, de una representación legal orgánica en la que el endoso se entiende y se considera otorgado por la sociedad misma. (81). Cuando más, se trataría de acreditar el carácter y la amplitud de la representación del gerente, del administrador, del apoderado que firme el endoso por la sociedad, debiendo, si, indicar en su texto la razón social o la denominación de ésta, pero si tal carácter o dicha amplitud derivara de la inscripción del poder o del nombramiento respectivo en el Registro Público de Comercio, según arts. 9 de la L.G.T.O.C., y 21 frac. VII del C. de C., o si el endosatario al demandar judicialmente el pago acompañara al título el documento en que conste su nombramiento de gerente, de administrador único, o de apoderado con facultades especiales de suscribir títulos de crédito, ello bastará para acreditar su carácter y para

(80) Hupka, *ob. cit.* p. 213

(81) *Ibidem.*

desechar una posible excepción de falta de representación o de personalidad de dicho endosatario.

El poder que me ocupa, por su índole cambiaria, tiene ciertas características propias de los títulos cambiarios como son: su carácter literal y necesario, de ahí que no termine con la muerte o la incapacidad del endosante, art. 35 de la misma ley, y que revocación sólo se haga cancelando o testando el endoso, arts. 35 y 41 de la misma ley, salvo que dicha revocación se ponga en conocimiento del tercero, y ello en protección del principio de la buena fe. Además, puesto que la propiedad del título sigue perteneciendo al endosante, el deudor no podrá oponerle más excepciones que la que tendría contra el endosante, razón por la cual suele acudirse a este endoso en caso de transmisión de propiedad, para evitar que contra quien aparezca como endosatario el obligado oponga excepciones personales, las cuales resultan inexistentes o improcedentes contra el endosante, se trataría de un negocio simulado que daría lugar a la excepción personal de dolo, art. 8 frac. XI de la L.G.T.O.C, contra el endosatario, y esto también en protección del principio de la buena fe, es fundamental en materia del título de crédito.

4.19 Poder Otorgado a un Profesional.

Otra forma de representación voluntaria está constituida por el poder otorgado a favor de un profesional, art. 2547 párrafo segundo del C.C. en realidad, esta forma de representación sólo es una variante de la procura, que distingui por su objeto más limitado, la actividad profesional y por presumirse su aceptación si no se rechaza dentro de los tres días siguientes a que es conferido.

El poder a favor de profesionales, es aquel que se confiere a abogados y al que se aplica el primer párrafo del art. 2554 del C.C., es decir el llamado poder para pleitos cobranzas. No es, en cambio, poder o procura, el encargo que se confiere a otros profesionales, como contadores, licenciados en economía o en administración de empresas, ingenieros, etc, en cuanto su contenido no estriba, por lo general, en la realización o ejecución de actos jurídicos, sino de actos materiales aún cuando estén íntimamente relacionados con la actividad legal. Es decir, en este último caso se esta en presencia de un contrato de trabajo o de una prestación de servicios, pero no

hay a favor de estos profesionales el otorgamiento de un poder propio.

Por otra parte no se debe confundir el poder para pleitos y cobranzas a que se refiere el primer párrafo del art. 2554 del C.C., con el mandato que implica el ejercicio de una profesión, art. 2547 del C.C., o más propiamente, poder a favor de un profesional, ya que, por una parte, aquél puede otorgarse en forma general o especial tanto a favor de un profesional, abogado generalmente, como de un lego, quien si la ley lo consiente, puede ejercerlo personalmente, y si no, puede a su vez, delegar su poder a un profesional, salvo que no estuviere facultado para ello, como sucede con frecuencia en el caso de los gerentes o factores de sociedades y por otra parte, como su nombre lo indica, los pleitos y las cobranzas no comprenden multitud de actos jurídicos que pueden otorgarse al profesional y que no implican ni litigios ni cobros, como por ejemplo, trámites administrativos, organización de sociedades, formulación de convenios y contratos, en cambio a la representación que se refiere el art. 2547 del C.C., siempre se ha de otorgar a un profesional y no es necesario, aunque así suele ser, que la procura o el poder relativo sea de pleitos y cobranzas, o se limite a dichas facultades, pudiendo ser más o menos amplio que dicho poder de pleitos y cobranzas.

El objeto del poder de pleitos y cobranzas, como claramente se desprende de esta terminología, puede consistir en que el apoderado se ostente en cualquier clase de juicios civiles, penales, administrativos, juicio de amparo, etc., como representante del poderdante, ya sea como actor en uso de la legitimación activa, como demandado, en ejercicio de la legitimación pasiva, como tercero coadyuvante o excluyente, o inclusive, para desahogar pruebas, en que realice diligencias de jurisdicción voluntaria o actúe en procedimientos arbitrales según el art. 2587 frac. III del C.C., y desde luego, si el poder no sólo se da para pleitos sino también para cobranzas, lo que constituye la práctica normal, otorga facultades de hacer cobros y recibir pagos, de conformidad con el art. 2587 frac. VII del C.C.

La expresión "procura" aún siendo jurídica y castellana, no se usa en nuestros textos legales, si en cambio la de procurador como sujeto o parte del negocio, aunque limitada injustificadamente al caso de representación para pleitos y cobranzas. La figura del procurador está contenida del art. 2585 al 2594 del C.C.

El poder o procura a un profesional puede ser general o especial, si esto último se concretara a la ejecución del acto o de los actos jurídicos que se señalen en el documento en que conste, si es general deberá indicar en dicho documento o poder general si se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley, para que en tal caso se entienda conferido sin limitación alguna de conformidad con el art. 2554 en su primer párrafo, ya que si no se usan dichas palabras, se entenderá aunque se confiera como poder general, que el procurador no goza de las facultades para las que se requiere cláusula especial, o sea, entre otras, las comprendidas en el art. 2587 del C.C.

Por otra parte, como quedó expuesto al tratar el poder mercantil, otras limitaciones impuestas por el derecho comercial o por otras ramas del Derecho como el Fiscal, el Procesal y el Penal, sí exigen cláusulas especiales a pesar de que el poder conferido al profesional se otorgue en los términos antes indicados del art. 2554 del C.C., o sea, con todas las facultades especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley, tal sucede con la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito, presentar denuncias y querrelas penales acorde con lo dispuesto por el art. 264 del Código de Procedimientos Penales, absolver y articular posiciones en juicios mercantiles, de conformidad con el art. 1216 del C. de C., etc. La ley, a que el art. 2554 se refiere, es la civil, dicho de otra manera, es el Derecho común y no una legislación o un derecho especial como es el mercantil, el agrario o el procesal que exigen cláusula especial para un acto determinado, habrá que insertar éste para que se considere otorgada la facultad relativa, afirmar lo contrario equivaldría a imponer la norma común y general y prescindir de la especial y concreta, lo que es contrario a nuestro sistema de interpretación jurídica.

No puede el apoderado, a quién deje de atribuírsele expresamente la facultad de hacerlo, delegar su poder y representación y a su vez nombrar subapoderados o representantes de acuerdo a lo estipulado en el art. 2574 del C.C. y 280 del C. de C., pero sí lo pueden hacer los representantes y gerentes de sociedades anónimas según dispone de manera expresa el art. 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque en general el negocio representativo y, con mayor razón, la interposición gestoria o representación indirecta, se basa en las relaciones personales y en la confianza que ofrece al representado o principal el representante o apoderado, por lo que para que éste pueda nombrar un tercero que obre por cuenta del principal, a nombre de éste o del propio tercero, se requiere el consenti-

miento expreso del representado, o sea, una cláusula especial en el contrato o poder relativo, así sea éste general e ilimitado *delegata potestas non potest delegare* y si tal dificultad de delegación se hubiera concedido, es principio general de la representación que el representante sustituido no responde por los actos del sustituto quien, en cambio, sí responde frente al representado, como lo dispone el art. 2576 del C.C.

La regla de que la representación sólo es delegable con el consentimiento del representado no rige para la representación voluntaria que corresponda al administrador de las sociedades, que sí puede nombrar apoderados, como lo expresa el art. 149 de la L.G.S.M. En cambio, para la representación legal del síndico sí se necesita de tal consentimiento, así como el tutor que requiere el acuerdo o consentimiento del juez.

4.20 El Apoderamiento en Blanco o Carta Poder.

El apoderamiento en blanco es un caso particular de aplicación de la figura del documento en blanco, nombre con el cual se designa un documento que es suscrito o firmado por una persona sin haberse completado su contenido. Para que se pueda hablar del apoderamiento en blanco será menester, pues, que en el documento conste de alguna manera que lo que se firma o suscribe es una declaración de voluntad de apoderamiento. Se trata, pues, de una falta de integridad de la declaración de voluntad, en la que puede haber quedado en blanco o bien la designación de la persona del apoderado, o bien la concreción de las facultades que se le otorgan. A mi juicio la validez del apoderamiento en blanco no puede ser discutida, pues ninguna norma concreta impone un determinado contenido a la declaración de voluntad de apoderamiento y, además ocurre en todo documento en blanco, el documento va seguido de un pacto, aunque éste sea de naturaleza verbal, sobre la manera de llenar el blanco. ¿Cuál es la eficacia que produce? En principio parece claro que al crear el apoderamiento en blanco el declarante crea un signo exterior, que permite la confianza de los terceros en la existencia del apoderamiento y en la corrección o singularidad del documento una vez completado. Por consiguiente, creo que hay que deslindar dos planos o esferas distintas. Respecto de los terceros de buena fe, el apoderamiento en blanco una vez complementado vale como apoderamiento con todas sus consecuencias y el poderdante queda ligado con los terceros. Ello ocurre como ya se ha dicho, siempre que el tercero sea de buena fe. Esto es, cuando el tercero ha creído en la regularidad del apoderamiento y ha ignorado y no ha tenido o tiene motivos racionales para pensar otra cosa, la posible extralimitación cometida.

El segundo plano a considerar es el de las relaciones surgidas entre el poderdante o emitente de la declaración en blanco y la persona a quien hiciera entrega del documento en blanco y con quien concertara el pacto sobre la manera de llenarlo y, en su caso, el apoderado, que podrá ser la misma persona anterior u otra distinta. En esta relación se producen consecuencias de carácter exclusivamente jurídico-obligatorio, en lo que concierna al cumplimiento o incumplimiento del pacto de complemento del blanco y, por consiguiente, el eventual abuso de firma en blanco que se pueda haber cometido. Si ha existido incumplimiento o abuso, aparte el eventual carácter de delito que dicho acto puede tener, existirá un deber de resarcimiento o de indemnización, que en nada perjudica, sin embargo, la validez de los actos realizados con los terceros, siempre que, como ya se ha dicho, fueran de buena fe.

En cualquier caso conviene señalar que la prueba de que el apoderamiento se emitió inicialmente en blanco, así como la prueba del pacto relativo a la manera de llenar el blanco, corresponden al poderdante que quiera impugnar su eficacia o extraer de ello algún otro tipo de consecuencias.

En el otorgamiento de carta poder en materia laboral, es necesario que además de la rubrica de los testigos se consignen sus nombres, logrando así, una real identificación sobre su otorgamiento, así, se brinda la oportunidad de exigir responsabilidad u objetar la carta poder en cuanto a la capacidad legal de los testigos. De una considerable interpretación del art. 692, fracs. I y II de la Ley Federal del Trabajo se obtiene el anterior corolario.

Los que comparecen como testigos con carta poder y no se han consignado sus nombres en dicho documento, por tal omisión procede el incidente de falta de personalidad.

En este mismo orden de ideas el otorgante que confiere carta poder tiene la obligación de señalar los nombres, ya que de lo contrario no se contaría con la certidumbre de que efectivamente la misma se realizó por el otorgante ante dos testigos como lo establece la ley. Para obtener una convicción plena en que el otorgamiento fue conforme a la ley, deberán consignarse los nombres de los testigos para avalar el documento, dejando a la contraparte sin posibilidad de ejercitar las objeciones conducentes.

Los testigos, ante quienes se otorga una carta poder deben ser ciertos y determinados.

La costumbre, como las actividades vertiginosas del ser humano y el trafico jurídico han coadyuvado al uso desmedido del documento denominado carta poder ya impreso o conocido como de machote. Es importante que dicho poder se puede elaborar apegándose a los datos necesarios. Esta mención sirve de preámbulo para precisar que la L.F.T., en su art. 709, arts. III adopta un sistema propio, en donde autoriza a las juntas para tener por reconocida la personalidad a pesar de que el documento no se ajuste a la forma habitual, siempre y cuando se asienten los datos jurídicamente importantes. Otras leyes también adoptan este sistema.

Ahora bien, que se trate de un negocio formal no quiere decir que el poder tenga que ser completo, ya que cabe un poder en blanco. es decir otorgado en forma más o menos amplia, inclusive sin limitación alguna, y que se exteriorice en un documento privado (carta poder o poder otorgado en un contrato) incompleto, cuyo complemento quede a cargo del propio apoderado o de un tercero a quien inclusive, se le pueden otorgar facultades para escoger y designar al apoderado (cosa esta última, frecuente cuando el tercero a quien se acuda sea quien conozca a especialistas y técnicos que puedan representar al principal en la celebración de actos y contratos en que ni éste ni el tercero puedan intervenir personalmente).

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1133, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1820, que a la letra dice:

MANDATO, REQUISITOS DEL. Cuando el interés del negocio sea mayor de doscientos pesos y no llegué a cinco mil, bastará una carta poder, o sea un escrito privado, firmado ante dos testigos, sin que sea necesario para su validez, ni la previa ni la posterior ratificación de las firmas, y si el valor del negocio no llega a doscientos pesos, basta que el poder se otorgue verbalmente en autos, sin necesidad de testigos ni ratificación de ninguna clase.

TESIS RELACIONADA.

CARTAS PODER CUYAS FIRMAS NO NECESITAN RATIFICACION (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). Cuando en el otorgamiento de una carta poder el notario da fe de que en su presencia la suscriben las partes y los testigos, no es necesario la ratificación de firmas a que se refiere el artículo 2529 del Código Civil, cuyo objeto es sólo afirmar a comprobar la autenticidad de lo que se ha hecho fuera de la fe pública de los notarios, jueces o autoridades administrativas correspondientes, y en aquella hipótesis el acto se verifica ante la fe pública.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 436, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, página número 767, que a la letra dice:

REPRESENTACION DE UNA COMUNIDAD DE HECHO. ES LEGITIMA LA QUE CONFIERE LA ASAMBLEA DE COMUNEROS. Tratándose de una comunidad de hecho, no existe comisariado de bienes comunales; en tal virtud, cuando los propios comuneros nombran representante en asamblea para que por el mancomún realice las gestiones relativas a la devolución de las tierras que les han sido arrebatadas, y acordaron que se le extienda carta poder amplia para actuar ante las autoridades administrativas y judiciales, y el acta relativa firman todos los comuneros reunidos en la asamblea, y, posteriormente, un notario público certifica que las mencionadas firmas son auténticas y han sido ratificadas en su presencia; dicha nominación resulta más que bastante para que la comunidad se encuentre representada suficientemente por quien designó al efecto.

207

C A P I T U L O V

EL MANDATO.

- 5.1 Concepto y Características del Mandato.
- 5.2 Clasificación del Mandato.
 - 5.2.1 Elementos de Existencia.
 - 5.2.2 Elementos de Validez.
- 5.3 Obligaciones del Mandante.
- 5.4 Obligaciones del Mandatario.
- 5.5 Obligaciones del Mandatario Judicial.
- 5.6 Clases de Mandato.
 - 5.6.1 General y Especial.
 - 5.6.2 General para Pleitos y Cobranzas.
 - 5.6.3 General para Pleitos y Cobranzas y Actos de Administración.
 - 5.6.4 General Para Pleitos y Cobranzas, Actos de Administración y Actos de Dominio.
 - 5.6.5 Civil y Mercantil.
 - 5.6.6 Oneroso y Gratuito.
 - 5.6.7 Representativo y No Representativo.
 - 5.6.8 Revocable e Irrevocable.
 - 5.6.9 Judicial.
- 5.7 Distinción entre Mandato y Representación.
- 5.8 Distinción entre Mandato y Poder.
- 5.9 Distinción entre Mandato y Prestación de Servicios Profesionales.
- 5.10 Distinción entre Mandato y Comisión Mercantil.

C A P I T U L O V

EL MANDATO.

5.1 Concepto y Características del Mandato.

La institución de la representación tiene una utilidad trascendental al permitir la ejecución de diversos actos que no pueden llevarse a cabo por sus titulares ya sea por conveniencia o porque se encuentren incapacitados jurídicamente. La representación se ha pretendido explicar a través de las teorías: negativa, de la ficción, del nuncio, la cooperación y de la sustitución real de la personalidad o teoría de la modalidad. Por cuestiones de época la legislación mexicana adoptó la teoría de la ficción, sin embargo, desde el punto de vista teórico, la más aceptada ha sido la teoría de la sustitución real de la personalidad o teoría de la modalidad.

La legislación mexicana regula la representación bajo dos especies: la representación voluntaria y la representación legal. Esta se divide en representación voluntaria directa, que no es más que el análisis del poder ya realizado, finalmente la representación voluntaria indirecta se forma por un acto jurídico bilateral y se regula bajo la denominación del contrato de mandato.

Dada la importancia de la representación, conviene exponer lo que es el contrato de mandato.

El contrato de mandato es aquel por virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta de otra llamada mandante, los actos que éste le encarga.

Esta definición tiene gran utilidad doctrinal, pues a diferencia del Código de Napoleón y del de 1884 para el Distrito Federal, hace una clara distinción entre poder, mandato y prestación de servicios. El art. 2342 de este último establecía:

"Mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa."

En este artículo se nota confusión entre mandato y poder, ya que siempre era representativo, entre mandato y prestación de servicios, porque el objeto no se limitaba a la realización de actos jurídicos.

La diferencia en la definición del contrato de mandato en la redacción de los Códigos de 1884 y 1928, es comentada por los tratadistas Rojina Villegas, Lozano Noriega, Aguilar y Carbajal y Sánchez Medal, quienes coinciden en que en el Código actual, el mandato es un contrato, recae únicamente sobre actos jurídicos y en que el mandato dejó de ser representativo. (82)

El contrato de mandato tiene una enorme utilidad práctica ya que permite la ejecución de actos jurídicos sin que para ello sea necesaria la intervención directa del titular de esos derechos.

En relación a las características del mandato diré:

A) El mandato se caracteriza expresamente como contrato.

B) Los actos que debe ejecutar el mandatario, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales y en esto radica la especialidad de este contrato.

C) Una tercera característica que nos ofrece el C.C. vigente, consiste en que los actos jurídicos que realice el mandatario, como consecuencia del contrato, serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediata o mediatamente repercutirán en el patrimonio, o en general, en la esfera jurídica de éste.

(82) Cfr. Pérez Fernández del Castillo, *ob. cit.* p. 17.

D) Por último y desde un punto de vista negativo, el mandatario no obra siempre e indefectiblemente a nombre del mandatario, pues puede obrar a nombre propio.

Tradicionalmente, el mandato se refería a los actos ejecutados por cuenta y en nombre del mandante, es decir, comprendía la forma llamada mandato representativo. En la actualidad en el C.C., no es elemento de definición el que los actos se ejecutan en nombre del mandante, o sea, creando relaciones jurídicas directas entre el tercero y el mandante, a través del mandatario. En cambio ejecutar actos por cuenta del mandante, significa que la operación jurídica sólo afectará el patrimonio del mandante, pero cualquier relación de derecho se originará directamente entre el mandatario y el tercero. Posteriormente como consecuencia del mandato, aquellos efectos que se vincularon con la persona del mandatario, repercutirán en el patrimonio del mandante. Así se distinguen las dos posibilidades en el mandato o sea, el representativo y el no representativo, pero para la definición del contrato, el Código actual simplemente se refiere al mandato no representativo, sin que ello quiera decir que, cuando los actos se ejecutan en nombre y por cuenta del mandante, no exista este contrato. Es decir ya no es un elemento esencial o de definición el relativo a que los actos que ejecute el mandatario se lleven a cabo en representación del mandante. (83)

Comparando el anterior concepto con el Código de 1884, se encuentran diferencias notables, además de una mejor técnica empleada por el Código vigente. Según el Código de 1884, en su art. 2342, el mandato era un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa, es decir, era un acto por virtud del cual el mandatario se obligaba a ejecutar los actos que le encargaba el mandante. Por consiguiente, no se caracterizaba expresamente el mandato como un contrato, simplemente se decía que era un acto, aunque bajo mi concepto, no puedo considerar que el legislador de 1884 hubiera pensado en el acto jurídico unilateral, ya que clasificó al mandato en el Libro de los Contratos, en particular, y al emplear la palabra acto, simplemente usó la designación genérica de acto jurídico, que puede ser plurilateral o unilateral. Para el mandato, al colocarlo dentro de ese grupo, pensó indiscutiblemente en el acto jurídico bilateral.

(83) Jossierand *apud* Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Contratos. 6a. Edición. 1973. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. MEXICO p. 270.

En el Código de 1884, la definición comentada, decía que el mandatario se obligaba a ejecutar en nombre del mandante los actos que éste le encomendara. Consideró, como elemento de definición, por consiguiente, la representación en el mandato y no admitió el mandato no representativo, los actos jurídicos ejecutados en nombre del mandante creaban relaciones concretas y directas entre el mandante y los terceros, consecuentemente, también son actos ejecutados por cuenta del mandante, representado y afectando su patrimonio. No obstante que no era una novedad el mandato no representativo y que en materia comercial ya se había aceptado primero por la doctrina y luego por el derecho positivo, el Código de 1884, siguiendo la tradición romana, no aceptó el mandato no representativo. (84)

En el Código de 1884, no se requería que expresamente esos actos fuesen jurídicos, sin embargo de dicha expresión literal no cabía deducir que fuesen contenido del mandato los actos materiales. Es verdad que lo único que se exigía era que dichos actos fuesen lícitos. Decía así el art. 2344 del Código de 1884, "pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exija la intervención personal del principal interesado": Sin embargo, cabe objetar que al requerir el citado Código de 1884, que los actos se ejecuten en nombre del mandante por ese hecho únicamente quiso referirse a los actos jurídicos, que son los únicos que pueden celebrarse en representación de otro. (85)

En el Código vigente, por los términos del art. 2546, el mandato solo puede recaer o referirse a actos jurídicos.

5.2 Clasificación del Mandato.

Es un contrato principal, porque tiene autonomía jurídica propia, no depende de ningún otro contrato para su existencia, existe por sí sólo y tiene como objeto propio, la realización de actos jurídicos que le encomienda el mandante al mandatario, excepcionalmente puede ser accesorio cuando el mandato desempeña una función de garantía o de medio para cumplir una obligación preexistente, constituida a cargo del mandante, v.gr., cuando éste es deudor del mandatario y le da poder para el cobro de ciertos créditos suyos a efecto de que, con su pro-

(84) Rojina Villegas, *ob. cit.* p. 271.

(85) *Ibidem.*

ducto, se pague la obligación existente entre ellos. En ese caso el mandato esta vinculado con una operación anterior y tiene por objeto dar cumplimiento a la misma.

Es además bilateral, en virtud de que impone obligaciones recíprocas. en los Códigos de 1870 y 1884, el mandato sólo era gratuito cuando así se había convenido expresamente. De lo contrario la ley lo reputa por naturaleza oneroso, al imponer provecho y gravámenes recíprocos consistentes respecto al mandatario en ejecutar la misión que se le encargue, lo cual implica un gravamen para él y un beneficio para el mandante, con la obligación para éste de cubrir honorarios o una retribución al mandatario. El art. 2549 del Código Civil vigente estipula que el mandato será gratuito cuando así se haya convenido expresamente.

El contrato de mandato se caracteriza como formal por regla general, excepcionalmente puede ser consensual, es decir, debe constar por escrito, y para ciertos negocios, debe otorgarse en escritura pública. Excepcionalmente se acepta el mandato verbal en los negocios menores de doscientos pesos.

La ley establece, por lo que se refiere al mandato en general, que puede ser revestido de diversas formalidades. Es consensual, cuando el negocio no excede de doscientos pesos, sin embargo, para su perfeccionamiento, deberá ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio, art., 2552 del C.C.

Cuando el negocio exceda de doscientos pesos, pero no llegue a cinco mil pesos, podrá otorgarse en escrito privado ante dos testigos sin necesidad de ratificación de firmas, art.. 2556 del C.C. a este documento se le denomina comunmente carta poder.

Deberá otorgarse en escritura pública, o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas ante notario, juez o autoridad administrativa:

- a) Cuando se trate de un mandato general,
- b) Cuando la cuantía del negocio sea de cinco mil pesos o mayor, y
- c) Cuando en el ejercicio del mandato, el mandatario haya de celebrar un acto que deba constar en escritura púb-

blica, art. 2555 frac. III. Se ratifica ante autoridad administrativa, cuando el mandato se otorgue para la celebración de un acto ante una autoridad de esta naturaleza.

El mandato judicial tiene un formalismo especial, pues siempre se requiere escritura pública o escrito dirigido al juez ratificado ante su presencia.

Es un contrato *intuitu personae*, las obligaciones del mandante tienen que ser ejecutadas personalmente por el mandatario. Existe la excepción cuando se faculta al mandatario a sustituirlo o a otorgar nuevos poderes, art. 2574 del C.C.

5.2.1 Elementos de Existencia.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades manifestado en forma generalmente exterior, por el cual, las partes se ponen de acuerdo sobre el acto jurídico que se va a ejecutar y la contraprestación o el carácter que en su caso decreten las partes.

El consentimiento en el contrato de mandato no requiere ser contemporáneo, el mandante expresa su voluntad de contratar y posteriormente la acepta el mandatario en forma expresa o tácita.

Existen aquí reglas especiales a propósito del contrato que se analiza, el consentimiento no necesita la manifestación del acuerdo de voluntades en la misma forma que la pollicitación, existe determinada forma en el contrato, pero sólo para la manifestación de voluntad del mandante, y el mandatario no necesita expresar su voluntad en la misma forma.

Parafraseando el art. 2550 de C.C. el mandato puede ser escrito o verbal, debe manifestarse la voluntad en forma expresa. Siempre o casi siempre los mandatos se otorgan exclusivamente con la comparecencia del mandante, así éste comparece ante notario otorgando mandato a determinada persona, es él único que firma el protocolo del notario, y cabe preguntarse ¿Puesto que el mandato es un contrato, dónde está la aceptación del mandatario?. Parece un acto jurídico unilateral, puesto que sólo hay la voluntad del mandante, la respuesta es que el

Código Civil tiene derogaciones para expresar ese consentimiento, ese acuerdo de voluntades no en cuanto a la expresión de la voluntad del mandante, si no en cuanto a la expresión de voluntad del mandatario, el acuerdo de voluntades no requiere, en nuestro derecho, que se haga en la misma forma en que la pollicitación.

En el art. 2547 del C.C., se menciona que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. No dice nada nuevo, ya que se trata de un contrato, éste es un acuerdo de voluntades y no habiendo acuerdo de voluntades no podemos hablar de contrato. La segunda parte de éste mismo artículo si es interesante ya que nos señalada que el mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes y añade que la aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato, aquí se tiene la razón de por qué el mandatario no concurre al otorgamiento del mandato, porque basta que se ostente como mandatario, que esté ejecutando el mandato para que se entienda como aceptación tácita que es lo único que se necesita para que el contrato se perfeccione.

En el art. 1795 frac. IV se dice: El contrato puede ser invalidado porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. Pero a propósito del mandato la forma no se establece para el consentimiento sino para la manifestación de voluntad del mandante, ya que la manifestación del mandatario puede ser expresa o tácita. Basta la simple ejecución para que se entienda aceptado el mandato, aquí se puede observar cómo en esta materia de forma el mandato tiene alguna excepción a la regla de la Teoría General de las Obligaciones.

El art. 2547 del C.C., plantea estos dos problemas, hay dos clases de aceptación, tácita y expresa, ésta puede manifestarse de cualquier manera, verbalmente, por escrito o como sea. La tácita es todo acto en ejecución del mandato Pero hay algo más, el simple silencio cuando se satisfacen los requisitos que señala el art. 2547 en su segundo párrafo, vale por una aceptación, no hay ningún signo, hay el silencio, sin embargo ese silencio, derogando nuevamente a nuestra teoría general de

las obligaciones de que el silencio no tiene trascendencia en materia jurídica, produce efectos: el de una aceptación.

Los tres días de los que habla el párrafo segundo del art. 2547 del C.C., deberán contarse a partir de que se le haya hecho conocer, de manera fehaciente al mandatario dicho contrato.

Hay un problema doctrinal, así como el mandato puede ser aceptado tácitamente ¿podría ser éste otorgado tácitamente?. Planiol considera que sí, pero no aporta argumentos convincentes, indica la tradición, las costumbres para que el mandato pueda conferirse en forma tácita. Jossierand, en su curso de Derecho Civil, contradice a Planiol. (86)

En el Derecho Civil la respuesta no es muy clara pero trataré de aportar una solución. El Código Civil sólo habla de que el mandato puede ser escrito o verbal, pero no habla de la forma tácita, más que para su aceptación. Sin embargo en leyes diferentes al C.C., podría plantearse el problema, quizá hasta dentro del C.C., en materia de gestión de negocios se encuentra el art. 1896 que dice, "el que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio". El art. 1906 del C.C. dice: "la ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato, la ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió".

El gestor de negocios, precisamente por ser gestor, no tiene mandato, no estaba obligado a realizar los actos de cuya gestión se encargó. El dueño del negocio ratificó la gestión y se dice que la ratificación produce los efectos del mandato, pero con esta particularidad, con efectos retroactivos hasta el día en que principio la gestión, luego, se repite, podría decirse que el gestor fue un mandatario al que se le otorgó el mandato en forma tácita porque retroactivamente se considera que desde que hubo la gestión ya era mandatario.

En realidad no es el caso de un mandato tácito, se explica exclusivamente a través del efecto retroactivo de la ratificación, produce los efectos de un mandato. No debió haber

(86) Planiol y Jossierand apud Ernesto Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones. 5a. Edición. 1982. Editorial Cajica, S.A. Puebla, MEXICO. p. 342.

dicho así, sino simplemente se entiende como una representación, como si hubiese sido un representante, porque el mandato puede ejercitarse sin representación. Ese negocio útilmente gestionado cuando es ratificado por el dueño, se considera como si el gestor hubiese sido un representante del dueño, no como mandatario.

En la L.G.T.O.C., se encuentra una cosa muy curiosa a propósito de la facultad de obligar cambiariamente a otro. El art. 9 de esta ley dice: "la representación para otorgar o suscribir títulos de crédito se confiere mediante poder inscrito debidamente en el Registro de Comercio y por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante". En el primer caso, la representación se entenderá conferida respecto de cualquier persona y en el segundo, sólo respecto de aquélla a quien la declaración escrita haya sido dirigida. En ambos casos la representación no tendrá más límites que los que expresamente le haya fijado al representante en el instrumento o declaración respectivos.

Este mismo artículo ha planteado una serie de problemas, primero el mandato general para actos de dominio, comprende la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito. A mi modo de ver, con una interpretación jurídica exclusivamente, comprende esa facultad, leyendo lo que consigna el art. 2554 en su tercer párrafo del C. de C. Sin embargo se ha dicho que la L.G.T.O.C., como una ley especial mercantil ha establecido el procedimiento en el art. 9, por virtud del cual puede otorgarse la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito. El derecho común, en consecuencia, no es el que puede determinar cómo se va a otorgar la facultad a otro para obligar cambiariamente a una persona, es la ley especial, no basta el mandato general para actos de dominio, es necesario que conste la cláusula especial en el poder, la facultad para otorgar y suscribir títulos de crédito.

Pero hay más, no basta con que se dé esta facultad, es preciso que ese poder haya sido inscrito en el Registro Público de Comercio para que se entienda dada esa facultad, o bien por simple comunicación escrita, basta una carta. En la práctica se hizo así porque las escrituras de mandato omitían casi siempre la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito. Cuando empezaron a funcionar los bancos de crédito hipotecario, principiaron sobre la base de conceder esos créditos en emisiones de cédulas y éstas, por definición, son títulos de crédito, se encontraba con que casi todos los mandatos eran

para actos de dominio, podía constituir la hipoteca el mandatario pero no podía obligar cambiariamente al mandante.

El sistema me parece absurdo y criticable ya que se otorga la misma validez a una simple carta que no está autenticada, de la que no se ha dado fe de conocimiento alguno, que al mandato que contenga la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito, dado ante notario. Sin embargo así es la cosa, pero todavía la incongruencia es mayor, porque el art. 11 de la L.G.T.O.C., dispone: "Quien haya dado lugar, con actos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir en su nombre títulos de crédito, no podrá invocar la excepción a que se refiere la frac. III del art. 8, contra el tenedor de buena fe". Entonces esa ley que en un principio era tan exigente, que no sólo quería que se otorgara un mandato, sino que éste constara inscrito en el Registro de Comercio, que no admitía válida la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito en un mandato otorgado en forma de escritura pública, considera que por una simple omisión que haga fundadamente suponer que se ha otorgado a otro la facultad de obligarlo cambiariamente, queda obligado, entonces ya no es el mandato aquel inscrito en el Registro, ya no es la comunicación escrita, ya no es ni siquiera, la forma verbal lo que se necesita para otorgar esa facultad de obligar cambiariamente a otro, es la simple omisión, una negligencia. Esto no es un otorgamiento de mandato tácito en derecho civil, pero en la L.G.T.O.C., sí lo es.

Respecto al consentimiento, anteriormente consideré que si en el mandato podría haber un otorgamiento tácito y una aceptación tácita, el primer problema queda resuelto por la negativa, no es posible que haya un otorgamiento tácito, y respecto del segundo problema, nuestro Código Civil sí admite la aceptación tácita y que respecto a ciertos mandatos, el simple silencio hace las veces de aceptación, es decir, se atribuyen al silencio consecuencias jurídicas.

En cuanto al segundo elemento de existencia, el mandato da nacimiento a obligaciones de hacer, que son la realización de uno o varios actos jurídicos. El art. 2548 del C.C., establece que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado, se requiere por lo tanto la realización de actos jurídicos, la licitud de los actos y posibilidad jurídica.

El objeto indirecto del contrato de mandato recae exclusivamente sobre actos jurídicos que se encomiendan al mandatario. En el derecho romano cualquier acto podía ser objeto de mandato, ya fuera jurídico o material, era suficiente que tuviese un interés para el mandante para que fuera objeto del contrato. La legislación de 1928, en su art. 2546 a diferencia del derecho romano y del Código de 1884, especifica que el mandato sólo debe recaer sobre actos jurídicos. (87)

Respecto al objeto del mandato también tiene características especiales, debe recaer exclusivamente sobre actos jurídicos, como ya explique, estos actos jurídicos deben ser posibles jurídica y materialmente lícitos, por consiguiente el mandato no puede recaer sobre actos jurídicos que conforme a la ley, sean personalísimos. No puede haber mandato para otorgar un testamento o para declarar como testigo. En todos aquellos actos jurídicos en que cabe la representación, el mandato sí puede otorgarse.

Si los actos son ilícitos, el contrato estará afectado de una nulidad absoluta, amén de que técnicamente no serían actos, sino hechos ilícitos. Como una aplicación de este criterio se puede señalar que es nulo de pleno derecho el mandato por el que se encomienda a una persona vender estupeficientes.

Los actos jurídicos, además de ser lícitos, deben ser posibles, tanto física como jurídicamente. Podría presentarse el caso de un mandato para ejecutar actos jurídicos imposibles desde el punto de vista legal, en este caso el contrato es inexistente por falta de objeto.

5.2.2 Elementos de Validez.

Este elemento de Validez que es la capacidad, presenta en el mandato características especiales. No basta la capacidad general para contratar en el mandante, este debe tener una doble capacidad, para contratar y para ejecutar el acto jurídico que encomiende al mandatario. En un mandato para ena-

(87) Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. s/e. 1978, Editorial Epoca, S.A. México, D. F. MEXICO. p. 412

jenar, el mandante no sólo debe tener capacidad para contratar, sino también para enajenar.

Un menor emancipado que tiene capacidad general para contratar, pero no para ejecutar actos de dominio sobre inmuebles, no podrá conferir mandato para esta clase de actos. En cambio, el mandatario, basta que tenga capacidad general para contratar, en el mandato representativo. En el no representativo como la relación jurídica se constituye directamente entre mandatario y tercero, la capacidad del mandatario debe ser, no sólo general, sino especial para ejecutar el acto jurídico de que se trate.

Para celebrar el contrato de mandato, se necesita investigar cuál es la capacidad que debe exigirse para celebrar el contrato con el carácter de mandante y con el carácter de mandatario. La respuesta como ya se vio en líneas anteriores no puede ser una sino que es preciso hacer referencia a la capacidad del mandante y a la del mandatario, principalmente en atención a los actos jurídicos que se han encomendado se desempeñen a través del mandato. Esto respecto del mandante y respecto del mandatario es indispensable investigar si el mandatario va a obrar en nombre propio o con la representación del mandante.

El mandante requiere la capacidad normal de ejercicio para celebrar este contrato, pero también pueden celebrarlo los menores de edad y los incapaces, por conducto de sus representantes legales. Los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, pueden celebrar un contrato de mandato con una persona para la realización de determinados actos jurídicos por cuenta de los menores. También pueden otorgar poderes con ese carácter para la realización de actos de administración y pleitos y cobranzas y aún para ejercer actos de dominio con la salvedad de que el apoderado deberá satisfacer los requisitos legales para hacer ejercicio de sus facultades, como las de obtener la autorización judicial si se enajenan inmuebles.

Además, se requiere que el mandante tenga capacidad para ser titular de los derechos y obligaciones que le origine el ejercicio de las facultades conferidas al mandatario. Por eso, sólo una persona de nacionalidad mexicana, si es sociedad debe tener cláusula de exclusión de extranjeros, puede celebrar el contrato de mandato para que otra adquiriera a su nombre un inmueble ubicado en zona prohibida.

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

Como se ve, no se puede resolver el problema de la capacidad respecto del mandante de una manera general. Para celebrar el contrato de mandato basta la capacidad general, pero para la ejecución de los actos jurídicos que se encomiendan al mandatario es necesario investigar que clase de actos jurídicos son esos, para ver si los mismos requieren una capacidad especial en el mandante.

Para determinar la capacidad que requiere el mandatario, debe distinguirse si el mandato es con representación o sin representación.

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

Si el mandato es sin representación, el mandatario requerirá, además de la capacidad de ejercicio para poder actuar, de la capacidad de goce necesaria para poder ser titular en lo personal de los derechos y obligaciones que se originen de los actos que realice en su propio nombre. Esta capacidad especial se requiere para poder realizar plenamente ese acto jurídico, ya que no se está ostentando como un representante, sino que está actuando en nombre propio. Este es un problema más bien de ejecución del contrato, no se refiere a la capacidad para celebrar el contrato de mandato.

Respecto a la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato no existe ninguna regla especial en el contrato de mandato, siguen las reglas generales y no sufren modificación alguna en este contrato.

La ley siempre exige una forma determinada para la celebración válida de este contrato. Debe ser en forma verbal o por escrito.

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

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

Por último, debe constar en escritura pública o en documento privado firmado ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante Notario, ante Juez o ante Autoridad Administrativa ante quien se vaya a hacer valer el documento:

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

La falta de forma en los términos indicados, produce la nulidad relativa del contrato, ya que puede confirmarse el acto dándole la forma omitida, art., 2231 del C.C. La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados, art. 2229 del C.C., y la ley reputa interesado además del mandante y mandatario, a los terceros que hayan tenido relación con éste si procedieron de buena fe, art. 2558 a *contrario sensu*. Hay que tener presente que si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente cualquier interesado puede exigir que se le de al contrato la forma omitida, art. 2232 del C.C.

Citaré el art. 2586 del C.C., en donde se dice que "el mandato judicial será otorgado ante el juez de los autos. Si el juez no conoce al otorgante, exigirá testigos de identificación. La substitución del mandato judicial se hará en la misma forma que su otorgamiento".

Nuestro Código Civil admite cuatro posibilidades para dar cumplimiento a este requisito de que la forma debe constar por escrito:

A) Escritura Pública, es decir un instrumento otorgado ante funcionario público, Notario.

B) Carta Poder con ratificación de firmas, esta ratificación puede ser hecha ante Notario, ante Juez de Primera Instancia, jueces menores o de paz, o ante funcionarios administrativos, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos. Este apartado hay que explicarlo, si una persona da a otra poder para que lo represente en un trámite administrativo ante la Secretaría de Hacienda, el funcionario correspondiente de esta Secretaría podrá ratificar las firmas, pero ese mandato únicamente podrá ejercitarse concretamente para ese asunto administrativo que depende de la Secretaría de Hacienda. No podrá darse un mandato general para actos de administración ratificado por un funcionario administrativo, tiene que ser necesariamente ante Juez o Notario.

C) En Carta Poder sin ratificación de firmas.

D) Mandato judicial por escrito presentado ante el Juez que conoce del negocio y ratificación en presencia judicial, la intervención de testigos es para el caso de que el juez no conozca al mandante.

Todas estas formas escritas tienen alguna particularidad, es decir, tratándose de ciertos mandatos debe precisamente extenderse el poder en algunas de esas categorías de forma escrita. Pero hay una particularidad a propósito del contrato de mandato, la Carta Poder con ratificación de firmas equivale a una escritura pública.

Existe alguna discusión sólo a propósito del mandato judicial porque el art. 2586 antes mencionado, parece que

está eliminado a la carta poder. Este ha sido el criterio de algunos jueces, no participo en él para mí, tratándose del contrato de mandato, se equipara en rango, en jerarquía la Carta Poder ratificada y la escritura pública, el art. 2555 del C.C., me da la razón, y lo mismo el art. 2554 del C.C., en su párrafo primero, en mandatos generales que pueden ser ejercidos judicial o extrajudicialmente. Luego si ese mandato general puede ser de pleitos cobranzas y este mandato puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente, es válido el mandato puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente, es válido el mandato que se otorgue en Carta Poder aún cuando se trate de asuntos contencioso-judiciales.

Lo que dice este artículo es que el mandato judicial al que se refiere el art. 2586, es el mandato que ha sido conferido para cierto negocio judicial, por ejemplo cuando el mandante da poder a otro para que lo represente en el juicio sumario hipotecario que se sigue ante tal juzgado, ese es un negocio particular y entonces si se necesita una escritura pública, o un escrito presentado ante el juez de los autos ratificado. Pero repito la carta poder ratificada ante Notario o Juez, se equipara en rango, en jerarquía al mandato otorgado en escritura pública.

Volviendo a la cuestión de forma, se ha encontrado cuatro formas, dos de ellas se equiparan, el mandato otorgado en escritura pública y la carta poder ratificada ante Notario o Jueces. Quedan dos formas, el escrito firmado ante el Juez de los autos y el mandato sin ratificación de firmas. El primero de ellos, se otorga cuando se trata de un negocio judicial determinado y hay un Juez que conoce de este negocio, el art. 2586 indica que se trata de un mandato limitado o de un negocio judicial denominado mandato judicial. En el segundo y último de los casos se confiere cuando el interés del negocio no pase de doscientos pesos, aquí se está frente a un mandato verbal, que requerirá de todas formas de un escrito, pues debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio, como señala el art. 2552 del C.C. Cuando el negocio va de doscientos a cinco mil pesos, hay una forma que es el escrito provisional: la carta poder, el escrito privado que deberá ratificarse de conformidad con el art. 2556 del C.C. Luego es una forma también provisional, deberán ser ratificadas las firmas con posterioridad antes de que concluya el negocio, por analogía con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2552.

Pero hay algo más en relación al art. 2555, se da un mandato para que el mandatario venda, v.gr., un inmueble con

valor superior a quinientos pesos, como esa venta debe otorgarse en escritura pública para su validez, también el mandato debe ser otorgado en escritura pública o, cuando menos en carta poder con ratificación de firmas, la frac. III no hace excepción sino para esto: que el mandato debe ser ratificado desde el principio, por lo que señala el art. 2556 del C.C., la excepción es que se exija la previa ratificación cuando deba ejecutar un acto que debe constar en instrumento público.

Por lo que se refiere al problema de la nulidad por inobservancia de la forma, también el mandato presenta características especiales. Cuando no se otorga con las formalidades debidas, está afectado de nulidad relativa, y según la regla general, en toda nulidad de esa clase, cualquiera de las partes puede invocarla. En el mandato, además del mandatario y mandante, pueden invocarla los terceros que hubiesen contratado ya que a ellos afecta directamente el mandato, y la validez jurídica de la operación dependerá de que se hubiese observado la formalidad correspondiente. Del art. 2558 interpretado a contrario *sensu*, se desprende que los terceros que hubieren contratado sí pueden pedir la nulidad del mandato por falta de forma, cuando hubieren procedido de buena fe. Dice así dicho precepto: "Si el mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrán derecho de hacer valer la falta de forma del mandato".

Se introduce como modalidad, que no podrá invocarse la nulidad del mandato si se hubiere procedido de mala fe, es decir, conociendo la inobservancia de la forma. Se tiene como artículos especiales en esta materia, el 2557, 2558 y 2559. Según este último, en los casos de nulidad del mandato, el mandatario se constituye depositario de las sumas que hubiese recibido del mandante, para devolverlas inmediatamente y no podrán ser destinadas a la operación materia del mandato. En relación al art. 2557 del C.C., la omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden, anula el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiese obrado en negocio propio.

En el caso del art. 2557, podrá el mandante exigir del mandatario la devolución de las sumas que le haya entregado y respecto de las cuales será considerado el último como simple depositario.

5.3 Obligaciones del Mandante.

A) Anticipar al mandatario las cantidades requeridas para la ejecución del mandato. El mandante está obligado a anticipar al mandatario todas las cantidades que requiera para gastos o expensas en la ejecución del mandato así como las cantidades que a título de honorarios se hayan estipulado. Cuando el mandatario haya realizado los gastos o las expensas, el mandante tendrá la obligación de reembolsarlas aunque el negocio no haya salido bien. El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato..

B) Reembolsar al mandatario todas las cantidades que éste hubiere puesto para la ejecución de los actos encargados, con inclusión de los intereses legales sobre esas cantidades desde el día en que se hizo la erogación.

El artículo 2577 del C.C., dice:

"Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal de que esté exento de culpa el mandatario".

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo.

C) Indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios que se le hayan causado por el cumplimiento del mandato. El mandante estará obligado a indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que se le hayan causado en la ejecución del mandato, ya que todos sus efectos recaen en el patrimonio del mandante, por tal motivo, todos los daños y perjuicios resentidos por el mandatario en la ejecución del mandato deberán trasladarse al patrimonio del mandante. Esta regla está condicionada exclusivamente a que los daños y perjuicios resentidos por el mandatario no se produzcan por culpa o negligencia del mismo mandatario.

El supuesto de que el mandante no dé cumplimiento a estas obligaciones, el mandatario podrá retener en prenda las

cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que se trata.

El derecho de retención que se otorga al mandatario deberá ser momentáneo, es decir, que sólo podrá retener en prenda los objetos producto de la ejecución del mandato, condicionado a formalizar este derecho mediante una acción judicial. Ya que interpretarlo en otro sentido, sería aceptar que la legislación civil tutela la justicia por propia mano.

D) Pagar al mandatario los honorarios pactados. El mandante estará obligado a pagar al mandatario el importe de los honorarios pactados o los que señale la autoridad judicial, salvo que las partes de común acuerdo hayan convenido el carácter gratuito del contrato.

Estas mismas obligaciones serán aplicadas en relación al mandatario sustituto.

El art. 2549 del C.C., establece que solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente. Por eso el mandatario tiene derecho a una retribución por los actos jurídicos que realice por cuenta del mandante con la única excepción de que se haya pactado expresamente la gratuidad en el contrato. La retribución puede consistir en cualquier clase de bienes o servicios con las únicas limitaciones normales que establece la teoría general de las obligaciones en el sentido de que la conducta regulada del deudor sea lícita y posible. El problema que puede presentarse es el que origina la falta de estipulación expresa respecto a la gratuidad u onerosidad del contrato. Si no hubo pacto expreso, el mandante debe retribuir al mandatario, pero la ley no señala, en la regulación de este contrato, cómo debe determinarse esa retribución. Aplicando por analogía las disposiciones del contrato de prestación de servicios profesionales, se considera que debe retribuirse conforme al arancel si los servicios prestados estuvieren regulados por él, y si no existiere, conforme a las costumbres del lugar, a la importancia de los actos realizados del negocio, a las posibilidades económicas del mandante y a la reputación del mandatario.

E) Las obligaciones del mandante en relación con los terceros. La relación jurídica que nace del contrato de mandato puede originar a su vez una segunda relación jurídica entre el mandante y los terceros. Cuando se trate del mandato

con representación, el mandante deberá cumplir con todas las obligaciones que haya contraído el mandatario dentro de los límites o instrucciones del mandato. El mandante a su vez, tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre los terceros y el mandatario. El mandatario no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones de los terceros, salvo pacto en contrario.

El mandante tendrá opción de ratificar o rechazar los excesos de ejecución por parte del mandatario sobre los límites o instrucciones del mandato.

Cuando el mandatario haya obrado en su propio nombre el mandante no tendrá acción contra los terceros ni éstos contra el mandante.

Finalmente, en cuanto a la pluralidad de mandantes éstos serán responsables solidarios de todas las obligaciones frente al o los mandatarios, salvo pacto expreso en contrario.

Cuando diversos mandantes otorguen un mandato a un solo mandatario, como puede ocurrir en la copropiedad, en la herencia, todos los mandantes responden solidariamente en favor del mandatario, respecto de las obligaciones que impone el Código de anticipar, reembolsar, indemnizar y el pago de honorarios. Ahora bien, si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato. Cabe estipular una cláusula a *contrario sensu*, pactando que los mandantes responderán a prorrata.

5.4 Obligaciones del Mandatario.

A) Ejecutar en representación del mandante el acto jurídico encomendado, el mandatario deberá ejecutar personalmente el acto que se indica, sin embargo, el mandatario podrá encomendar la ejecución del mandato a un tercero cuando tenga autorización expresa del mandante para ello, en caso de que la autorización fuere especial el mandatario sólo podrá designar al sustituto que fue aprobado por el mandante y si se confiere autorización general el mandatario podrá designar a quien quiera, siendo responsable en caso de que el mandatario sustituto sea de mala fe o se hallare en notoria insolvencia. El

mandatario sustituto tiene para con el mandante los mismos derechos y obligaciones que el mandatario.

Esta facultad recibe dos connotaciones, la primera de ellas es la delegación y, la segunda, en sentido estricto, es la sustitución. En la primera el mandatario otorga a su vez un nuevo mandato y se convierte en mandante con respecto al segundo mandatario, de tal suerte que las relaciones jurídicas que se originan por virtud de la delegación son directas entre el segundo mandatario y el primero, quien funge como mandante con relación aquél y como mandatario respecto del mandante originario. En la sustitución, que también requiere cláusula especial, hay una verdadera cesión del mandato, de tal suerte que el mandatario sustituto entra en relaciones jurídicas con el mandante y el mandatario que sustituye el poder queda excluido, es decir, sale de aquella relación jurídica.

B) El mandatario deberá ejecutar el mandato conforme a las instrucciones expresas del mandante, si durante la ejecución del mandato sobreviene un acontecimiento que altere las instrucciones recibidas, el mandatario deberá consultar al mandante si lo permite la naturaleza del negocio, de no ser posible, ejecutará el mandato a su arbitrio con la prudencia necesaria, cuidando del negocio como si fuera propio. En todo caso, si a juicio del mandatario la ejecución del mandato pudiere resultar lesiva para los intereses del mandante, éste podrá suspender el cumplimiento del mandato notificando al mandante por el medio más eficaz el acontecimiento.

El exceso en la ejecución del mandato hará responsable al mandatario y quedará obligado a indemnizar al mandante de los daños y perjuicios, así como a la responsabilidad a que se haga acreedor frente a los terceros. El mandante, en todo caso, tendrá opción de ratificar el exceso que sobre las instrucciones recibidas haya realizado el mandatario o dejarlas a cargo del mandatario.

C) El mandatario tiene la obligación de informar al mandante de los acontecimientos que puedan motivar la revocación o modificación de las instrucciones durante la ejecución del mandato y notificar la ejecución del mismo. Toda esa notificación de acontecimientos es necesaria para que el mandante tenga posibilidad de cambiar las instrucciones o de revocar el contrato.

En virtud de que el efecto de la ejecución del mandato recae en los intereses patrimoniales del mandante, el mandatario tiene la obligación de llevar a cabo la ejecución del mandato de acuerdo con las instrucciones recibidas. Cuando se alteren las condiciones normales de ejecución y se puedan lesionar los intereses patrimoniales del mandante, éste deberá notificar inmediatamente al mandante para que modifique las instrucciones o revoque el mandato. En estas circunstancias el mandatario deberá suspender de inmediato la ejecución del mandato actuando como si el negocio fuere propio. También el mandatario deberá dar oportuna noticia al mandante sobre la ejecución del mandato en el tiempo prudente que se requiera para la notificación.

D) El mandatario está obligado a rendir cuentas exactas de su administración o ejecución del mandato. La rendición de cuentas será formulada por el mandatario al mandante en los términos del contrato, si no lo hubiere, cuando el mandante lo pida, y en todo caso al fin del contrato.

El mandatario al rendir cuentas de su encargo deberá entregar al mandante todo lo que haya recibido por virtud del mandato y como consecuencia de la ejecución del mismo, aún cuando lo recibido no fuere debido al mandante, a esto se le conoce como pago de lo indebido si lo hubo. Si el mandatario distrae las cantidades recibidas en la ejecución del mandato, estará obligado a pagar al mandante los intereses que correspondan, ya sea desde la fecha de la distracción o desde la fecha en que se constituya en mora para la entrega de esas cantidades.

En relación a esta última obligación del mandatario, el Código Penal regula un tipo delictivo en el Art. 386 que dispone:

"Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

Y respecto a los mandatarios el Art. 387 señala:

"Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán:

...

XIX.- A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A. o en cualquier institución de depósito dentro de los treinta días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de ese término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera, o la institución de depósito de que se trate a su propietario o al comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades

de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión."

Este precepto resulta contradictorio a los principios que sustentan el mandato, ya que el mandatario y mandante tienen un vínculo de confianza, si bien es cierto que el mandatario está obligado a rendir cuentas de acuerdo a lo estipulado en el contrato o a la ejecución del mandato, no existe ninguna obligación para los mandatarios con facultades generales o de administración o de dominio, para que el dinero producto de la ejecución del mandato, se deposite en una institución bancaria, so pena de cometer el delito de fraude. Este precepto resulta injustificado, ya sea que la sanción penal en todo caso, sería extensiva de la obligación civil. Consecuentemente, si el Código Civil no contempla la obligación de depositar en una institución financiera las cantidades que se obtengan por la ejecución del mandato, dicha norma adolece de justa causa, pues el mandatario lícitamente puede custodiar las cantidades obtenidas en ejecución de su encargo. Por otra parte, resulta contradictorio que la codificación civil reconozca como lícito un acto jurídico y la legislación penal, a su vez, lo tipifique como delito.

Cuando la pena pública es extensiva de una sanción civil, tiene como fin esencial acentuar la rigidez de la libertad contractual, como sucede con el fraude de usura. Pero en este caso, la represión legal debe quedar circunscrita a que se sancione primero por el Derecho Civil, y en todo caso, se extienda a la pena pública. Si el mandatario no incurre en responsabilidad civil por el hecho de custodiar el dinero, títulos o valores durante la ejecución del mandato, resulta infundada y de dudosa constitucionalidad la regla del Código Penal.

E) Las Obligaciones del Mandatario en Relación a los Terceros. El mandatario será responsable frente a los terceros sólo cuando haya traspasado los límites expresos del mandato, los actos realizados en exceso a las instrucciones del mandato serán nulos y, consecuentemente, no producirán ningún efecto en relación al mandante. Sin embargo, el tercero no tendrá acción contra el mandatario por todos los daños y perjuicios que se le ocasionen, a menos que el tercero hubiere conocido los límites del mandato y hubiere aceptado el exceso, en cuyo caso el tercero que hubiere contratado con el mandatario que se excedió en sus facultades no tendrá acción contra éste,

si le hubiere dado a conocer cuáles fueron aquéllas y no se hubiere obligado personalmente por mandante.

Las reglas sobre las relaciones jurídicas entre el mandante y los terceros sólo son aplicables al mandato con representación,

En cuanto a la pluralidad de los mandatarios, cuando una persona designa varios mandatarios para el mismo negocio, el derecho puede reglamentar la responsabilidad del mandante de dos maneras: Admitiendo la simple mancomunidad de los mandatarios o la solidaridad entre ellos. El Derecho Romano y el antiguo Francés dispusieron que cuando un mandato se otorgaba en el mismo acto a diversas personas para un mismo negocio, todos los mandatarios respondían solidariamente por los daños y perjuicios o por el incumplimiento de las obligaciones respecto del mandante. Pero el Código Francés y el nuestro, dicen que los mandatarios responden separadamente, es decir, cada mandatario responderá por los daños y perjuicios que hubiese él directamente causado o por el incumplimiento de las obligaciones en que hubiese incurrido. De conformidad con el art. 2573 del C.C. que dice:

"Si se confiere un mandato a diversas personas respecto de un mismo negocio, aunque sea en un sólo acto, no quedarán solidariamente obligados si no se convino así expresamente.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 4, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, página número 5, que a la letra dice:

ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO. Para que aun mandatario se le pueda considerar como responsable del delito de abuso de confianza, se necesita que, al concluir el mandato, hecha la liquidación de cuentas y requerido para que haga el saldo de su cuenta no lo verifique.

TESIS RELACIONADAS.

ABUSO DE CONFIANZA DELITO DE. Los tres elementos que constituyen la figura delictiva denominada abuso de confianza son: la entrega de la cosa en virtud de la confianza o de un contrato que no transfiera el dominio; que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y que el acusado disponga de los fondos para otros objetos distintos de los indicados, sabiendo que no le pertenecían.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1134, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 1826, que a la letra dice:

MANDATO, ACTOS EJECUTADOS POR UN MANDATARIO CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE DEL MANDANTE PARA EVITAR LA CADUCIDAD EN EL JUICIO DE AMPARO. Si habiendo fallecido el quejoso de un amparo, su mandatario sigue promoviendo para evitar la caducidad del juicio, no procede el sobreseimiento del propio juicio de amparo, pues resultaría evidentemente un perjuicio para los intereses del quejoso si su mandatario no siguiera agitando para evitar la caducidad y por lo tanto es aplicable lo dispuesto en el artículo 2480 (sic) del Código Civil que establece que aunque el mandato termina por la muerte del mandante, debe el apoderado continuar en la administración entre tanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio.

5.5 Obligaciones del Mandatario Judicial.

Los arts. 2588 y 2591 del C.C. imponen obligaciones específicas al mandatario judicial, las cuales consisten en:

A) Seguir el juicio por todas sus instancias y procurar la mejor defensa del mandante, el mandatario-procurador, aceptado el poder, está obligado a seguir el juicio por todas sus instancias mientras no haya cesado en su encargo por alguna de las causas expresadas en el art. 2595. De igual manera tiene la obligación de practicar bajo la responsabilidad que el Código Civil impone al mandatario, cuando sea necesario para la defensa de su mandante, arreglándose al efecto a las instrucciones que éste le hubiere dado, y no las tuviere, a lo que exija la naturaleza e índole del litigio.

El incumplimiento de esta obligación no sólo trae aparejada una responsabilidad de carácter civil sino que se extiende a la pena pública, al prescribir el Código Penal lo siguiente:

"Art. 232.- Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión.

....

II. Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y

III. Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa."

B) Seguir las instrucciones del mandante, salvo que la naturaleza e índole del litigio aconsejen otra cosa. Esta obligación corresponde a la que se señaló en segundo lugar para el mandatario general.

En este caso el mandatario deberá actuar de acuerdo a los conocimientos propios de la profesión y a las obligaciones del contrato de prestación de servicios profesionales que obligan al mandatario con patente de ejercicio profesional, no sólo a poseer el título respectivo expedido por la autoridad u

organismo competente y a la patente de ejercicio profesional sino a ser un perito en derecho.

C) El mandatario queda obligado a pagar todos los gastos que se causen en la instancia, en todo caso, podrá solicitar al mandante el pago anticipado o el adelanto de los pagos o expensas y los honorarios para dar cumplimiento a la obligación consignada en el art. 2588, frac. II. Quedando a salvo el derecho que tiene el mandante a su reembolso.

D) No aceptar el mandato de la parte contraria de su mandante en el mismo juicio, aunque haya renunciado al mandato o este haya cesado. En consecuencia de que el mandante confía al mandatario todos los secretos para la buena marcha del mandato judicial, por ese hecho, el mandatario estará impedido de aceptar la representación de la parte contraria en el mismo juicio aunque el mandato judicial haya cesado. El cumplimiento a esta obligación, además de la sanción civil que corresponde, será extensiva al derecho penal como lo prescribe el código respectivo en los términos siguientes:

Art. 232.- Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio, o negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria.

La anterior obligación del mandatario judicial recibe también el nombre de prevaricación cuando se actualiza, esto es cuando el mandatario judicial incumple con su obligación. El origen de la regla viene desde el derecho romano que se aplicaba generalmente a los que faltaban a los deberes de su cargo ya fuera en juicio público o privado, este delito se hizo extensivo a los abogados cuando ayudaban a la parte contraria traicionando a quien en él confiaba. Más tarde, este delito se redujo a los deberes el abogado en relación con la representación y el secreto profesional. (88)

(88) Digesto de Justiniano. Tomo III. D. 45 15 *apud* Juan Iglesias. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado.

E) Conservar el secreto profesional. El mandatario deberá abstenerse de revelar los secretos confiados por su mandante, independientemente de la responsabilidad civil que le resulte por el incumplimiento de esta obligación, se hará acreedor a las sanciones siguientes prescritas por el Código Penal:

Art. 210.- Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Art. 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado sea de carácter industrial.

F) No abandonar el desempeño de su encargo, sin nombrar a un sustituto, teniendo facultades para ello, o sin previo aviso al mandante para que nombre a otro mandatario, aunque tenga justo impedimento para desempeñar el mandato.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1133, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1821, que a la letra dice:

MANDATO JUDICIAL. DISPOSICIONES QUE LO RIGEN. Aún aceptando que la falta de personalidad pueda hacerse valer en cualquier momento, debe tomarse en

cuenta que un poder especial para representar en juicio al otorgante, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2586 del Código Civil, por tratarse de un mandato judicial, no se rige por las disposiciones contenidas en el artículo 2555 del propio Código.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1134, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1822, que a la letra dice:

MANDATO, SUBSISTENCIA DEL, DESPUES DE LA MUERTE DEL MANDANTE. El mandatario judicial debe continuar en el ejercicio del mandato, después del fallecimiento del mandante, en todos aquéllos negocios en que haya asumido la representación de éste, entre tanto los herederos no provean por sí mismos esos negocios, siempre que de lo contrario pudiera resultarles algún perjuicio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2600 del Código Civil.

5.6 Clases de Mandato.

Desde distintos puntos de vista puede clasificarse el contrato de mandato, en representativo y no representativo, oneroso y gratuito, general y especial, en civil y mercantil, revocable e irrevocable y judicial.

El contrato de mandato en relación a terceros se clasifica en mandato con representación y mandato sin representación, en relación a la retribución y cuando esta se pacte y existan provechos y gravemente recíprocos, será oneroso, cuando se pacte expresamente que el mandante no tendrá obligación de retribuir al mandatario será gratuito, este contrato es generalmente oneroso y por excepción gratuito. En relación al acto jurídico que se encomienda, puede ser un mandato general o un especial. Por razón de la materia que los regula puede ser mandato civil o mercantil. Atendiendo a la naturaleza del acto del mandato, por ser un contrato *intuitu personae*, es revocable, sin embargo, cuando es en beneficio e interés del mandatario y

no el del mandante, se puede pactar y otorgarse en forma irrevocable. Por último como clase final del contrato de mandato, en nuestro Código Civil en el Capítulo V, se estudia el mandato judicial. Es el que se otorga para cierto negocio jurídico de carácter contencioso, ese mandato judicial puede otorgarse ante el mismo juez de los autos o ante notario, tiene reglas especiales y me ocupare de él en tiempo oportuno.

5.6.1 General y Especial.

El mandante puede conferir al mandatario mandatos generales. Estos a su vez se subdividen en tres categorías diferentes: mandato general para pleitos y cobranzas, mandato general para actos de administración y mandato general para actos de dominio.

El Código de 1884 reglamentó el mandato general sólo para actos de administración en el que deberían enunciarse las facultades que se conferían. En cambio la legislación de 1928 regula el mandato general para pleitos y cobranzas, para actos de administración para actos de dominio, de tal manera genéricos que su sola enunciación es suficiente para considerar implícitas todas las facultades que correspondan al tipo de mandato de que se trata, solo cuando el mandante pretenda limitar las facultades contenidas en el mandato general, deberá enunciarlas específicamente, o en todo caso, otorgar un mandato especial.

Las legislaciones que siguieron al Código de Napoleón, aceptaban el poder general para actos de administración, no así para actos de riguroso dominio, pues en éste caso, las facultades concedidas se debían enunciar expresamente.

La necesidad y la práctica notarial mexicana, hicieron que se creara la figura del poder general para pleitos y cobranzas y para actos de dominio. Al inicio del presente siglo las leyes del Notariado de los Estados de Jalisco y Michoacán de Ocampo, iniciaron su aplicación, esta última del 3 de junio de 1907 en el art. 55, que disponía:

En los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará decir que se dan con todas las facultades generales y especiales que requieran cláusula particular conforme a los C6-

digos Civil y de Procedimientos, para que el apoderado pueda representar al poderdante en todo negocio de jurisdicción voluntaria, contenciosa y mixta, y en materia de criminal, mercantil y federal, comprendiendo el recurso de amparo, y para gestionar desde el principio hasta la conclusión de los asuntos.

En los mandatos generales para administrar bienes, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades de administración. En los que se otorguen para actos de dominio, bastará expresar que se confieren con ese objeto, para que el mandatario tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para cualesquiera gestiones para defenderlos. Cuando se quisieren limitar, en los tres casos que este artículo contiene, en las facultades de los apoderados se consignarán las limitaciones o los poderes se harán especiales.

La aceptación de esta disposición es una muestra más de colaboración de la práctica notarial en la evolución de las instituciones jurídicas.

En el Código Civil vigente, el mandato es general cuando no tiene limitación alguna, especial cuando se refiere a casos concretos. El Código al regular estas categorías de mandato, se refiere también al poder:

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

El legislador para evitar que en cada caso de otorgamiento de un poder, se enuncien todas y cada una de las facultades conferidas al apoderado, tan extensas como la imaginación o la creatividad lo permita, adoptó la fórmula de los mandatos generales, establecidas en el art. 2554, basta que se diga que es general para que se entiendan implícitas todas las facultades, según se trate de la categoría de mandato para pleitos y cobranzas, actos de administración o actos de dominio. Quiero hacer notar que el art. 2553 se refiere al mandato general y especial y el 2554 al poder general. Este último establece:

"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, en 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 redacción de este artículo fue aceptada por la Organización de los Estados Americanos en el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, suscritos por todos los países de América, ratificado y publicado en el Diario Oficial de la Federación de la República Mexicana el 3 de diciembre de 1953.

El art. 2554 en su primer párrafo, establece el mandato para pleitos y cobranzas, que otorga facultades tanto para el ámbito judicial como extrajudicial, el segundo, se refiere para actos de administración y el tercero para actos de riguroso dominio. Existen actos que por su naturaleza, no se puede determinar claramente si se requiere poder general para actos de administración o actos de dominio.

Manuel Borja Soriano, para el análisis y resolución de esta distinción entre estas dos categorías de actos, expresa que es necesario primero que nada, determinar el tipo de patrimonio a que pertenece el acto que se ejecuta y después, saber cual es el alcance de facultades de administración y de dominio en cada patrimonio. Distingue entre patrimonio de derecho común, de explotación y de liquidación. Más tarde abordaré este punto.

Los mandatos especiales son aquellos que se celebran para la realización de determinados actos jurídicos o los que habiéndose celebrado con facultades para pleitos y cobranzas, para actos de administración o para actos de dominio, se le imponen limitaciones al mandatario. Este mandato ya no abarca una categoría de actos, abarca un simple acto. Para dar un mandato especial no es necesario acudir al art. 2554, pero por ejemplo puedo dar un mandato a B diciéndole: Te otorgo poder para que vendas la casa X y para que en ejercicio de este mandato especial goces, para ese sólo fin, de las facultades que a los apoderados generales para actos de dominio señala el párrafo tercero del art. 2554, es un mandato especial con facultades amplísimas de acuerdo con el art. 2554, ese mandatario podrá conducirse como dueño de ese bien, pero únicamente para eso, podrá cobrar el precio, etc., es un mandato general limitado a un negocio.

¿En que difiere el mandato general del especial? En que tratándose de mandato general el mandatario pueda realizar cualquier tipo de actos con tal de que sean de la categoría del mandato general que se le dio. El mandatario tiene facultad en el primer caso, para exigir judicial o extrajudicialmente el cobro de cualquier deuda u obligación para el mandante, porque se refiere a una categoría determinada de actos. En cambio si se da un mandato especial ese sólo puede referirse al acto en particular para el que fue dado. Se da un mandato para comprar la casa X, el poder del mandatario se agota con la realización de ese acto, no podrá comprar la casa Y o Z. Tiene que ser precisamente limitado al objeto para el cual se dio. De aquí que entre esas dos clases de mandato la regla de interpretación sea diferente.

La regla de interpretación en el mandato general es en forma extensiva, hay facultades implícitas. Basta decir que se otorga un mandato general de cualquiera de las tres categorías que menciona el art. 2554 en sus tres primeros párrafos, para que el mandatario dentro de esa categoría de actos, goce de toda clase de facultades. No es necesario enumerar todos

los actos que puede realizar el mandatario, basta con indicar la categoría a la que corresponde el mandato para que el mandatario goce de toda clase de facultades dentro de esa categoría.

En cambio en el mandato especial la regla de interpretación es restrictiva, sólo podrá realizar el mandatario aquellos actos para los que expresamente haya sido facultado por el mandante.

En el mandato general, si se quiere limitar el objeto del mandato, habrá que consignar esa limitación, si está no se consigna, se entiende que el mandatario goza dentro de esa categoría de actos que involucra el mandato general, de las facultades más amplias.

El mandato general para actos de administración tiene implícitas las facultades del mandato general para pleitos y cobranzas. El mandato general para actos de dominio comprenderá a su vez las facultades del mandato general para pleitos y cobranzas y las del mandato general para actos de administración.

El Código Civil tratando de ser explícito en cuanto a las facultades que se encuentran comprendidas en su totalidad, señala que, en todo caso, cuando se quieren 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.

En relación al imperativo que se impone a los notarios de insertar el texto del art. 2554, debe entenderse en el sentido de que el notario insertará el texto del artículo en la escritura correspondiente y no en los testimonios, ya que éstos son una copia fiel de la escritura. Concedido lo más, debe entenderse concedido lo menos.

El párrafo tercero del art. 2554 es muy ilustrativo al respecto dice: En los poderes generales para ejercer actos de dominio (la categoría mas alta) bastará con que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño. Podrá vender, permutar, hipotecar, dar en prenda, donar, puede realizar todo género de actos, puede conducirse como dueño, puede celebrar un contrato de arrendamiento, que es un

contrato típico de transmisión del uso, la administración, etc. Pero añade el mismo párrafo: tanto en lo relativo a los bienes como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos. Aquí queda también incluido el mandato general para pleitos y cobranzas puesto que puede actuar de cualquier manera para defender esos bienes y esa manera podrá ser judicial o extrajudicial. Luego, el mandato para actos de dominio involucra los otros dos mandatos generales.

Ahora bien, aun cuando el párrafo segundo no señala más que facultades administrativas el que tiene un mandato para actos de administración puede realizar cobros. En materia de Registro Público, el art. 3038 del C.C., nos lo puede demostrar: Los padres, como administradores de los bienes de sus hijos, los tutores de menores e incapacitados y cualesquiera otros administradores, aunque habilitados para recibir pagos y dar recibos, sólo pueden consentir en la cancelación del registro hecho en favor de sus representados, en el caso de pago o por sentencia judicial. Luego el mandatario general para actos de administración, tendrá facultades de cobranzas. Entonces, en el mandato general para actos de administración, debemos entender involucrado el mandato general para pleitos y cobranzas.

Sin embargo, quiero aclarar esto: la interpretación que hice es lógica, doctrinal. En la práctica no es aconsejable dar un mandato para actos de dominio con el fin de que se administre o se cobre, aún cuando es claro que dicho mandato general comprende a los otros dos. Es preferible en la práctica, dar en un mandato las tres clases de poderes generales.

El párrafo cuarto quedó ya explicado.

El último párrafo añade: Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen. En realidad, está mal redactado, para entenderlo se necesita considerar los antecedentes del precepto. Tradicionalmente en todos los códigos del mundo (porque ésta es una innovación del Derecho Mexicano), el mandato general no recae sino sobre actos de administración. Para actos de riguroso dominio se necesita expresamente enunciar la categoría de actos que puede realizar el mandatario. Analizando un contrato de mandato general en los términos del Código de 1884, se daba un mandato general para realizar toda clase de actos de administración, pero no de dominio, en consecuencia el mandante tenía que enumerar todos esos actos de disposición que el mandatario podría realizar y si se omitía algo el mandato era incompleto.

Entonces, el Código Civil vigente simplifica el problema y dispone: vamos a establecer tres clases de mandatos generales porque es peligroso dar un simple mandato general que comprende todo. Pero en vez de tener que hacer un enunciado de todo acto o de los objetos que el mandatario va a poder realizar, vamos a establecer ese mandato con facultades implícitas, basta dar un mandato general para actos de disposición, de dominio, para que pueda el mandatario vender, hipotecar, pignorar, realizar cualquier acto de disposición. Pero si se quiere limitar ese mandato, se consigna la limitación y entonces se dirá: se otorga mandato general para actos de dominio, pero el mandatario no podrá donar bienes. Sigue siendo un mandato general, pero limitado, ya no hay facultad implícita en ese sentido porque consta expresamente la limitación.

Con ese cambio de técnica jurídica respecto a la consideración del mandato general, se pensó en la conveniencia de que la persona que otorgase un mandato de carácter general viese cuál era la trascendencia del contrato que realizaba, si alguien da un mandato para actos de disposición sin limitarlo, el mandatario podrá vender, hipotecar, podrá conducirse como dueño respecto del patrimonio del mandante, será necesario advertir al mandante de cuál es la trascendencia del contrato que celebra.

Y esta fue la intención del legislador contenida en la parte final del art. 2554, de que el notario haga las advertencias al mandante sobre la clase de contrato que va a otorgar. Insisto en la mala redacción, como decía antes, porque el testimonio no se lee al interesado, sino que es una copia exacta certificada, auténtica, de lo que consta en el protocolo, y en éste no se inserta el artículo. Sería conveniente que se hubiese dicho que los notarios tienen obligación de insertar el artículo en las escrituras mismas, en el protocolo, porque entonces como la Ley del Notariado impone la obligación de leer el instrumento el interesado se dará cuenta de cual es la trascendencia del acto que realiza.

El mandato general tiene casi siempre un contenido patrimonial y en alguna de esas excepciones queda comprendido un mandato general con facultades de contraer matrimonio desprovisto de contenido patrimonial.

Tratándose de mandato especial, la interpretación es restrictiva, sólo las facultades que se han conferido al mandatario, sólo éstas que especialmente se le han dado, son de las que goza, no hay facultades implícitas como tratándose del mandato general.

Finalmente para entender claramente la diferencia entre el mandato general para actos de administración y el de actos de dominio hay que acudir a la opinión de Manuel Borja Soriano en su Teoría General de las Obligaciones respecto de los distintos patrimonios. A continuación transcribo la opinión de dicho tratadista.

"A) Patrimonio de Derecho Común.

El Problema. Dicen nuestros Códigos que: los bienes de cierta clase pertenecen en administración al hijo menor de edad (C.C.a. arts. 378 y 380; C.C.v. arts. 429 y 435); el emancipado tiene la libre administración de sus bienes (C.C.a. art. 593 y C.C.v. art. 643); los que ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes que pertenecen a los que están bajo ella (C.C.a. art. 374; C.C.v. art. 425); el tutor está obligado a administrar los bienes de los incapacitados (C.C.a. art. 497; C.C.v. art. 537, IV); el representante del ausente es administrador de los bienes de éste (C.C.a. art. 609; C.C.v. art. 660); el mandato general no comprende más que los actos de administración (C.C.a. art. 2350); en los poderes generales para administrar bienes bastará expresar que se dan con este carácter, para que el apoderado tenga toda clases de facultades administrativas (C.C.v. art. 2554). Ahora bien, ¿Cuáles son las facultades de los administradores, cuáles son los actos de administración? La respuesta la vamos a dar en las tres reglas siguientes.

Primera Regla. Para determinado administrador un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo faculte para ejecutarlo o le niegue esa facultad. Los preceptos aludidos son principalmente los que a continuación citamos:

Mujer casada bajo el régimen de separación de bienes: C.C.a. arts. 2077 y 2093.

Menor casado: C.C.v. art. 173.

Emancipado: C.C.a. art. 593, II y III y C.C.v. art. 643, I.

Marido administrador de la sociedad legal: C.C.a. art. 2025, 2027 y 2035.

Padres y demás ascendientes en ejercicio de la patria potestad: C.C.a. arts. 382, 1920 y 3156; C.C.v. arts. 436, 2496 y 3038. Código de Procedimientos Civiles de 1884, art. 1474 y Código de Procedimientos Civiles de 1932, art. 920.

Tutor: C.C.a. arts. 403, 514, 518, 519, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 544, 1068, 1920, 2939, 3156, 3676 y 3677; C.C.v. arts. 449, 557, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 573, 575, 576, 1654, 2946; Código de Procedimientos Civiles de 1884, arts. 1452, 1472 y 1474; Código de Procedimientos Civiles de 1932, arts. 915, 921 y 922.

Representantes de ausentes: C.C.a. art. 609 y 636; C.C.v. arts. 660 y 686.

Mandatario: C.C.a. arts. 1785, 1822, 2350, 2612, 2938, 2939 y 3155; C.C.v. arts. 2401, 2402 y 2868.

Procurador: C.C.a. art. 2387; C.C.v. art. 2587.

Socio administrador: C.C.a. arts. 2286 y 2287; C.C.v. art. 2712.

Segunda Regla. Para un administrador son actos ya de administración, ya de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los otros administradores, según los artículos citados en la primera regla y que son aplicaciones hechas por nuestros Códigos de la noción de acto de administración, por oposición la mayor parte de las veces al acto de disposición. Con este criterio debemos considerar:

Actos de administración: recibir pagos, consentir en la cancelación del registro de una hipoteca u otro registro cuando reciba el pago de la obligación respectiva; hacer pagos; dar bienes en arrendamiento hasta por nueve años o recibiendo rentas anticipadas hasta de tres años según el Código Civil de 1884, o bien dar bienes en arrendamiento hasta por cinco años o recibiendo rentas anticipadas hasta de dos años según el Código Civil de 1928; prestar dinero sobre segura hipoteca; aceptar donaciones, herencias y legados.

Actos de disposición: donar, vender y en general enajenar bienes (especialmente inmuebles, muebles preciosos y alhajas) y derechos (especialmente reales); dar en prenda, hi-

potecar o gravar de otra manera bienes y derechos (especialmente inmuebles); dar bienes en arrendamiento por más de nueve años con anticipo de rentas por más de tres años según el Código Civil de 1884, o bien por más de cinco años o con anticipación de rentas por más de dos años según el Código Civil de 1928; dar bienes en anticresis; hacer remisión, repudiar herencias; cancelar hipotecas, su registro y extinguir derechos reales; dar fianza; recibir dinero prestado; transigir y comprometer en árbitros; conformarse con la demanda sobre inmuebles, etc., renunciar la prescripción pendiente o la consumada. Judicialmente: desistirse, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes y recusar.

Tercera Regla.- Faltando texto legal, debe acudirse a la noción misma de acto de administración como la expone Bonnecase, basándose en preceptos del Código Napoleón, con los que sustancialmente concuerdan los de nuestros Códigos, con la advertencia de que en estos Códigos dentro de los actos de administración están incluidos los de conservación, que tienen por objeto evitar que un bien se pierda por su propietario.

Para Bonnecase, el patrimonio de derecho común es un patrimonio cuyo elemento capital es esencialmente estable, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, y el acto de administración sin comprometer dicho elemento, tiene por fin hacer fructificar ese capital, o sea, a un conjunto de bienes o a un bien determinado y aún utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y todo acto susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento (Supplément, T. III, Núms. 338 - 342).

Teniendo en cuenta dicha noción, hay que considerar, por ejemplo, como actos de conservación comprendidos en los de administración, los de interrumpir una prescripción y enajenar los bienes que estuvieren sujetos a perecer; como acto de administración contraer obligaciones en cuanto sea necesario para la administración (Laurent, Tomo XXVII, núms. 420 y 421), y como actos de disposición, novar obligaciones, conformarse con las sentencias y demás resoluciones judiciales.

B) Patrimonio de Explotación.

Carácter distintivo. Bonnecase, juzga "que es patrimonio de especulación un conjunto de bienes considerados en

su valor más bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos. El patrimonio de un comerciante representa el tipo de patrimonio de especulación" (Suppl., T. III, número 340, Pág. 675).

Y agrega que el acto de administración aplicado al patrimonio de especulación, acto al que llama de gestión, es amplio y se aproxima quizá más aún al acto de disposición del Derecho Civil que el acto de administración (Suppl., T. III, núms. 340, págs. 675-676 y núms. 341, pág. 678).

Las ideas de Bonnecase son aplicables en nuestro Derecho a los administradores de los bienes de los comerciantes y de las sociedades comerciales, ya que el acto de comercio por excelencia consiste en adquirir para enajenar y realizar esta enajenación (Véase Código de Comercio, Art. 75, Fracs. I y II, 117 y 189 y Ley General de Sociedades Mercantiles, Art. 10).

Laurent y Baudry. Laurent sostiene que "El mandato de administración no da al mandatario el derecho ... de hacer ningún acto de disposición" (T. XXVII, núm. 419).

Baudry-Lacantinerie y Wahl enseñan lo contrario, diciendo: "Ciertos autores deciden, de una manera absoluta, que los actos de disposición están enteramente prohibidos al mandatario general. Esta solución no puede aceptarse; todo lo que quiere la ley es que el mandatario general no pueda sino administrar; pero le confiere el derecho de administración en toda su plenitud. Ahora bien, hay casos en que la administración es imposible sin actos de disposición y otros casos en que la administración consiste en disponer; así, aún los autores que combatimos, por razones que poco prueban, reconocen la validez de ciertos actos de disposición celebrados por el mandatario general. La fórmula mejor es ésta: El mandatario general puede ejecutar todos los actos, aún de disposición, que tienen por objeto la administración" (T. XXIV, Núm. 523 *Traité Théorique et Practique de Droit Civil*).

Yo creo que el criterio de Laurent es el que debe aplicarse al patrimonio de derecho común y el de Baudry-Lacantinerie y Wahl al patrimonio de explotación.

Ejemplos: Se forma una sociedad con el objeto de adquirir un terreno, dividirlo en lotes y vender éstos. La venta de lotes será un acto de administración.

La Ley General de Instituciones de Crédito, en su art. 17, fracs. II y XVI, permite a los bancos de depósito adquirir inmuebles en pago de deuda o para asegurar crédito ya otorgado; pero debiendo ser liquidados por el banco dentro del plazo que señala la fracción últimamente citada. Las ventas que deben hacerse, según dicho precepto, son actos de administración.

C) Patrimonio de Liquidación.

Su carácter distintivo.- Este patrimonio consiste en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados con el fin, generalmente, de desinteresar a los acreedores de ese patrimonio (Bonncase, Ob. cit., número 340, página 676).

Sociedades. Tal es el caso de una sociedad mercantil puesta en liquidación, en la que los liquidadores tienen como facultades cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba, vender los bienes de la sociedad y liquidar a cada socio su haber social (Véanse arts. 242, fracs. II, III y IV, 246 y 247 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Según el Código Civil de 1928, disuelta la sociedad se pondrá en liquidación (Art. 2726); la liquidación se hará por liquidadores y a falta de ellos, por los socios (Art. 2727); se cubrirán los compromisos sociales, se devolverán los aportes de los socios y se repartirán entre éstos las utilidades (Art. 2728).

El Código Civil de 1884 se limita a declarar aplicables a la partición entre socios, las reglas establecidas para la partición entre herederos (Art. 2316).

Herencia. El albacea, que es administrador de los bienes de la herencia, tiene las facultades consignadas en los arts. siguientes, con las limitaciones contenidas en ellos: C.C.a. arts. 2939, 3727, 3730, fracs. II, IV, V, VII y VIII, 3736, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3774, 3775, 3778, 3779, 3780, 3784, 3786, 3787, y 3788; C.C.v. arts. 1704,

1706, fracs. II, IV, V, VII y VIII, 1713, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1763, 1765, 1766 y 1767; Código de Procedimientos Civiles de 1884, arts. 1860 a 1863; Código de Procedimientos Civiles de 1932, art. 841. (89)

5.6.2 General para Pleitos y Cobranzas.

El mandato general para pleitos y cobranzas se reduce sólo a las cobranzas o a las acciones judiciales o extrajudiciales que se relacionen con ese fin.

La legislación mexicana prescribe que cuando se otorgue un mandato general 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 entienda conferidos sin limitación alguna.

5.6.3 General para Pleitos y Cobranzas y Actos de Administración.

El mandato general para actos de administración es aquel en el que se faculta al mandatario para realizar todos los actos jurídicos que tengan como fin la conservación o acrecentamiento ventajoso del valor económico del patrimonio del mandante. Dentro de las facultades de administración no queda incluida la facultad de enajenar, por cualquier título, ya sea parcial o totalmente el patrimonio del mandante, pues las facultades de disposición sólo corresponden al mandato para actos de dominio. El acto de administración del mandato general queda circunscrito al concepto de explotación económica sin llegar a los actos de disposición. El patrimonio en explotación, teoría sustentada por Bonnecase, no se refiere a los actos de administración del mandato, ya que éste sólo tendrá por objeto la conservación y la obtención de ventajas económicas por efecto de las gestiones administrativas, sin llegar a la disposición bajo el pretexto de que ésta redunde en beneficio de una mejor administración.

(89) Borja Soriano, *ob. cit.* p.p. 259-263

El acto de administración a que se contrae el mandato general tiene una función más jurídica que económica. En cambio el patrimonio en explotación va más allá del concepto jurídico de representación por estar vinculado estrictamente a la valoración y acrecentamiento económico del patrimonio, es decir, es un acto puramente económico.

El Código Civil determina que cuando se confiera un mandato general para actos de administración bastará expresar que se da con ese carácter para que el mandatario tenga toda clase de facultades administrativas.

5.6.4 General Para Pleitos y Cobranzas, Actos de Administración y Actos de Dominio.

Dentro de los mandatos generales, el de dominio es el más amplio y riesgoso, dado que el mandante pone en manos del mandatario todas las facultades de disposición de su patrimonio. En virtud de este mandato general, el mandatario podrá realizar todos los actos de disposición con excepción de los actos jurídicos personalísimos como el testamento o la donación.

El Código Civil señala que cuando se otorgue un mandato general para actos de dominio bastará que se de con ese carácter para que el mandatario tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos.

5.6.5 Civil y Mercantil.

Son mandatos civiles los que no son mercantiles y que hagan referencia a actos jurídicos que pueden llegar a afectar la situación personal o patrimonial del mandatario. El mandato civil es el contenido en el Código Civil y que confiere la administración de los bienes, también faculta para que se enajenen e igualmente autoriza al mandatario para que se haga cargo de todos los actos judiciales en que el mandante sea parte.

El mandato mercantil se regula por los arts. del 273 al 308 del C. de C. El mandato mercantil es el que se aplica a actos concretos de comercio y recibe el nombre de comisión mercantil. Respecto a las partes se llama comitente al que confiere comisión mercantil o bien quien encarga la realización de los actos y comisionista quien desempeña la comisión. En los términos del articulado señalado el precepto de comisión mercantil estará vinculado necesariamente a los actos de comercio que como tales sean considerados por el Código de Comercio. En la definición de comisión mercantil que nos brinda el C. de C., no se expresa que los actos concretos de comercio sean necesariamente jurídicos, pero dentro del concepto de acto de comercio, se sobreentiende que serán actos jurídicos.

5.6.6. Oneroso y Gratuito.

En nuestro derecho a semejanza de lo que ocurre a propósito del contrato de depósito, el contrato de mandato es naturalmente oneroso, también aquí se puede encontrar una diferencia entre el Código Civil vigente y los anteriores, y en general con la tradición jurídica. Tradicionalmente y desde el Derecho Romano, el mandato fué gratuito, entre amigos. El mismo término mandato deriva del latín *manus dare*, dar la mano, el mandato fué esencialmente gratuito.

En el Código Civil vigente no sólo es esencialmente gratuito, sino que por naturaleza es oneroso. Quiero decir con ello que para que el mandato sea gratuito debe haber un pacto expreso en ese sentido. Si no se ha estipulado remuneración para el mandatario esto no trasciende en cuanto a que el contrato de mandato pierda el carácter de oneroso.

Si no hay estipulación expresa en cuanto a la remuneración, se atenderá a la costumbre del lugar, a los aranceles si los hay, o en último término al arbitrio judicial.

Son contratos de mandato gratuitos, exclusivamente aquellos en que se haya pactado expresamente entre mandante y mandatario, que éste no perciba retribución alguna, por la ejecución de los actos encomendados.

Son contratos de mandato onerosos, por exclusión y por determinación de la ley todos aquéllos en los que no se

haya verificado alguna estipulación expresa de gratuidad, por el contrario si por definición de la ley y atendiendo a su naturaleza en el mandato oneroso se pacte expresamente una retribución por la ejecución del acto jurídico, pues en éste último supuesto, la retribución se regulará en los términos estipulados. Y por falta de estipulación al respecto y atendiendo a lo oneroso del mandato se atenderá a la primera obligación del mandante antes analizada.

5.6.7 Representativo y No Representativo.

En el Derecho Romano se regulaba al mandato como una prestación de servicios, no se conocía el mandato representativo, pues la representación no se aplicaba a ningún negocio. El mandato por naturaleza y por definición no es representativo, algunos autores al calificar esta figura, la denominan representación indirecta, en la doctrina francesa, se llama de testa ferros o prestanombres, sin embargo, puede suceder que simultáneamente se otorgue un mandato y un poder, en cuyo caso, se trata de un mandato con representación directa. En este supuesto los actos celebrados por el mandatario, repercutirán directamente en el patrimonio del mandante, pues en virtud del poder, el mandatario actuará a nombre y por cuenta del mandante. (90)

El mandato por ser un negocio por medio del cual una persona se obliga a realizar actos jurídicos concretos por cuenta de otra, es el vehículo o cauce más adecuado para la realización del poder. La frecuente unión de estas figuras jurídicas, es la razón por la que la mayor parte de los Códigos regulan indistintamente el mandato y el poder. Insisto, algunos autores sostienen que el mandato sin representación es la excepción, cuando en realidad es la regla.

El Código Civil establece la relación existente entre el mandante, el mandatario y los terceros:

Art. 2561. Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con

(90) Exposición de Motivos del Código Civil para el D. F. de 1928. p. 37.

quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

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

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Existe mandato con representación cuando el mandatario desempeña el mandato, es decir, realiza los actos jurídicos que le ha encomendado el mandante, a nombre de éste, ostentándose como un representante, actuando no en nombre propio, sino del mandante, entonces sí, al mandato lo acompaña la idea de representación. Pero debo insistir en que no todo mandato es representativo, como se vio anteriormente y como se desprende de la lectura del art. 2560 del C.C. Naturalmente que los efectos de los actos jurídicos realizados por el mandatario con terceros, según se trate de mandato representativo o sin representación, serán diferentes.

En el mandato representativo precisamente porque interviene la representación, se entiende que el mandante aprovecha directamente los beneficios y soporta también los perjuicios del acto jurídicos realizado. En otras palabras, se establece una verdadera relación de carácter jurídico entre el mandante y el tercero con quien contrata el mandatario, por que éste obra en nombre del mandante, en nombre y con la representación de éste.

Se considera mandato con representación cuando el mandatario se ostenta frente a los terceros con esa calidad. El mandante a su vez, podrá ejercer frente a los terceros todas las acciones que se deriven del acto jurídico realizado por el mandatario. Por otra parte, los terceros tendrán acción para exigir del mandante todas las obligaciones que se derivan del acto jurídico celebrado con el mandatario.

Se considera mandato sin representación cuando el mandatario al llevar a cabo la ejecución del acto jurídico no se ostenta frente a los terceros con ese carácter sino a nombre

propio. Basta que ejecuta el mandato para que tenga plena eficacia en relación al mandante. Este mandato se realiza con la condición de que todos los efectos jurídicos recaigan en el patrimonio del mandante. Es muy común que el mandante no desee que los terceros conozcan quien pretende realizar ese acto jurídico, por lo cual, expresamente instruye al mandatario para que actúe frente a los terceros como si éste tratara a nombre propio. Esta figura ha dado motivo para considerar al mandatario como testarferro o prestanombres ya que los efectos repercuten en el patrimonio del mandante y no en el del mandatario.

Al respecto el C.C. en su art. 2560, prescribe: El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante.

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asuntos fuere personal suyo. Exceptuándose el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Josserand distingue el mandato no representativo del derecho mercantil, en el cual el comisionista se presenta ostensiblemente ante el público como actuando por otro, pero no en su nombre. (91)

A manera de ejemplo de mandato sin representación menciono: si una persona quiere comprar el terreno de su colindante, pero teme que debido a esta circunstancia se lo quiera vender a un precio más alto que el normal, celebra un mandato sin representación, para que el mandatario a nombre propio adquiriera el inmueble al precio justo y posteriormente, en rendición de cuentas, se lo retransmita.

(91) Josserand *apud* Gutiérrez y González, *ob. cit.* p. 344.

En esta figura jurídica encontramos las siguientes circunstancias:

A) Existencia de un negocio jurídico entre mandante y mandatario, oculto para el tercero.

B) Necesidad de que el mandante dé al mandatario las expensas necesarias para la celebración del acto concertado en el mandato.

C) Otorgamiento del contrato de compra-venta en el que adquiere el mandatario a nombre propio.

D) Posteriormente en rendición de cuentas, el mandatario realiza la transmisión y entrega al mandante el bien adquirido. En el mandato con representación no es así, desde que el mandatario celebra los actos encomendados, surten efectos directa e inmediatamente en el patrimonio del mandante.

Este mandato origina lo que se conoce en Derecho como simulación por interposición de persona, pues se simula que determinada persona comprará para sí, cuando en verdad lo hace para otra persona, pero esta simulación no queda incluida entre las que se cometen en perjuicio de los acreedores para defraudarlos y en vista de la comisión de un hecho ilícito. Y yo, en lo particular, propongo que más que hablar de simulación se hable de reticencia. Para hablar de la simulación que es de dos tipos: absoluta y relativa, sería menester realizar un estudio tan considerable como el presente y no es el caso que me ocupa.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1819, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2930, que a la letra dice:

GERENCIA DE LA SOCIEDAD ANONIMA, CARACTERISTICAS DE LA. El cargo de gerente o administrador de una sociedad, al igual que el mandato, deriva de una relación jurídica personalísima; pero todavía más acentuada que en el man-

dato, la naturaleza personalísima caracteriza en mayor grado la gerencia de una sociedad anónima, por razones que se desprenden de la Ley General de Sociedades Mercantiles. De conformidad con el artículo 2546 del Código Civil del D. F., aplicable supletoriamente en materia mercantil, de acuerdo con los artículos 2 y 81 del Código de Comercio, el mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a efectuar, por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga. Lo que significa que mientras que en el mandato sólo se comprende la obligación de realizar actos jurídicos, en cambio los gerentes o administradores de una sociedad anónima pueden hallarse obligados a efectuar tanto actos materiales como actos jurídicos. Al respecto, es atendible la opinión de Roberto L. Mantilla, visible en la página 389 de su obra Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S. A., Cuarta Edición, que dice: "La ley considera que los administradores son mandatarios de la sociedad (arts. 142 y 157). Al hacerlo se confunde, como es frecuente, la representación y el mandato: olvida, incluso, que puede haber mandato sin representación (art. 2560 C.C.). El mandatario sólo está obligado a realizar actos jurídicos (art. 2546 C.C.); los administradores también están obligados a realizar actos materiales". Por otro lado, mientras que conforme a lo dispuesto por el artículo 2574 del Código Civil del D.F., el mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato, si tiene facultades expresas para ello, en cambio, el artículo 147 de la Ley General de Sociedades Mercantiles estatuye que los cargos de administrador o consejero y de gerente son personales y que no podrán desempeñarse por medio de representante. Lo que revela que las obligaciones de tipo estrictamente personal inherentes al cargo de gerente como son las de informar a su representada sobre todos y

cada uno de los motivos y desarrollo de los actos de la gestión, sólo a él competen. Se está frente a una obligación de hacer, no de dar, cuyo incumplimiento, como cualquier obligación de hacer, puede originar daños y perjuicios que importen un valor económico, que precisamente por revestir carácter pecuniario (no la obligación de hacer), pueden jurídicamente transmitirse a la sucesión del gerente. El artículo 2027 del Código Civil de D.F., dispone, en lo conducente, sobre el particular: "si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible".

5.6.8 Revocable e Irrevocable.

Esta es otra categoría de mandato. Por regla general, todos los mandatos son revocables, tradicional y precisamente porque el contrato de mandato es *intuitu personae*, el mandante ha tenido la facultad de revocar el mandato y el mandatario la de renunciar al poder. Sin embargo, el Código Civil vigente trae como novedad al respecto, el art. 2596 del C.C. que adolece de errores en la redacción, para entenderlo debemos leer primero el art. 2595 frac. I, que dispone que el mandato termina: I.- Por la revocación.

La revocación en el mandato, a diferencia de lo que ocurre entre otros contratos y que la debemos entender como un acuerdo de voluntades, es la declaración unilateral de voluntad del mandante en el sentido de dar por terminado el contrato, de igual forma que la renuncia es la manifestación unilateral de voluntad por parte del mandatario, de dar por terminado el mandato.

Añade el art. 2596 del C.C.

"El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquéllos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condi-

ción en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída.

En estos casos, tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie al mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause. Insisto, el artículo se encuentra mal redactado, debieron haberse hecho dos artículos en lugar de uno sólo porque así no tiene sentido lo que expresa.

La regla general es que todo mandato puede ser revocado cuando lo quiera el mandante, luego añade el artículo dos casos de excepción:

I.- Que el mandato se haya conferido como una condición puesta en un contrato bilateral.

II. Como un medio para cumplir una obligación contraída.

En estos casos, el mandato es irrevocable. Si aquí hubiese terminado el artículo, estaría perfectamente bien. Hay que fijarse que el mandato que nuestro Código llama irrevocable nunca puede ser un mandato general, porque siempre debe referirse a algo especial: Condición en un contrato bilateral y, medio para cumplir una obligación contraída.

Por ejemplo, A y B celebran un contrato de compraventa. A vende a B una casa; B paga el 50% del precio, y entonces, como condición de ese contrato bilateral, B se compromete otorgando un mandato irrevocable a A para que cobre de C una cantidad que le debe y se aplique esa cantidad al pago del precio.

En otro ejemplo, como medio de cumplir una obligación contraída: B es deudor de A, aquél es abogado, no puede pagar porque no tiene medios y le propone a A que le confiera un mandato para que lleve el juicio X y los honorarios que le correspondieran serían el pago de lo que debe. En estas condiciones, si A revoca el mandato, producirá un daño a B, porque en los dos casos que señala el art. 2596, sobre mandato irrevocable.

cable, el mandato se está otorgando en interés del mandatario, no en interés del mandante, que es la regla general.

Por eso la regla general es que el mandato sea revocable porque el mandato siempre es en interés del mandante. Hasta aquí la redacción es correcta al igual que el párrafo siguiente, del art. 2596 del C.C.

Cabría preguntarse, si hay mandato irrevocable ¿este último párrafo se refiere a la primera o a la segunda parte?.

La parte primera permite revocar el mandato cuando y como parezca al mandante. Relacionando la última parte del artículo comentado con la primera, parece que sólo se trataría en caso de revocación ya que la parte primera no menciona la renuncia, además parece que ambas partes son contradictorias, pues si bien la primera parte indica: revocar el mandato cuando le parezca, la última indica que habrá de indemnizar si lo hace en tiempo inoportuno.

Entonces ¿se habrá de admitir que se refiera a la parte segunda?. Y en esta hipótesis no habría mandatos irrevocables, ya que todo mandato irrevocable o irrenunciable, podría revocarse o renunciarse con la consecuente indemnización.

Por otro lado, hay opiniones basadas en el párrafo final del art. 2596, que consideran al mandato siempre como revocable al establecer la obligación de indemnizar con el pago de daños y perjuicios para quien revoque inoportunamente, o sea, la irrevocabilidad la tratan como una obligación de no hacer que tiene una sanción en caso de incumplimiento.

Otras más, conceptúan que el tercer párrafo del mencionado artículo habla del mandato en general, y no del irrevocable, puesto que éste es un caso de excepción. Otras, con fundamento en el art. 2600 del C.C., sostienen que el mandato puede ser irrevocable, pues continua aún después de la muerte del mandante.

En mi opinión, el mandato que ha sido otorgado con carácter irrevocable, lo sigue siendo sin que pueda revocarse.

Al respecto sería oportuno comentar las ideas de Eduardo Baz, que en su trabajo sobre el Mandato Irrevocable concluye:

A) El mandato, dada su naturaleza, puede ser revocado por el mandante.

B) Sólo en los casos de excepción mencionados en el art. 2596 del C.C., el mandato es irrevocable.

C) La irrevocabilidad en los dos casos en cuestión, resultan con o sin pacto expreso que la estabilidad, basta con que se estipule el otorgamiento del mandato como condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una obligación contraída.

D) No puede estipularse válidamente la irrevocabilidad del mandato en casos diversos de los previstos por el art. 2596, porque este precepto señala tales casos como los únicos en que el mandante no puede revocar el mandato libremente, siendo la revocabilidad característica del mandato, las excepciones a la regla general tienen aplicación limitada a los casos previstos por ellos. (92).

Como ya decía antes, el mandato irrevocable debe ser siempre limitado y nunca general o amplísimo, pues se debe circunscribir al cumplimiento de una obligación contraída o contrato bilateral, cuando su otorgamiento sea una condición.

Para evitar fraudes que son frecuentes en la práctica, se dispuso que aunque el mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, no tuviera esa facultad en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída.

La parte referente a la irrevocabilidad del mandato fue tomada del art. 1977 del Código Civil argentino, que establece: El mandato es irrevocable en el caso en que él hubiese sido la condición de un contrato bilateral o el medio para cumplir una obligación contratada.

(92) Eduardo Baz. Mandato Irrevocable. Revista de Derecho Notarial, N.º 24, Año 1964. p. 30

El jurista Federico de Castro realiza la siguiente aportación: Con el pacto de irrevocabilidad, la causa del poder concedido deja de ser la confianza del representante en el representado. Cambian los papeles en la relación jurídica. La entrega del poder se hace ahora en favor del llamado representante o mandatario. El representante no es colaborador que ha de seguir las instrucciones del representado, por la cláusula de irrevocabilidad, el llamado representado enajena facultades propias, las entrega y las deja en poder del llamado representante. Esta enajenación de facultades podrá denominarse apoderamiento, pero no es ya poder representativo sino *ex altera causa*.

Dicha enajenación cabe que sea el modo de dar una garantía a los acreedores, en caso de liquidez del deudor, como contraprestación de concederle una moratoria de no embargarle o no pedir su declaración de quiebra o bien, sirva para asegurarse de una buena administración de los bienes del deudor, en beneficio de acreedores de diversos tipos, que en compensación de ello no exigen otra garantía más onerosa del cumplimiento de sus créditos. La validez entonces del pacto de irrevocabilidad será admisible, pero no en cuanto unido a un mandato o representación, sino a un contrato de otra naturaleza (93).

Por último, dada la inestabilidad que existe en la doctrina y en las resoluciones judiciales respecto de la irrevocabilidad del mandato en la forma planteada en el art. 2596, considero conveniente incluir una cláusula penal en la redacción de los instrumentos que establezca un mandato irrevocable, que cuantifique los daños y los perjuicios para el caso de su revocación.

5.6.9 Judicial.

El mandato es aquí es aquél que se otorga ante un juez, con el fin de que sus efectos jurídicos se lleven a cabo en esa jurisdicción o bien, puede ser también, utilizando otro concepto, aquél en el cual se le confieren facultades al mandatario para actuar en procedimientos judiciales. A este con-

(93) Federico de Castro y Bravo. Temas de Derecho Civil. Editorial Rivadeneira, S. A. Madrid, ESPAÑA. p. 113.

trato se le aplican las mismas reglas que al mandato común, con las siguientes excepciones:

A) El mandatario judicial llamado Procurador requiere de facultades expresas para que pueda: desistirse, transigir, comprometer en árbitros, articular y absolver posiciones, en este punto sólo podrá absolver posiciones para hechos propios, por lo tanto, aunque tenga facultad expresa para absolver posiciones, si se trata de hechos propios del mandante, éste deberá absolverlas directamente. Continuando con sus facultades de mandatario judicial, podrá éste hacer cesión de bienes, recusar, recibir pagos y para los demás actos que expresamente determine la ley. Sin embargo, si se celebra el mandato como general con facultades amplias para pleitos y cobranzas, en los términos del primer párrafo del art. 2554, se entienden comprendidas las facultades enunciadas.

B) Respecto a la forma, debe celebrarse en escritura pública o en documento presentado y ratificado ante el juez de que esté conociendo el asunto, sin necesidad de testigos, que sólo se exigirán como de identidad si el juez no conoce al otorgante o mandante.

C) No pueden ser procuradores los funcionarios y empleados de la administración de justicia en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción, ni los empleados de la Hacienda Pública en cualquier causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos Distritos. El mismo artículo establece que no pueden ser procuradores los incapacitados, pero esto no constituye una excepción a las reglas generales de la capacidad.

D) En relación con las obligaciones del procurador, una vez aceptado el mandato debe seguir el juicio por todas sus instancias mientras no haya cesado su representación, debe anticipar los gastos que puedan originarse y debe realizar las diligencias necesarias conforme a las instrucciones recibidas o conforme a la naturaleza o índole del litigio para la defensa del mandante.

E) El procurador es responsable de los daños y perjuicios que puedan originarse al mandante, además de las sanciones que determine el Código Penal si revela al contrario los secretos de su mandante o cliente o si le proporciona documentos o datos que lo perjudiquen.

F) El procurador que ha sustituido sus facultades puede revocar la sustitución si tiene facultades para ello.

G) Aunque el procurador tenga justos impedimentos para desempeñar el encargo, no podrá abandonarlo sin substituir sus facultades, si está autorizado para ello, o en su defecto, sin dar aviso a su mandante, para que designe a otra persona.

H) Por último, además de las causas normales de terminación de todo mandato, el judicial concluye: por separarse el poderdante de la acción u oposición de que haya formulado, por haber terminado la personalidad del poderdante, por haber transmitido el mandante a otros sus derechos sobre la cosa litigiosa, luego que la transmisión o cesión sea debidamente notificada y que se haga constar en autos, por hacer el dueño del negocio alguna gestión en el juicio, manifestando que revoca las facultades del procurador o el mismo mandato y por nombrar el mandante otro procurador para el mismo negocio.

5.7 Distinción entre Mandato y Representación.

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

La representación puede conferirse directa y exclusivamente por la ley, como en el caso de la patria potestad, por el simple hecho del nacimiento de la persona física sus padres son sus representantes en ejercicio de la patria potestad. También puede conferirse por virtud de un procedimiento judicial con fundamento en una norma que imponga la necesidad de nombrar un representante a una persona que sea incapaz de hacer valer por sí misma sus derechos o cumplir con sus obligaciones, a un ausente, o a un sujeto o sujetos que sean causahabientes a título universal de otro que ha fallecido, como es el caso de los tutores, del representante del ausente o del albacea. No obstante que la representación es una figura y que, por lo tanto, toda representación es siempre legal, este tipo especial de representación toma la calificación de legal, para diferenciarla de aquélla que no es imprescindible y necesaria, sino

que se confiere intencionalmente y a la que se califica de voluntaria.

Si la representación se confiere deliberadamente por una persona capaz a otra, para que en su nombre realice determinados actos jurídicos, toma el nombre de voluntaria.

Se pueden señalar como diferencias principales entre estas dos clases de representación las siguientes: la representación legal es necesaria, ya que de otra manera se suprimiría la personalidad jurídica de las personas que no pudieran hacer valer por sí mismas sus derechos, ya que la situación de no tener un derecho se equipara a tenerlo y no poder hacerlo valer; es, en términos generales, irrenunciable, porque se dejarían desamparados a los incapaces; no es revocable, porque el incapaz no puede realizar el acto revocatorio y las facultades del representante son fijas, ya que ni él ni su representado las pueden restringir ni ampliar. La representación voluntaria, en cambio, es prescindible, eludible, revocable a voluntad del representado, renunciable por el representante y las facultades del representante son variables, diversas, según la intención de quien las confiere.

La distinción entre mandato y representación salta a la vista si se toman en cuenta los conceptos de uno y otra y las características del primero. El mandato es un contrato, la representación no; el mandato nace por el acuerdo de las voluntades del mandante y el mandatario, la representación legal se origina directamente por la ley o de un procedimiento fundado en una norma de derecho; el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio, el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales, ya que la ley no establece ninguna limitación.

Por último, puede celebrarse un mandato con representación, caso en el cual el mandatario deberá obrar en nombre del mandante y por su cuenta; o bien, puede celebrarse sin representación y, en ese supuesto, el mandatario deberá obrar a nombre propio aunque por cuenta del mandante.

De lo anterior se desprende que existen mandatos con o sin representación y representación con o sin mandato.

5.8 Distinción entre Mandato y Poder.

El poder o apoderamiento es el acto unilateral de voluntad por conducto del cual se confiere la representación voluntaria.

Para otorgar un poder basta la comparecencia del interesado ante el Notario si se hace en escritura pública, o la actividad individual del sujeto si se hace en documento privado para expresar su deseo de conferir a una persona ciertas facultades para que éste pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante.

El poder es el instrumento o el medio para conferir la representación. Un apoderado siempre actúa en nombre del poderdante o representado.

Cuando se confieren a una persona facultades para realizar cierto tipo de actos a nombre de otra, se presume lógicamente que existe un convenio previo o una relación anterior entre el poderdante y el apoderado. Si tal relación no existe, podría decirse válidamente que ese acto de otorgamiento de facultades es un poder sin sentido.

El negocio previo o el convenio preexistente entre el poderdante y el apoderado es el negocio subyacente del poder. Este negocio puede ser de lo más variado. Si una persona vende a otra un bien y las partes no desean documentar formalmente el acto por cualquier razón, pueden convenir en que el vendedor otorgue al comprador facultades para que, actuando en su nombre, pueda éste realizar cualquier acto de disposición, de administración, o para pleitos y cobranzas en relación al bien vendido. En este caso, el negocio subyacente será un contrato de compraventa.

Un padre puede otorgar un poder a su hijo para que venda un inmueble y se aproveche del producto de la venta en forma gratuita. En este supuesto el negocio subyacente será un contrato de donación.

Un cliente puede otorgar facultades a un licenciado en Derecho, para que en su nombre plantee o conteste una demanda, por haberse celebrado un contrato de prestación de ser-

vicios profesionales entre ellos; siendo este contrato, en este supuesto, el negocio adyacente.

Una persona puede otorgar un poder para que otra cobre de un tercero, en su nombre, una suma de dinero que se le adeuda, como consecuencia de haberse celebrado entre ambos un contrato de cesión de derechos, que en este caso sería el negocio subyacente.

En todos estos supuestos, así como en muchos otros que pueden plantearse, existe un poder que no tiene ninguna relación con el contrato de mandato. Así existen poderes con compraventa, con donación, con el contrato de prestación de servicios profesionales, con cesión de derechos, etc., y por lo tanto, existen poderes sin mandato.

Es usual y común que el poder tenga como antecedente, como negocio previo y subyacente, un contrato de mandato. Pueden dos personas celebrar un contrato de mandato, por virtud del cual, una se obliga a comprar para la otra un inmueble, a conservarlo y a efectuar pagos de contribuciones mientras lo entrega y a cambio de recibir una prestación determinada. Para que pueda realizar esos actos, si la intención de los interesados es que se realice a nombre de la primera, deberá otorgarse un poder.

Este poder puede otorgarse dentro del mismo contrato de mandato, si no hay inconveniente en que terceras personas conozcan los compromisos de los contratantes, u otorgarse por separado. En cualquiera de ambos casos, existirá un mandato con poder.

En ocasiones es indispensable otorgar el poder como consecuencia del contrato de mandato. Piénsese en el supuesto en que determinada persona celebra contrato de mandato con otra, para que esta realice los actos jurídicos inherentes al matrimonio y en pactar determinadas capitulaciones matrimoniales, así como las erogaciones de la celebración y como contraprestación de la realización de esos actos, se obliga aquél a pagarle a este una suma de dinero y a indemnizarlo de los gastos que realice. Se requiere el otorgamiento del poder para que el mandatario actúe en nombre del mandante y tal poder también puede otorgarse en el mismo acto y documento en que se consigne el mandato o por separado.

Existen circunstancias en que el mandatario debe actuar en nombre propio y por lo tanto no puede otorgarse un poder, ya que éste implica necesariamente el actuar a nombre del poderdante.

Si un organismo público pretende desarrollar un proyecto importante y de interés social en una región y requiere comprar varios inmuebles, puede celebrar un contrato de mandato con una persona, para que ésta en nombre propio, compre poco a poco esos bienes, los conserve a nombre y en su oportunidad los titule a nombre del organismo. Si los actuales propietarios de los predios que se pretenden adquirir supieran de aquel proyecto o que los bienes simplemente los pretende adquirir un organismo público, podría despertarse su codicia y vender a un precio mas elevado o pretender conservar los bienes para que estos incrementen su valor con la plusvalía que les daría el desarrollo del proyecto. Aquí necesariamente se celebraría un mandato sin poder.

Cuando se celebra un contrato de mandato con poder, recibe el nombre doctrinal de mandato con representación. Si se celebra sin poder, se llama contrato de mandato sin representación.

Como diferencias fundamentales entre mandato y poder se pueden señalar las siguientes: El mandato es un contrato, el poder es un acto monosubjetivo. Por el contrato de mandato se crean obligaciones y derechos entre mandante y mandatario, por el otorgamiento del poder, solo se confiere facultades para la realización de actos a nombre del poderdante, no se originan obligaciones y derechos. Ya que estos se crean o tienen su origen en el negocio subyacente, pero no en el poder. El mandato es un acto que solo interesa a los contratantes con las excepciones generales de la máxima *res inter alios acta* ..., es un acto privado, en cambio el poder es un acto público, ostensible, que necesariamente deben conocer las personas que tratan con el apoderado. En el mandato el mandatario puede actuar a nombre propio, en el poder, solo puede en su ejercicio, actuar en nombre del poderdante. En el mandato, el mandatario solo puede realizar actos jurídicos en cambio, el apoderado no tiene esa limitación impuesta por la ley y por lo tanto nada impide que pueda realizar actos materiales. En el mandato el mandante no requiere necesariamente una capacidad especial en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que el mandatario realice los actos, para adquirir los derechos que pueden

generarse por la actuación del mandatario cuando este actúa sin representación y puede adquirir esa capacidad con posterioridad, en cambio el poderdante si requiere de esa capacidad cuando actúe el apoderado.

De lo anterior se desprende que puede haber mandatos con poder, mandatos sin poder y poderes sin mandato.

5.9 Distinción entre Mandato y Prestación de Servicios Profesionales.

Estos dos contratos son de gran similitud, pues el objeto de ambos es la prestación de servicios. La diferencia consiste en que en el mandato, el mandatario solo podrá realizar actos jurídicos, y en la prestación de servicios profesionales, el profesor puede realizar actos jurídicos, pero que normalmente se refiere al desarrollo de hechos jurídicos y materiales. Estos hechos jurídicos que realiza un profesional siempre son técnicos y los que realiza un mandatario no. Tales son los actos que realiza un profesional de la medicina, de la arquitectura, de la ingeniería, etc.

El mandatario puede actuar a nombre propio o a nombre del mandante, el profesor siempre actúa en nombre propio y por su cuenta al hacer ejercicio de su actividad profesional, aunque los realice en beneficio de su cliente.

La prestación de servicios profesionales, para la ejecución de los hechos jurídicos requieren para su desempeño una preparación técnica y en general, título profesional, el artículo 26 de la Ley Reglamentaria de los arts. 40. y 50. Constitucionales lo determinan así. Solo podrá conferirse el contrato de prestación de servicios profesionales, en este caso a un licenciado en Derecho o Abogado con título debidamente registrado y cédula profesional otorgada en los términos de esta ley que se señala. Se exceptúan los casos de los gestores en asuntos obreros, agrarios o cooperativos y en el caso de amparos en materia penal a que se refieren los arts. 27 y 28 de esta ley.

El contrato de prestación de servicios profesionales en cuanto al cumplimiento de las obligaciones se subsume al contrato de mandato, aplicándose por analogía las reglas de uno

y otro contrato sin que incida esta aplicación en la diferencia esencial de uno y otro.

Al efecto, la H. Suprema Corte de Justicia ha señalado en la Jurisprudencia número 1401, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2256-2257 lo siguiente:

PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y MANDATO. Las razones que tuvo el legislador para hacer supletorias del contrato de prestación de servicios profesionales, las disposiciones relativas al mandato fueron que tanto en uno como en otro, hay prestación de servicios, y en ambos se tiene muy en cuenta las cualidades morales y la aptitud del mandatario; pero entre ambos contratos también existen diferencias radicales: en uno y otro hay prestación de servicios, pero en el mandato, el mandatario obra a nombre de otro y no se obliga personalmente, sino que obliga al mandante; en la prestación de servicios, el que los presta se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona en favor de la cual ejecuta algo. Esas diferencias aconsejan que interpretando rectamente la ley, se apliquen al contrato de prestación de servicios, sólo las disposiciones del mandato que tengan fundamento en las semejanzas que entre ambos existen; así, las disposiciones relativas a la forma y aplicables al mandato, no lo son al contrato de prestación de servicios, pues esas disposiciones se refieren única y exclusivamente a la representación.

5.10 Distinción entre Mandato y Comisión Mercantil.

La representación voluntaria se vincula frecuentemente con el acuerdo de las partes, o sea, el contrato. En

nuestro sistema jurídicos dos son los contratos a los que tradicionalmente se une o vincula la representación, a pesar de que ambos no son per se negocios representativos, sino meramente de gestión de actos ajenos, ellos son el mandato en el derecho civil y la comisión en el derecho mercantil. Propia y técnicamente hablando estos dos contratos solo deben referirse a la relación obligatoria entre mandante y mandatario, que no implica un obrar a nombre ajeno (representación), sino un obrar a cuenta o por interés ajeno (contrato de gestión), se refieren a una relación que se plantea exclusivamente entre las dos partes, en tanto que la representación, aspecto externo fundamentalmente, se refiere al acto o negocio celebrado por el representante con el tercero, aunque también y de manera inevitable, al acto por medio del cual se autoriza, se inviste de facultades al representante.

Sin embargo, es indudable que el objeto del mandato y de la comisión es facultar al representante para que actúe entre terceros en interés o por cuenta del mandante o comitente, y que frecuentemente a dicho pacto se une al encargo de obrar a nombre de ellos (cuando el negocio es representativo). De la frecuencia y normalidad con que aparecen y actúan el pacto de representación y el contrato de mandato, se les identifica y se suele considerar a este como una fuente de aquel.

Dicha identificación es indebida y ha sido tradicionalmente una fuente constante de errores. Laband, hace mas de un siglo, demostró el equivoco y distinguió nitidamente, por primera vez, que mandato y representación son dos figuras, dos negocios distintos. (94). En efecto, el mandato, como el contrato de prestación de servicios, el de trabajo, el de asociación, son negocios de gestión que se limitan a las relaciones entre principal y el agente y nada tienen que ver con la autorización y las facultades que se otorgan al agente para celebrar negocios y ejecutar actos jurídicos con y frente a terceros, a nombre del principal, es decir el mandato y la comisión, se concretan a actos de gestión, de carácter interno, no como la representación, que implica una autorización y la ejecución de una actividad jurídica actos, negocios, externos del agente, no frente al principal sino frente a terceros. La representación vincula al principal con los terceros, el mandato no, sino que solo relaciona y liga a las dos partes del contrato. Esto es el mandato, es un contrato, un pacto que requiere el acuerdo de las dos partes, en tanto que la representación es una relación jurídica no contractual, sino unilateral, que nace de la autorización, de la procura, del poder que otorga el principal

(94) Laband *apud* Rojina Villegas *ob. cit.* p. 272.

y que no requiere de la aceptación del agente, ni de su conocimiento o la de tercero con quien el se relaciona.

Consecuencias de que la representación sea una relación jurídica no contractual, son, por una parte, que no se requiera un contrato previo que lo sustente o le de nacimiento y que el representante pueda obligar y vincular al principal sin que haya un contrato entre ellos, sino meramente a virtud del poder o de la autorización que este le confirió, por otra parte, que en ciertos casos de violación o exceso de las facultades, el principal quede vinculado con el tercero y solo conserve acción de personalidad frente al representante, o sea, que la medida y la extensión de la representación no derive de contrato sino de una relación unilateral procura, autorización, etc., e incluso de las prácticas comerciales y de los negocios que pueden atribuir al agente una representación mayor que la que haya sido intención del principal otorgar. Por último, consecuencia del carácter no contractual de la representación es que haya contratos como el mandato y la comisión que pueden ser o no representativos, que haya representación ajena a tales figuras, e inclusive que se hable de una representación aparente e implícita en ciertas relaciones contractuales v.gr., de un cónyuge al otro, de una sociedad a su gerente, porque es claro que si la representación naciera del contrato de matrimonio o del de sociedad no tendría que acudir a la teoría de la apariencia.

Se distingue el mandato de la comisión, primero en su campo de acción, ya que mientras esta se refiere a la ejecución de actos comerciales, el mandato se refiere a actos civiles o procesales incluyendo dentro de estos últimos a los mercantiles porque los actos o negocios procesales mercantiles no entran en la categoría de los actos de comercio, que comprende y enumera el art. 75 del C. de C.

En segundo lugar, se distingue el mandato de la comisión, en que mientras esta siempre es de naturaleza especial, ya que se aplica a actos concretos de comercio, el mandato en cambio, puede ser general o especial. De esta distinción muy importante deriva que el mandato general, o sea, aquel que se otorga sin limitación alguna, confiere facultades para realizar actos civiles y mercantiles y que desde luego se trata de un contrato civil, es decir regulado por el derecho común.

Ahora bien, que la representación se vincule con un mandato civil o mercantil no quiere decir que se ligue a estos

contratos inescindiblemente ni de manera única o principal, puesto que como ya se vio, ella surge de un acto unilateral, como es el poder, la autorización, la ratificación.

Tampoco se puede afirmar que siempre el mandato vaya unido a la representación, porque así como hay mandato representativo, hay también mandato sin representación, como obviamente, representación sin mandato, que es cuando el mandatario se concreta a gestionar un acto que por cuenta del mandante sin una actuación representativa, es decir, sin un obrar a nombre del mandante, o cuando al actuar frente a terceros el mandatario obra a nombre propio (aunque siempre por cuenta o en interés del mandante), o sea, que acuda a la llamada representación indirecta, de la que ya se habló.

Propio y esencial del mandato y de la Comisión, tanto del representativo como del no representativo, es la actuación del mandatario o del comisionista por cuenta del mandante o comitente, o sea, que se exige la actividad de interposición, de un obrar en interés ajeno por parte del mandatario, que es una nota que también existe en otros negocios como la intermediación, la agencia, la prestación de servicios y el contrato de trabajo.

En el derecho francés y en el italiano, la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo, lo que lo distingue del mandato civil que puede ser representativo o no representativo, según lo dispongan las partes, en nuestro derecho ambas figuras pueden constituir negocios representativos y no representativos. Diferenciándose no en razón de esta característica común, sino de que como ya se vio la comisión se refiere a actos u operaciones de comercio, y el mandato civil se refiere a actos no comerciales si es especial, o a actos civiles, administrativos, procesales y mercantiles si es general.

En efecto, el artículo 273 del C. de C. claramente establece que el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Nuestra comisión no puede restringirse a un solo acto individual y concreto, sino que puede comprender varios de ellos, y puede también concretarse, dentro de dicho o dichos actos, a una operación aislada, o bien, conceder facultades amplias y generales, respecto al acto o actos a que la comisión se refiera. Es decir la comisión puede referirse a operaciones o actos determinados o determinables, a la ejecución o realización de un acto individual y concreto, de varios de ellos pero especificados y comprendidos en el mismo

género o categoría que indique el contrato, o inclusive de la actividad del comercio especificada en el propio contrato y comprendida en distintas categorías dentro de la clasificación de actos de comercio, v.gr., art. 75 fracs. I y II del C. de C.

Puede la Comisión restringir las facultades del comisionista para el efecto de señalar tanto al acto aislado de comercio que este puede realizar, como los pormenores de la operación, pero también puede extender dichas facultades y conceder amplitud de criterio al comisionista para decidir a su arbitrio la clase de operaciones a realizar, las condiciones de éstas, el mejor tiempo para realizarlas, etc. arts. 287 y 288 del C. de C.

Lo que esta fuera de la comisión, es la representación general, en el sentido que establece el artículo 2554 del C.C., es decir, la atribución de facultades tan amplias al apoderado, que éste pueda realizar todos los actos de comercio, de administración, de pleitos y cobranzas, independientemente de que se refieran a actividades civiles o mercantiles. Esto se reserva al mandato civil y cuando se trate de una representación general mercantil me concretare y referiré al factor o gerente, es decir, al representante general de la empresa.

Cabe por ultimo, un poder especial mercantil o mandato mercantil *strictu sensu*, que no se vincule con la comisión, ya sea por no ligarse con un contrato, ya por no referirse a actos concretos de comercio, pero que, sin embargo, sea mercantil y no civil, por referirse a una materia regulada en el C. de C., como sería el caso de un poder para ciertos juicios mercantiles, para un litigio mercantil concreto, representar a una persona o un comerciante en la celebración y ejecución de ciertos negocios mercantiles. Este negocio estaría regido, por analogía con la comisión, por el C. de C. y solo a falta de normas de este ordenamiento, y en ausencia de usos y costumbres mercantiles, por las disposiciones sobre mandato del C.C.

Tanto si el mandato es representativo, como si no lo es, la doctrina distingue la relación interna de la externa, aquélla se establece entre mandante y mandatario, es previa a la actuación de este frente a terceros y su causa y contenido estriba por un lado y desde el punto de vista del mandante, en las instrucciones y las facultades que le da y le concede al mandatario, así como en las limitaciones que le fija para su actuación, y por otro lado, desde el punto de vista del manda-

tario, en la aceptación expresa o tácita del encargo conferido, tanto si este es representativo como si no lo es.

Las relaciones externas se establecen ulteriormente entre el mandatario y los terceros con quienes contrata, si la relación es representativa, ella se manifestara en esas condiciones, que también lo serán contrariamente, si el mandato no es representativo, la calidad del mandatario permanecerá oculta, se restringirá a actuar por cuenta ajena y obrará a nombre propio frente al tercero.

La primera etapa es la relación interna, es la que tiene carácter contractual, aunque en ella la concesión de facultades representativas deriva de un acto unilateral del mandante que se agrega al contrato de mandato que mandante y mandatario celebran, la segunda etapa en cambio es ajena y posterior al pacto contractual, es decir, no tiene naturaleza contractual porque en ella ya no interviene el mandante y la intervención del mandatario solo estriba en cumplir o ejecutar el encargo previamente recibido y aceptado, esta segunda parte constituye la ejecución del acuerdo de las partes. Y no integra el fenómeno contractual, por trascender a las relaciones que se establecen entre las dos únicas partes del convenio, o sea, el mandante y el mandatario, y por referirse a las relaciones que se traban entre el mandatario y terceros, ajenos totalmente a la relación previa. El carácter jurídico de estas relaciones puede ser de la más variada especie, según el acto o el negocio que el mandatario realice con el tercero, por cuenta del mandante.

Por ser ajenas al contrato, las relaciones externas no influyen en las relaciones contractuales internas previas y tampoco influyen en dichas relaciones internas contractuales previas, aunque el mandatario actúe a nombre propio, sin representación, ya que ello no impide que los efectos de los actos celebrados por el mandatario recaigan finalmente en el patrimonio del mandante, y que éste tenga acción contractual frente a aquél para hacer suyos dichos actos y los efectos relativos, debe tenerse en cuenta, además que la representación indirecta sólo puede surgir, de un negocio contractual.

Las relaciones externas que existen entre el mandatario y el tercero, sin que integren el contrato de mandato representativo, son las que constituyen su fin y su causa, es decir, el contrato y la representación se celebran y se otorgan con el fin de que una de sus partes lleve a cabo por cuenta y a

nombre de la otra ciertos actos jurídicos. Estas relaciones, igualmente, existen en aquellos otros negocios no contractuales de los que la representación surge y también existen en el mandato no representativo, fenómeno en el cual cobran mayor importancia por su aparente desvinculación de todos pacto anterior, y respecto al tercero que en dichas relaciones externas interviene, adquieren un carácter autónomo totalmente independiente del contrato anterior.

Por otra parte, el mandato independientemente de ser o no representativo, no siempre constituye un pacto accesorio de otro negocio, como sí es frecuente que suceda, en cambio, con el poder y/o la ratificación de un acto celebrado por el gestor, o por el representante que se excede de sus atribuciones, por el contrario, el mandato, si tiene alcance amplio y general, es un negocio principal y autónomo, es decir, si se celebra una relación a una serie de actos o bien, se concede en términos tales que el mandatario pueda ejecutar por cuenta del mandante todos sus actos y negocios.

Por lo que respecta a formalidades, tanto el mandato civil como la comisión, deben celebrarse o ratificarse por escrito ya que pese a lo establecido por el artículo 2550 del C.C., el mandato puede ser escrito o verbal, y por el art. 274 del C. de C., el comisionista no necesitara poder constituido en escritura publica, siéndole suficiente recibirlo por escrito o de palabra, pues bien en cuanto a la materia civil el art. 2556 establece que solo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos, y tanto en materia civil como mercantil, se requiere la ratificación por escrito, antes de que concluya el negocio para el que se hubiera dado un mandato o comisión verbal. Arts. 2552 del C.C y 274 in fine del C. de C.

Además como ya se vio y como establece el art. 2555 del C.C., el mandato civil debe celebrarse precisamente en escritura notarial, o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes, primero cuando sea general, segundo cuando el interés del negocio para el que se conceda sea de cinco mil pesos o más, tercero, cuando el acto que celebre o ejecute el mandatario deba constar en instrumento público.

Tratándose de comisión, no se aplica la disposición anterior, por ser una formalidad ajena al derecho mercantil, y

tampoco se requiere escritura notarial, ni siquiera carta poder, ni para la comisión ni para los poderes mercantiles especiales rige el texto de la frac. VII del art. 21 del C. de C., que se refiere a mandatarios y a poderes generales, no a los de índole especial que corresponden, como ya vimos, al comisionista y al apoderado o mandatario mercantil.

Contrariamente, al mandato que confiere representación general en materia de actos de administración o de dominio debe inscribirse en el Registro de Comercio, con el fin de que produzca efectos frente a terceros, art. 26 del C. de C., si el mandato general, es para pleitos y cobranzas la jurisprudencia de la Corte considera con razón, que no se aplica la norma indicada, o sea, la frac. VII del artículo 21 del C. de C., porque dicho mandato no es mercantil.

No obstante, el mandato civil para actos procesales y también el poder o procura para esos mismos actos, poder para pleitos y cobranzas, en los términos del primer párrafo del artículo 2554 del C.C. debe formularse por escrito y generalmente en escritura pública, a efecto que mediante la exhibición del documento relativo, el representante del actor o del demandado acrediten ante el juez en debida forma, la personalidad con que comparecen y este funcionario se las reconozca o se las niegue.

La negativa del juez a reconocer la personalidad del representante del actor, concede a este, en materia procesal civil, el recurso de queja, art. 47 del C.P.C., y el de apelación en materia mercantil, art. 1339 del C. de C., recurso este último que tanto en materia civil como mercantil también corresponde al demandado si en agravio de sus derechos se reconoce la personalidad del representante del actor. Igualmente, el demandado puede oponer la excepción dilatoria de falta de personalidad, tanto en materia civil, art. 35 fr. IV del C.P.C. como mercantil, art. 1379 del C. de C.

Por último, cabe que se ostente como representante en juicio un gestor oficioso, cuya representación habrá de ser posteriormente reconocida y ratificada por el beneficiario, sin embargo, en materia de comercio está prohibida la gestión judicial para representar al actor.

C A P I T U L O VI.

LA REPRESENTACION Y NEGOCIOS O ACTOS AFINES.

- 6.1 Representación, Personalidad y Capacidad.
- 6.2 Representación, Autorización y Legitimación.
- 6.3 Representación y Asistencia.
- 6.4 Representación y Procura.
- 6.5 Representación y Mediación.
- 6.6 Representación Indirecta y Negocio Fiduciario.
- 6.7 Representación Indirecta y Negocio Simulado.
- 6.8 Representación Indirecta y Negocio en Fraude a la Ley.
- 6.9 Ratificación y Confirmación.
- 6.10 Ratificación y *Negotiorum Gestio*.
- 6.11 La Factoría.
- 6.12 Contrato Consigo Mismo.
- 6.13 Otras Formas de Representación Otorgadas a Profesionales.

C A P I T U L O VI.

LA REPRESENTACION Y NEGOCIOS O ACTOS AFINES.

6.1 Representación, Personalidad y Capacidad.

Cualquier consideración en relación con el universo normativo del Derecho tiene al ser humano como único punto convergente de atención, pues éste es el destinatario de todos los resultados por él alcanzados, las consecuencias jurídicas que en todo caso se generen, a él serán atribuidas.

En efecto, la observación y el estudio de una norma jurídica, el análisis de su estructura, la creación y el ofrecimiento de un concepto del Derecho subjetivo y del Deber jurídico, la elaboración, interpretación y aplicación de una disposición legal, su vigencia, abrogación y, en general, cuanto concepto jurídico, institución o figura jurídica sean objeto de atención, siempre será en función de los sujetos a cuyo status van a dirigirse y situarse los resultados de esas consideraciones.

Es preciso convenir en que cualquiera que sea la concepción de que se parta, para el Derecho subjetivo la existencia del sujeto es una necesidad conceptual, una categoría a priori. Sin sujeto el Derecho no puede existir, como no puede existir una fuerza sin un cuerpo. O definimos el Derecho subjetivo con la vieja doctrina dominante como una facultad de querer y de obrar y es indispensable pensar en un sujeto que quiere y que obra, o se considera con el derecho como un interés garantizado y se debe admitir un titular del interés.

Los comentarios anteriores orillan a dos consideraciones más en torno a las cuestiones objeto de nuestra atención actual; en primer lugar, que un individuo sea sujeto de una situación y de una relación de las anotadas, implica el reconocimiento en él de una personalidad jurídica; más aún, precisamente por dicha personalidad es que aquél es sujeto de Derecho, pues le hace ostentar el carácter indicado. Además, el grado de evolución alcanzado por la humanidad en los tiempos actuales circunscribe los sujetos jurídicos a dos manifestaciones, con

exclusión de cualquier otra. Todos los seres humanos, por una parte, tenemos personalidad jurídica, a propósito de lo cual tanto la doctrina como la ley nos denomina personas físicas, los otros sujetos de derecho son las organizaciones o agrupaciones carentes de vida y el Derecho les ha reconocido personalidad, denominándoles personas morales o jurídicas.

La personalidad jurídica es una de las instituciones componentes de la Ciencia Jurídica y cuya presencia en ésta es esencial, su participación es imprescindible en la concepción y la estructura de lo jurídico, es única e inmutable, su significado ha sido siempre el mismo, sin variación alguna e, independientemente de la época y del lugar en que se le considere. Sea cual fuere el momento histórico, con o sin esclavitud institucionalizada, y cualquiera que sea la circunscripción territorial, cuando y donde un orden jurídico sea analizado, la personalidad jurídica existe en él, sin siquiera poder concebirse lo contrario. Esta será siempre la misma, ese orden sólo se explicará y podrá ser explicado como tal, en función de dicha personalidad, pues ésta condiciona inclusive la existencia de aquél. Si por un momento pretendiéramos concebir cualquier sistema jurídico sin haberlo integrado con la institución de la personalidad, aquél no sería tal, ésta le es consubstancial.

La personalidad jurídica no permite alteración alguna en cuanto a su naturaleza, alcances y contenido, bien sea respecto de un sujeto en particular e independientemente de otros o bien si dicha personalidad es comparada con la de sus congéneres, es decir, la personalidad jurídica del primero es idéntica a la de cualquier otro: no hay diferencia alguna entre la personalidad de alguien y la de otra persona. En todos los sujetos trátese de personas físicas o morales, la personalidad es la misma. No es una sola personalidad para todos los sujetos, sino más bien la substancia, los alcances, el contenido en sí de la personalidad jurídica son idénticos en las de todos y cada uno de los sujetos.

En consecuencia, no se puede tener más o menos personalidad jurídica comparativamente con otras personas, no se puede por lo mismo, ser más o menos persona, se tiene personalidad jurídica porque se es persona y es suficiente con que el orden jurídico reconozca este carácter para que se tenga personalidad sin limitación alguna, no hay personalidad graduable.

Como se desprende del concepto vertido al principio del párrafo anterior, ser sujeto de derechos y obligaciones de-

pende de la personalidad jurídica, de esa personalidad depende ser persona para el Derecho. Ello significa que ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica. Se es persona porque se tiene dicha cualidad, no se tiene personalidad porque se sea persona, sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica.

El origen y fundamento de la personalidad jurídica está, como lo afirma la generalidad de la doctrina, en el ordenamiento legal.

Ciertamente, si bien la personalidad es esa aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, aptitud que respecto de las personas físicas se tiene por el mero hecho de tratarse de un ser humano con su desplazamiento desde su concepción hasta su muerte, ello no comprende la substancia misma de la personalidad; se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos.

Estos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable y precisamente su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad.

El atributo de la personalidad que nos ocupa en este momento es la capacidad. En su sentido amplio, es decir por capacidad general entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejecutar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio o mediante representante.

El concepto anterior nos invita a las consideraciones siguientes:

Primera.- La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir, ésta es, como apuntábamos, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es, en principio, la aptitud ya del sujeto. Ambos conceptos han sido objeto de confusión, pues hay opiniones razonadas de considerarlos una misma institución jurídica.

Segunda.- Según el concepto vertido sobre capacidad, ésta comprende dos especies, una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse capacidad jurídica y, más frecuentemente en nuestro medio capacidad de goce, así denominada por nosotros de aquí en adelante; la otra por su parte, que es adjetiva, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos, se trata de la capacidad de obrar o más conocida como capacidad de ejercicio.

Tercera.- A su vez, la capacidad de ejercicio da lugar a dos posibilidades, la de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones, por una parte y la de intervenir en juicio personalmente, por la otra.

Como se indica en el apartado precedente, del concepto de capacidad se desprenden dos especies de la misma, la capacidad jurídica o capacidad de goce, que es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, esto es la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal, así como para comparecer en juicio por derecho propio.

La capacidad de goce, como la personalidad jurídica, se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte, es ciertamente paralela y consecuencia necesaria de la personalidad jurídica misma, a grado tal que, como se decía, suelen considerárseles uno solo y el mismo concepto, no obstante, hay diferencias entre una y otra.

La capacidad de ejercicio, en cambio, se va alcanzando gradualmente en su madurez mental, se parte más bien de una plena incapacidad de ejercicio hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto.

De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda y, al contrario, es decir, puede haber y de hecho hay capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercitarlos, pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de los actos

jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente, resulta un disparate, en cambio, pensar en los supuestos contrarios, esto es, concebir la idea de ejercitar personalmente o por medio de representante una serie de derechos sin tener éstos o, en su caso, de contraer directamente o a través de representante una serie de obligaciones sin que puedan llegar a asumirse.

Así pues, puede tenerse capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce. Un inmueble, por ejemplo, puede pertenecer a un menor y no puede venderlo, hipotecarlo o darlo en arrendamiento mediante la celebración personal del acto jurídico correspondiente, esta es una clara manifestación de incapacidad de ejercicio, sólo se podrá realizar dicho acto mediante la representación.

Se insiste en que la capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y de obligaciones. Esta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre, no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce.

La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica, ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio puede faltar en las personas y, sin embargo, existir la personalidad.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla, si se suprime, desaparece la personalidad.

De estas observaciones se puede sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano, que basta esta calidad, es decir, el ser hombre para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad.

Por esto en el Derecho moderno se consagra el siguiente principio: Todo hombre es persona. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica inde-

pendiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

En párrafos precedentes se veía que la capacidad de goce condiciona a la de ejercicio, para tener ésta en cuenta debe darse aquélla por supuesta, pues bien, los demás atributos de las personas físicas son explicables también sólo en función de la capacidad de goce, ello nos autoriza a considerarla como el atributo de más importancia, a tal grado que llega a ser confundida con la personalidad jurídica misma.

En efecto, las relaciones y situaciones jurídicas que el estado civil trae aparejadas sólo pueden así conceputarse si se consideran condicionadas a la posibilidad de los sujetos de ser titulares de aquéllas; pues si se careciere de capacidad de goce, no se concebirían respecto de ellos derechos y obligaciones que son el contenido de tales relaciones y situaciones.

Lo mismo puede decirse del nombre y del domicilio en su caso; el primero permite individualizar a la persona física pero con el principalísimo objeto de tener identificado a quien es titular de los derechos y obligaciones que la capacidad admite adquirir; el domicilio por otra parte, vincula a la persona a la jurisdicción de una autoridad pero siempre en función de todas las relaciones jurídicas comprendidas en su capacidad de goce y precisamente para definir los alcances de éstas.

El patrimonio y la nacionalidad implican una serie de derechos y obligaciones de la titularidad de alguien, basados en la capacidad de goce que se ostente.

Así pues, como se desprende de los comentarios anteriores, la capacidad de goce condiciona a los demás atributos de la personalidad.

Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad y la capacidad de goce que hay quienes las consideran como una misma institución, pues se refieren a ambas fórmulas como sinónimos.

La personalidad de orden jurídico o personalidad jurídica, no es más que una calificación formal, necesaria o libre, necesaria para el hombre libre en los demás casos, por efecto de la cual un ente se considerará sujeto de derecho.

Conexo pero no sinónimo es el concepto ya expuesto de capacidad.

Como capacidad jurídica denota la medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de las relaciones jurídicas.

Como capacidad de actuar es la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones.

Mientras todos ponen de relieve la distinción, clara, por lo demás, entre las dos capacidades, no se advierte igualmente o no siempre se aprecia exactamente la distinción entre personalidad y capacidad jurídica, tendiéndose a hacer de esta última el contenido o el límite de la misma personalidad.

Pero la distinción se impone. Basta pensar que la personalidad es un *quid simple*, mientras que la capacidad es un *quantum* y, por lo tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser, como persona, más o menos capaz; pero no se puede ser mas o menos persona. Persona se es o no se es totalmente, radicalmente. De manera que a propósito de las personas jurídicas, dicho se aquí *per incidens*, quien ha distinguido entre una personalidad plena y una personalidad limitada, atenuada, está atrapado en esa confusión, tomando la personalidad del ente por la capacidad de la persona o por la autonomía patrimonial.

Para una más clara distinción entre los dos conceptos de personalidad y capacidad jurídica, es menester tener en cuenta a la personalidad como sinónimo de subjetividad, es la abstracta idoneidad para devenir en titular de las relaciones jurídicas, es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones. La capacidad jurídica, en cambio, es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad, razón por la que, por ejemplo, la capacidad jurídica

de las personas morales es más limitada que la de las personas físicas.

Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionen entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas; para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinadas personas, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble, etc. De tal manera que sin detrimento de su personalidad, una persona puede carecer de la capacidad para adquirir un bien determinado.

La personalidad es única indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta.

En tanto que el Derecho es impotente para crear a los seres humanos, es decir, a las personas físicas, puede construir y ha construido un dispositivo o instrumento que se denomina personalidad, a través de la cual, las personas físicas y las personas morales, jurídicas o colectivas, pueden actuar en el tráfico jurídico comprando, vendiendo, tomando en arrendamiento, adquiriendo bienes, etc. como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas.

Surge entonces otro problema distinto; quiénes son personas en Derecho, o mejor, quiénes tienen personalidad jurídica.

A la primera de las definiciones que se ha dejado anotada, o sea la correspondiente a la capacidad de derecho, se le confunde con frecuencia con el concepto de personalidad. No son pocos los autores que identifican ambas nociones. Sin embargo por motivos de rigor científico, deben distinguirse entre sí, con toda pulcritud los dos conceptos.

Insistiendo en el punto, puede decirse que si bien la capacidad presupone la personalidad y ésta, a su vez, tiene

como característica esencial a la capacidad, no por ello deben ser confundidas una y otra.

La personalidad es una categoría del derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho.

La capacidad en cambio, es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades, pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples, públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin y en buen número de ocasiones excluyentes unos de otros.

Con apoyo en lo relacionado inmediatamente antes, se puede concluir que ciertamente la personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas; la primera es un concepto jurídico fundamental, inmutable, único, cuyo contenido no ha variado ni variará independientemente del orden jurídico en el que sea analizado. Personalidad jurídica siempre y en todo lugar ha significado lo mismo, no tiene porque variar en lo futuro, independientemente inclusive de que variaren las fórmulas con las que quisiera señalarse y distinguirse aquélla. Además no es susceptible de graduación o medida como si un sujeto tuviera más o menos personalidad, como si fuera más o menos persona, supuesto este inadmisibles, porque según veíamos, si se tiene personalidad se es persona y al contrario, si no se tiene personalidad no se es persona. Asimismo, si se es persona se tiene personalidad y si no se es persona no hay personalidad alguna para tomar en cuenta.

La capacidad de goce, en cambio, si como es cierto, también participa invariablemente en la composición jurídica de la persona física desde la concepción de esta, puede ser y es, por el contrario de la personalidad jurídica, objeto de graduaciones, se tiene más o menos capacidad de goce, alguien puede ser capaz en determinadas circunstancias y otra persona no serlo. Por lo demás y como podrá ser fácilmente observado, la capacidad de goce se mide en atención a los derechos y obligaciones de los que el sujeto pueda ser titular.

Para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica, ya que por tales calidades se obtienen derechos patrimoniales. No puede explicarse esta adquisición mediante la teoría de la representación diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre, representa al ser concebido pero no nacido, porque su representación a su vez está fundada en la existencia del representado. De manera que la teoría de la representación descansa en la admisión previa de que el embrión humano es persona, de que tiene una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos. Y es de gran trascendencia, por ejemplo en el derecho hereditario, que el ser concebido pueda heredar, si nace viable, por cuanto que los bienes pueden seguir una trayectoria muy distinta, si pasan del autor de la herencia al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien si los bienes del *cuius* no pasan a él, porque no nació viable. Si nace viable, los bienes pasan a aquél ser y después a los herederos de éste.

Supongamos en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el padre instituyó como heredero al único hijo que está concebido y no nacido, si el hijo nace viable y muere, la herencia ya no puede pasar a la madre, pasará a a los herederos del padre, y como hemos supuesto que hay divorcio o nulidad de matrimonio, la madre no será heredera. Tenemos aquí la función importantísima que tiene reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria que no nazca viable, es decir que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. No se trata de una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, como puede ser heredero o donatario el ser sólo está concebido. En cambio si se afirma que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fué persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo, si nace no viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto y que funge como condición resolutoria, si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.

Determinados respectivamente el principio y el fin de la personalidad individual, nos referiremos a los grados de capacidad de goce que pueden tener las personas físicas.

A) El grado mínimo de capacidad de goce existe, según se ha explicado, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en el C.C.

B) Una segunda manifestación de la capacidad de goce se refiere a los menores de edad. En los menores de edad tenemos la capacidad de goce notablemente aumentada.

C) Por último, el tercer grado está representado por los mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción.

Trataremos ahora la capacidad de ejercicio, ésta supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Por lo tanto la incapacidad de ejercicio suma la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Para la incapacidad de ejercicio también podemos distinguir diferentes grados.

A) El primero correspondería al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o, en su caso, de la madre y del padre. Para los únicos casos que el Derecho permite capacidad de goce.

B) El segundo caso de la incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Ya se ha precisado que para estos menores de edad existe incapacidad natural y legal; pero esta incapacidad es total, no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio; se exceptúan los bienes que el menor adquiriera por virtud de su trabajo, pues se le permite capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes.

C) El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a a los menores emancipados en donde existe sólo la incapacidad parcial de ejercicio y consiguientemente, semi-capacidad, pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante, pueden ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles, en cambio tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, necesitando un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es menester la autorización judicial. También el menor emancipado necesita del consentimiento de sus padres o tutor, para contraer matrimonio. El Art. 643 del C.C., crea estas diferentes incapacidades en el menor incapacitado.

D) Un cuarto grado en la realización de la incapacidad de ejercicio, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por las causas que ya se han explicado.

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

De la aseveración anterior se desprende las dos especies de dicha capacidad; la capacidad de ejercicio substancial y la capacidad de ejercicio procesal o formal, la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo sin representante legal, sea ascendiente por el ejercicio de la patria potestad o sea tutor.

La capacidad sustancial que significa capacidad de obligarse, administrar y disponer de los propios bienes, de la capacidad procesal o formal, que consiste en la aptitud para defender en el juicio los derechos que correspondan. Para responder de los efectos y consecuencias de los actos ilícitos no se precisa una capacidad legal especial sino que es suficiente y necesaria la mera capacidad para entender y querer, que, normalmente se adquiere con anterioridad a la mayoría de edad.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, números 386, 1296, 1302 y 1306 visibles en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, página número 648; Tomo IV, páginas 2099, 2107, 2124, respectivamente, que a la letra dicen:

COMITES EJECUTIVOS AGRARIOS, REPRESENTACION DE LOS. Como la representación de los comités ejecutivos agrarios no la tiene independientemente cada uno de sus miembros, sino todos, en conjunto, si se promueve amparo por uno o dos de ellos, es indiscutible que se carece de la personalidad necesaria para tal efecto y debe sobreseerse en aquél.

JURISPRUDENCIA 1296.

PERSONALIDAD, AMPARO CONTRA LA RESOLUCION QUE DESECHA LA EXCEPCION DE LA FALTA DE. La interlocutoria de segunda instancia que desecha la excepción de falta de personalidad en el actor, opuesta por la parte demandada, no puede ser reparada en la sentencia definitiva, por ser imposible al tribunal de alzada volver sobre su propia determinación, y por lo mismo, el amparo indirecto es procedente contra dicha interlocutoria, por dejar el caso comprendido en la fracción IX, del artículo 107 Constitucional.

JURISPRUDENCIA 1302.

PERSONALIDAD EN EL AMPARO. EXAMINARLA EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO, ES LEGAL. La personalidad debe ser examinada en cualquier estado del juicio y aún de oficio, por ser la base fundamental del procedimiento. Como consecuencia, de no encontrarse justificada, con fundamento en los artículos 4 y 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, procede sobreseer el juicio de garantías.

JURISPRUDENCIA 1306.

PERSONALIDAD, EXAMEN DE LA. La personalidad de las partes es un presupuesto procesal que debe examinarse de oficio por el juzgador, como expresamente lo dispone el artículo 47 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con los artículos 35, fracción IV y 36 del mismo Ordenamiento, por lo que también debe resolver la objeción que al respecto presenten las partes, cualquiera que sea el momento en que lo hagan, porque la falta de impugnación oportuna no puede generar la existencia de una representación que no existe y solamente debe omitir la reiteración del examen de la personalidad, en caso de haber sido resuelto antes de manera expresa y esté consentido el fallo, porque entonces opera el principio de la preclusión.

TESIS RELACIONADA.

PERSONALIDAD, EXCEPCION DE FALTA DE. La excepción de falta de personalidad en el actor consiste, según doctrina uniforme, en carecer éste de la calidad necesaria para comparecer en juicio o en no acreditar el carácter o representación con que reclame y, por lo mismo, la excepción de falta de personalidad no puede oponerse al que comparece en juicio por su propio derecho, no debiéndose confundir, por otra parte, la falta de personalidad con la falta de acción y de derecho a la cosa litigiosa, pues la primera se refiere a la calidad de los litigantes y no a la substancia del pleito.

6.2 Representación, Autorización y Legitimación.

Frente a la opinión que configura la situación del representante como poder jurídico, sea o no derecho subjetivo, se ha alzado otra corriente que contesta aquella conclusión. El representante no es un titular de un genuino poder. No tiene un oficio propio, sino únicamente la posibilidad de vincular a otro mediante su propia actividad. La actuación del representante no es por ello una forma de ejercicio de un poder propio o autónomo, sino simplemente el ejercicio de un derecho que es ajeno. Desde este punto de vista la representación lo único que viene a atribuir al representante es una forma especial o específica de legitimación, entendida como idoneidad de la persona que actúa para que su acto produzca efectos jurídicos dada la relación de dicha persona con los intereses afectados o regulados por el acto o negocio jurídico. El representante no ostenta un poder sino que simplemente está legitimado para actuar.

En un sentido parecido y para explicar la misma idea se ha recurrido al concepto de autorización. Se trata, sin embargo, de un concepto que adolece de una general falta de precisión técnica, que obedece a su falta de tradición en la ciencia jurídica, a su relativa modernidad, al no haber sido acogida con el significado técnico preciso en los Códigos o en la mayor parte de ellos y, como consecuencia de todo esto, a la diversidad de significados que al concepto se atribuyen.

Para perfilar la idea de autorización, parece que se pueden seguir dos líneas, a las que cabría denominar, respectivamente, concepción amplia y concepción estricta de la autorización. En un sentido amplio, la autorización es aquella situación, producto de una declaración de voluntad unilateral y recepticia de una persona que confiere a otra la facultad de obrar en la esfera jurídica de la primera, en interés del titular de dicha esfera. En este sentido es generalmente aceptada por la doctrina la eficacia de la autorización como causa excluyente de la antijuridicidad de un acto. Todo acto que objetivamente entrañe una invasión del interés jurídico ajeno constituye una lesión y es, por consiguiente, antijurídico. La autorización excluye la antijuridicidad y legitima la actuación del autorizado. Nuestro Derecho se refiere al derecho de autorización, al mismo tiempo que excluye antijuridicidad y legitima al autorizado, la autorización permite que el acto del autorizado produzca sus efectos en la esfera jurídica del autorizante.

La autorización nace siempre de una declaración de voluntad unilateral del autorizante, titular de la esfera afectada. Desde este punto de vista, no existe en puridad autorización cuando la legitimación para intervenir en la esfera jurídica ajena sea obra directa de la ley v.gr., los acreedores que actúan en virtud de acción subrogatoria.

Así configurada la autorización sería una figura amplia que comprendería en su seno a la representación y la englobaría. Toda representación sería de esta suerte una forma o subtipo de autorización. Caben, sin embargo, casos de autorizaciones no representativas. Entre ellas se sitúan:

1o.- La cesión de bienes a los acreedores, para que éstos vean los bienes del deudor común y se hagan el pago con el importe de la venta.

2o.- La facultad de enajenar derivada de un contrato estimatorio, entendiéndose por tal aquel contrato en el que una persona recibe una cosa mueble estimada, asumiendo la obligación de venderla por cuenta del propietario, con derecho a retener la parte del precio que exceda de la estimación, cuando la haya vendido, y a cobrarla en caso contrario.

3o.- La delegación activa, en que el delegado queda autorizado para cobrar por cuenta del delegante y el delegatario para cobrar por cuenta del delegado.

4o.- En algunos títulos valores, como la carta orden de crédito, la libranza y el cheque, en que se autoriza al librador para efectuar pagos disponiendo de los bienes del librado.

Existe, sin embargo, un concepto más restringido de autorización, que es el que parece dominante. Se califica la autorización como una figura particular, que se avvicina a la representación indirecta. Mediante ella una persona, el autorizante, confiere a otra, el autorizado, el poder de realizar negocios jurídicos dirigidos a influir en la esfera del autorizante, pero actuando el autorizado en su propio nombre. Otros la definen como aquella manifestación recepticia por la que una persona faculta a otra para que ésta realice en nombre propio, en la esfera jurídica del primero, actos que sin dicha autori-

zación resultarían ilícitos. Tiene de común con el apoderamiento el ser una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, que confiere la facultad de obrar en la esfera jurídica ajena, pero mientras en virtud del apoderamiento el representante obra en nombre ajeno, la autorización otorga al autorizado la facultad de obrar en nombre propio. Como en el apoderamiento, la autorización puede o no ir unida a una relación obligatoria entre las partes, pero en ningún caso se confunde con ésta y no surte sólo sus efectos en la relación entre autorizante y autorizado, sino también en relación con los terceros.

Desde este punto de vista más estricto, la autorización explicaría, al lado de una serie de supuestos no representativos, como los que se acaban de citar más arriba, la llamada representación mediata o indirecta. Es decir concentraría el fundamento de la posibilidad de realizar negocios jurídicos en nombre propio con eficacia en la esfera jurídica ajena y se separaría así del apoderamiento, que otorga el mismo fundamento a los actos del representante realizados en nombre del representado. Apoderamiento para la representación directa y autorización para la representación indirecta.

Parece claro que esta dicotomía cuadra bien con una concepción en la que es representación únicamente el acto del representante realizado en nombre del representado (*agere nomine alieno*). En cambio, no ocurre lo mismo si la llamada interposición gestoria, mandato no representativo o representación indirecta se configuran también como representación y si la utilización o falta de utilización del nombre pasa a ser un elemento puramente accidental, pues entonces no acaba de verse con nitidez la diferencia que existe entre apoderamiento y autorización.

Muy próxima a la anterior figura se encuentra, y hasta cierto punto, lindado con ella la figura de la legitimación a la cual acuden algunos autores modernos para tratar de perfilar el concepto de representación. La idea de legitimación fue construida por los procesalistas para explicar algunos fenómenos muy concretos de lo que antes se le denominaba sustitución, pero fue luego ampliada al campo del Derecho Privado, y según algunos debe extenderse a todas las disciplinas jurídicas por lo cual su verdadero asiento debe encontrarse en una Teoría General del Derecho.

Legitimación, se dice, es el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivado de dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo. Dentro del concepto genérico de legitimación se admiten como subespecies: una legitimación directa y una legitimación indirecta. Es claro que la legitimación directa corresponde siempre al titular del derecho que se ejerce, al titular del interés que debe quedar afectado por el acto jurídico. La legitimación se llama indirecta cuando esa posibilidad de actuar o de obrar se confiere a una persona distinta del titular del derecho o interés. La representación es así un caso de legitimación indirecta.

Una de las mayores ventajas que la Ciencia del Derecho puede obtener del trasplante del concepto de legitimación al terreno de la Teoría General es la del poder, al fin, colocar en su puesto en el campo de los actos jurídicos el fenómeno de la representación, que hasta ahora ha permanecido, por decirlo así, en una situación extravagante. La característica de la representación está en que una persona distinta de aquélla a que afecta una situación jurídica realiza un acto con trascendencia para la misma, más especialmente, una persona distinta del sujeto de un derecho lo ejerce porque tiene respecto del sujeto determinada posición, no hace falta más para descubrir en ello el concepto de legitimación.

Desde este punto de vista, la representación se ha podido definir como la concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que obre en interés y por cuenta de otra.

En la misma línea anterior se encuentra Müller Freienfels cuando intenta definir la representación a través de la idea de competencia, pues los conceptos de legitimación y de competencia se encuentran entre sí muy próximos. Para Müller Freienfels la representación es una conducta que el representante realiza dentro del círculo de la competencia del representado. En el fondo, como decía, la idea es, a mi juicio, la misma, hasta el punto de que algunos autores italianos definen la legitimación como competencia. La legitimación quien y frente a quien puede correctamente concluirse el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conformes con su función y congruentes con la intención práctica de las partes es la competencia para alcanzar y soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado. Esta competencia corresponde en primera línea al

interesado. Caben, sin embargo, supuestos en los cuales esa norma se rompe: se legitima, se concede competencia a otra persona. (95)

La idea de legitimación, plenamente aceptada hoy por la mayoría de la doctrina, es enteramente exacta. Tampoco puede negarse que el fenómeno representativo entraña casi siempre una legitimación extraordinaria o indirecta si se la quiere llamar así. El representante está legitimado para realizar un acto que pertenece a la esfera de la competencia del representado. Esto es cierto. Hay, sin embargo, que poner en duda la conveniencia de acudir a la idea de legitimación para definir la representación.

Es necesario acudir a la idea de legitimación, efectivamente, para explicarse la producción de efectos directos del acto del representante en la esfera jurídica del representado. Ello es muy claro en los supuestos que más arriba se denominó: de representación directa o de *agere nomina alieno*. También lo es en el *agere nomine proprio*, si se admite, como se admitió, su eficacia directa en algunos casos: la hipótesis del mandato para enajenar es el supuesto más claro. No hay transmisión de la cosa del mandante al mandatario y de éste al tercero adquirente, sino una sola transmisión del mandante al adquirente, operada por el acto del mandatario que posee para ello una especial legitimación. En los demás casos de representación sin efectos directos para el *dominus negotii*, el recurso a la idea de legitimación no parece necesario, ni conveniente. Piénsese que, realizado el negocio jurídico por el representante en su propio nombre, la relación de gestión que subyace a tal acto jurídico surtirá sus efectos normalmente entre el representante y el principal, pero no respecto del tercero, por lo cual el representante no necesita ninguna legitimación especial para el negocio. Porque son dos cosas distintas, una que el interés gestionado sea ajeno y otra que el negocio realizado para gestionar ese interés tenga que ser necesariamente ajeno. El recurso a la idea de legitimación es útil e incluso necesario cuando los efectos del acto del representante surten efectos directos en la esfera del representado, pero no en los demás casos que, según la idea de que se ha partido, son también de representación.

(95) Federico de Castro y Bravo. La Persona Jurídica. 2a. Edición. 1984. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. p. 155.

La legitimación es un término procesal que actualmente está invadiendo el Derecho Mercantil y el Civil. Los procesalistas estudian la legitimación activa y pasiva en los procedimientos judiciales. En Derecho Mercantil para hacer valer el derecho incorporado al título de crédito se habla de legitimación del poseedor del título. En el Civil, sobre todo los tratadistas italianos usan este término para distinguirlo de la capacidad. En México, Ramón Sánchez Meda y Leopoldo Aguilar Carbajal, en sus respectivos libros sobre contratos civiles emplean este término como un elemento de eficacia del contrato.

En general, la doctrina considera a la legitimación como la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posición que se tiene frente al acto, o sea, en la realización de un acto jurídico la relación que existe entre los sujetos o uno de los sujetos con el objeto. Así, en la compra venta uno debe estar legitimado para vender o adquirir, por ejemplo, los padres en ejercicio de la patria potestad no pueden adquirir los bienes del menor, un extranjero tampoco puede adquirir un bien inmueble ubicado en la zona prohibida. Existen además los supuestos del art. 2280 del C. C.

Los autores que siguen esta teoría consideran que la representación es un caso típico de legitimación.

En la legislación mexicana el término legitimación no es usado dentro de los Códigos Civil y de Comercio, al estar esta figura encuadrada dentro de la capacidad.

Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, números 223, 378 y 618, visibles en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo II, páginas número 410, 634; Tomo III, página 1053, y Tesis Relacionadas, respectivamente, que a la letra dicen:

JURISPRUDENCIA NUMERO 223.

ARRENDAMIENTO. LEGITIMACION DEL ARRENDADOR. La calidad de arrendador dimana del contrato de arrendamiento por lo que quien se ostenta como tal en un juicio, no necesita acompañar documento probatorio de la propiedad, ni de que el dueño le ha conferido la facultad

para arrendar; le basta con el contrato de arrendamiento, porque la acción o defensa que del mismo se desprenden son de carácter personal y no real.

TESIS RELACIONADAS DE LA JURISPRUDENCIA
304.

AMPARO, AUTORIZACION PARA OIR NOTIFICACIONES EN EL. La autorización conferida a una persona para oír notificaciones, ofrecer y rendir pruebas e interponer recursos en el juicio de garantía, en los términos del artículo 27 de la Ley de Amparo, comprende la facultad de recibir notificaciones por lo que toca a los acuerdos mediante los cuales pretenda la autoridad responsable cumplir la ejecutoria pronunciada en el juicio constitucional, pues los actos de ejecución de una sentencia pertenecen a la secuela del juicio en que se dictó.

AUTORIZADO PARA OIR NOTIFICACIONES, FACULTADES DEL. El artículo 27 de la Ley de Amparo anteriormente en vigor establecía que el quejoso y el tercero perjudicado podían autorizar a cualquier persona con capacidad legal para oír notificaciones en su nombre, y que dicha facultad autorizaba a la persona designada para promover e interponer los recursos procedentes, en respuesta a la notificación, a rendir pruebas que hubiesen sido ofrecidas por el interesado y alegar en las audiencias; la Ley de Amparo reformada, o sea la vigente en su artículo 27 establece que el agraviado y el tercero perjudicado podrán autorizar para oír notificaciones en su nombre a cualquier persona con capacidad legal y que la facultad de recibir notificaciones autoriza a la persona designada para promover e interponer los recursos que procedan y alegar en las audiencias. Por lo tanto, como en las reformas se supri-

mieron las palabras "en respuesta a la notificación", es indudable que el autorizado para oír notificaciones en los términos del precepto citado de la Ley de Amparo vigente, puede interponer el recurso y expresar agravios aún después de hecha la notificación respectiva.

TESIS RELACIONADAS DE LA JURISPRUDENCIA

377.

CONSEJOS DE VIGILANCIA. CUANDO PUEDEN REPRESENTAR AL NUCLEO DE POBLACION. El consejo de vigilancia de un poblado está legitimado para acudir al amparo, si al ser requerido por el juzgador manifiesta que la acción constitucional la intenta en defensa del núcleo y porque el comisariado ejidal no ha interpuesto el juicio de garantías en virtud de estar conforme con una orden de recomodo que afecta al poblado; con esta manifestación se configura la representación substituta a que alude el artículo 213, fracción II, de la Ley de Amparo.

NUCLEOS COMUNALES. LEGITIMACION ACTIVA. NO HABIENDOSE NOMBRADO COMISARIADO DE BIENES COMUNALES, CUALQUIER COMUNERO PUEDE PEDIR AMPARO EN DEFENSA DE LOS INTERESES DEL NUCLEO DE POBLACION. Aun suponiendo que los comuneros promuevan juicio de amparo en defensa de los intereses comunales, no fueran los integrantes del comisariado de bienes comunales o que no exista comisariado por ser un grupo que de hecho guarda el estado comunal están legitimados para representar al núcleo de población a que pertenecen, ya que conforme a la fracción II del artículo 8 Bis de la Ley de Amparo, aplicado por mayoría de razón, cualquier comunero puede interponer el juicio de garantías, al no existir comisariado.

JURISPRUDENCIA 378.

COMISARIADOS EJIDALES. REPRESENTAN LOS INTERESES DEL NUCLEO EJIDAL Y CARECEN DE INTERES JURIDICO RESPECTO DE LOS ACTOS QUE AFECTAN LOS INTERESES PARTICULARES DE CADA EJIDATARIO. En el juicio de garantías que no es promovido por los ejidatarios que resultan afectados en particular con el acto reclamado, sino por el comisariado ejidal del poblado a que pertenecen, representante del núcleo ejidal, que está legitimado para reclamar actos que afectan los derechos agrarios colectivos del propio poblado, pero no los que afectan derechos agrarios individuales de los ejidatarios; al no encontrarse afectados los intereses colectivos del núcleo ejidal quejoso, resulta correcto decretar el sobreseimiento con fundamento en los artículos 73, fracción V, y 74, fracción III, de la Ley de Amparo.

JURISPRUDENCIA 618.

DERECHOS COLECTIVOS, ACTOS QUE LESIONAN LOS. NO SE CONFIERE LEGITIMACION ACTIVA EN AMPARO A LOS EJIDATARIOS EN PARTICULAR. Si bien es cierto que los actos de autoridad que afectan directamente a un núcleo de población, por razón natural, producen una afectación indirecta a alguno o a la totalidad de sus integrantes, esa afectación indirecta no confiere legitimación procesal activa a los campesinos en particular para impugnar sólo se encuentran legitimadas para hacer valer la revisión en dichos actos por su propio derecho. En efecto, quien directamente sufre las consecuencias de esos actos es el núcleo de población como tal, y lógica y jurídicamente es el único legalmente capacitado para impugnarlos en amparo por conducto de sus representantes. De otra forma, se llegaría al absurdo de que los campesinos que recibieron un perjuicio indirecto por un acto de au-

toridad que afectara al núcleo de que forman parte, en sus derechos colectivos, lograrán en lo particular mediante una sentencia de amparo (cuyos efectos limita el artículo 76 de la Ley de la materia), modificar o destruir la situación jurídica en que se encuentra el núcleo de población no obstante, al no haberla impugnado el propio núcleo debe subsistir en beneficio o perjuicio de éste y, en consecuencia, de sus integrantes.

6.3 Representación y Asistencia.

Julien Bonnecase distingue entre representación legal y asistencia. La diferencia estriba en la causa y grado de incapacidad del representado. Es representación cuando el incapaz no puede manifestar su voluntad o no actúa en absoluto, sino por medio de otra persona, como cuando se está sujeto a la patria potestad o tutela. Es asistencia cuando el incapaz actúa bajo control o con la colaboración de otra persona, como la curatela, la autorización judicial que requiere el emancipado para la enajenación del gravamen y la hipoteca de los bienes raíces, la autorización necesaria del menor para contraer matrimonio o para aportar bienes a la sociedad conyugal. También en el caso de los cónyuges que requieren autorización judicial para contratar entre sí. (96)

La fracción II del art. 643 del C. C., viene a regular un caso especial en el que el juez cumple la función representativa que normalmente corresponde a los que ejercen la patria potestad o al tutor. No se necesita para la realización de actos de dominio sobre bienes inmuebles que el menor emancipado se asiste del que fue su representante legal, es decir, de los que ejercieron la patria potestad o la tutela, simplemente debe haber una autorización judicial; pero ésta cumple la función inherente a la representación legal que perfecciona el acto jurídico en cuanto que integra la voluntad del emancipado. Podemos decir que hay aquí la concurrencia de las voluntades del emancipado y del juez para la validez del acto de dominio,

(96) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. T. I. 13a. Edición. 1977. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. p. 158.

es decir, estamos ante un fenómeno de asistencia y no de representación.

6.4 Representación y Procura.

La procura en las leyes más antiguas, incluyendo el Código de Napoleón, la consideran como término similar al poder. Nuestro Código Civil cuando regula el mandato judicial lo confunde con el poder, arts. 2585, 2587, 2588 y siguientes. El Diccionario Escriche define al Procurador como: "El que en virtud del poder o facultad de otro ejecuta en su nombre alguna cosa; o como dice la Ley de las Partidas *"aquél que recabda o face algunos pleitos o cosas ajenas por mandato del dueño de ellas"* (Ley 1. Tit. 5, Part. 5). Antiguamente se llamaba personero porque se presenta en juicio o fuera de él en lugar de la persona mandante. Hay procurador para pleitos y procurador para negocios, o procurador judicial y procurador extrajudicial que puede haber tomado a su cargo el desempeño de los negocios ajenos en virtud del mandato del dueño o sin su noticia: en el primer caso se llama mandatario y, en el segundo, se llamaba entre los romanos *negotiorum gestor*, y entre nosotros no tiene nombre particular, pero se designa con la denominación de administrador voluntario.

6.5 Representación y Mediación.

Se distinguen ambas figuras que tan frecuentemente intervienen en materia comercial y, sobre todo, en empresas o negociaciones que designan como auxiliares representantes a gerentes y apoderados y a corredores y agentes como mediadores, en que mientras el representante sustituye al representado en la celebración del acto o negocio jurídico en que interviene, en la mediación no hay tal sustitución, limitándose la intervención del mediador a poner en contacto a su principal con el tercero a efecto de que ambos y no el mediador celebren el negocio.

En el acto o negocio que se celebre con la intervención de un corredor o mediador, sólo intervendrán las voluntades del principal y de su co-contratante, no la del mediador, en cambio, en aquél en que intervenga un representante, las voluntades del negocio son las de éste y la del co-contratante.

En ambos supuestos, sin embargo, los efectos del negocio se refieren a las partes de él, no al representante ni al mediador.

Además, mientras la intervención del mediador se realiza en la etapa de los tratos, de la preparación del contrato y tiende a la celebración definitiva de éste, la intervención del representante se da tanto en dicha etapa como, sobre todo, en la celebración misma del negocio. Parte formalmente no en sentido material del negocio que se celebre con la intervención del representante, será éste y el tercero con quien contrata, en cambio, en el negocio que se celebra a virtud de la intervención previa del corredor, éste no es parte, ni formal ni materialmente. Por ello, a los corredores o mediadores se les prohíbe actuar como representantes, art. 68 fracs. I, II, III, del C. de C., ya que su intervención se reduce a proponer, ajustar y otorgar contratos mercantiles, extender minuta y copiar en su libro de Registro, arts. 51, 63 y 64 del C. de C.

Por otra parte, en tanto que el representante interviene en el negocio por encargo y como agente de una las de las dos partes que intervienen, el mediador puede serlo de ambas partes del contrato que se llegue a celebrar, porque cada una de ellas le haya conferido el encargo de convencer y de tratar a la otra parte para la celebración del convenio, de aquí que mientras normalmente hay prohibición para que representante a las dos partes de un negocio (salvo el contrato consigo mismo), no lo hay para que el mediador actúe por ambas, convenga con ellas y trate de concertarlas.

Cuando no se trata de corredores titulados, sino libres o meros mediadores o intermediarios, ellos no otorgan o formalizan los contratos, sino meramente los proponen y los ajustan poniendo en contacto a las partes, y en este caso no tienen carácter de fedatarios ni de peritos, cualidades que sí corresponden a los corredores titulados, arts. 66 y 68 frac. X, del C. de C.

En la práctica comercial mexicana es frecuente designar a los mediadores como comisionistas, y celebrar con ellos convenios en los que su actividad se reduce a proponer y ajustar contratos, privándoles de toda representación e inclusive prohibiéndoles que contraten a nombre propio. Esta confusión de calidades y atribuciones quizás se deba a que los honorarios y percepciones a pagar a esos supuestos comisionistas, por su intervención, se llama y designa como comisión, que ge-

neralmente es un porcentaje del precio o valor de cada negocio en el que intervengan y que se celebre por el principal con los terceros. En estos casos, se está en presencia de contratos de mediación, independientemente del nombre con que se los designe.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1134, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1826, que a la letra dice:

COMISION Y MEDIACION. SU DIFERENCIA. Son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación y el contrato se realiza directamente entre las partes, en tanto que aquélla se realiza en nombre del comitente, o por cuenta de él. La mediación se cumple cuando coinciden las voluntades de las partes interesadas, puestas en contacto por el mediador y el contrato queda concertado, pues con ello, la finalidad perseguida se ha conseguido y la comisión del mediador termina con su celebración.

6.6 Representación Indirecta y Negocio Fiduciario.

Relaciones afines que la mayor parte de la doctrina asimila o cuando menos emparenta estrechamente: son la representación indirecta y el negocio fiduciario. Común a ambas figuras, como ya decía, es el obrar a nombre propio, porque en efecto, tanto el mandatario o comisionista que oculta estar obrando por cuenta del mandante o comitente, como el fiduciario, aparecen y figuran en sus relaciones con terceros como dueños y titulares y como interesados reales del acto o negocio relativo, sin que por lo general la presencia o existencia de un mandante o fideicomitente se conozca por el tercero contratante. Es común también a ambas instituciones el obrar por cuenta o interés ajeno, es decir, por cuenta del representado y del fideicomitente, ya que es esencial a la representación y al negocio fiduciario que el beneficiario, el último interesado, o sea, la persona que adquiere o que se obliga a virtud del acto

ejecutado por el representante o el fiduciario, sea, en el primer caso el representado, y en el segundo el fideicomitente.

Sin embargo, respecto a esta ultima nota surge la primera diferencia entre los dos negocios, ya que mientras el negocio fiduciario es un negocio traslativo, la representación indirecta no lo es, sino que constituye meramente una relación personal, de ahí que el obrar por cuenta ajena en aquél, no constituya una actividad inmediata y actual en el momento en que el fiduciario se relaciona con los terceros, sino que por el contrario, constituye una actividad diferida, mediata, a largo plazo, o sea, que el fiduciario al ejecutar el negocio, actúa por su cuenta, y sólo cuando el negocio fiduciario se extinga y se dé lugar a la retransmisión al fideicomitente (o a un tercero) de bienes, derechos y deudas adquiridas por el fiduciario, se actualiza el interés de aquél y el hecho de que para el fiduciario el negocio era en definitiva ajeno.

Lo anterior se aplica también en nuestro fideicomiso, que es la forma más usual y conocida en México del negocio fiduciario porque en él la institución fiduciaria obra siempre a nombre propio, pero por cuenta del fideicomitente (o del fideicomisario) al extinguirse el fideicomiso, es decir, por lo pronto, actúa por cuenta propia en cuanto que se ostenta y es fiducia causa dueño del patrimonio fideicomitado, pero en definitiva, obra a favor del beneficiario del fideicomiso y por supuesto siempre en cumplimiento de las instrucciones recibidas y de finalidades previstas. En nuestro fideicomiso, al revés de lo que sucede en otros negocios fiduciarios, por la participación obligada y pública de una institución de crédito como fiduciaria ésta no se oculta ante los terceros contratantes sino que se ostenta y se hace público el carácter del negocio y la existencia de esa relación de fiducia entre el fideicomitente y el banco.

En cambio, en la representación indirecta sea que provenga de mandato o de comisión, la actuación por cuenta ajena es contemporánea con el contratar con el tercero, porque aunque éste lo ignore, el mandatario o comisionista nunca adquiere para sí sino para su mandante o comitente. No se requiere un nuevo acto traslativo sino meramente la ejecución de la segunda etapa de la transmisión o cesión que inició el representado o el tercero a favor del representante y que consiste en entregar y poner a nombre del representado el bien o el derecho adquirido por aquél, en caso de que el mandatario o el comisionista se niegue o se resista a entregar o poner a nombre del mandante o del comitente el bien, el documento o el

derecho adquirido, violando así el pacto interno con éste, o sea, el convenio de obrar por cuenta y en interés del mandante o comitente, éste tiene el derecho de demandar de aquél la reivindicación y entrega de la cosa. En materia de inmuebles, el mandante puede ejercer acción reivindicatoria y hasta acusar penalmente de despojo al mandatario que, en su perjuicio se adjudica la cosa y dispone de ella, la inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad y se niega a ejecutar el mandato devolviendo al tercero o al mismo representado y dejando de inscribir el bien a nombre del adquirente real y verdadero, o sea, al tercero en el primer caso, el mandante o comitente en el segundo.

Por otra parte, en el negocio fiduciario existe entre fideicomitente y fiduciario una transmisión fiducial causa de aquél a éste que plantea una doble relación de naturaleza real y personal o de crédito, que es inminente y propia de tal negocio, en la representación indirecta no existe la duplicidad indicada, ya que entre representado y representante no se plantea relación alguna, en todo caso, el negocio traslativo real se verifica en la segunda etapa de la operación, es decir, en las relaciones entre el representante y el tercero, aunque dicho efecto traslativo no es en manera alguna esencial a la representación indirecta y a las relaciones y vínculo del representante con el tercero. Si las partes celebran realmente un negocio traslativo y convienen que una de ellas transmita el bien al tercero actuando como dueño, es decir, obrando frente al tercero a nombre y por cuenta propia, en tal caso, no estaremos en presencia de un negocio indirecto, de una representación indirecta sino de un negocio fiduciario, lo que me lleva a afirmar que no existe esta clase de representación cuando entre las partes se plantea inicialmente una transmisión, pactándose una conducta ulterior meramente obligatoria: esto constituye un negocio fiduciario.

En cambio, la relación inicial que se establece entre representado y representante es y debe ser meramente personal, obligacional y no real, posteriormente al relacionarse con el tercero, al ejecutar el mandato recibido el representante sí puede celebrar un negocio real y adquirir para el mandante lo que dependerá de la amplitud de las facultades que tenga el representante indirecto.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1819, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo IV, página número 2932 que a la letra dice:

SOCIEDADES ANONIMAS, PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS. FIDEICOMISO. Nada impide que una sociedad, sin perder su unidad, actúe en diversos actos con personalidades jurídicas distintas, como en el caso del fideicomiso, evento en el que la fiduciaria, independientemente de las obligaciones que le son inherentes de acuerdo con el contrato social, se sujetan a las derivadas del fideicomiso conforme el acta constitutiva y a la ley, adquiriendo así una personalidad jurídica distinta y con la que actúa en el fideicomiso, del que nacen obligaciones dentro de las cuales se encuentra la de identificar los bienes fideicomitados, registrarlos y mantenerlos separados de sus bienes propios; luego, si una institución, en su calidad de fiduciaria, avala títulos de crédito expedidos a la orden de la misma institución, actuando por su propio derecho, y cubre a ésta última lo adeudado por el avalado, lo hace con personalidades jurídicas distintas y, por lo tanto, se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la acción que deduzca en contra del deudor.

6.7 Representación Indirecta y Negocio Simulado.

A diferencia de la representación indirecta en que las dos partes que lo celebran convienen sobre una relación jurídica a la que fijan un contenido u objeto determinado, que habrá de ser respetado y cumplido por una de ellas al relacionarse con terceros, aunque éste actúe, en la inteligencia de que su contraparte real es la persona con quien contrata, es decir, que convienen y establecen en el negocio inicial, los vínculos y relaciones reales existentes de entre ellos y pactan desde un principio que el representante, en sus relaciones con los terceros, se ostente como interesado directo, pero también estipulan que los efectos de dichas relaciones reales o de crédito trasciendan y se apliquen al representado, en el negocio simulado, en cambio, las partes declaran frente a terceros y

pactan unas relaciones y establecen vínculos que no son realmente los existentes entre ellos, ya que éstos se encuentran encubiertos y están fijados y establecidos en otro negocio o acuerdo previo, oculto, secreto y de carácter interno que contradice o cambia sustancialmente el negocio externo aparente y simulado.

En la representación indirecta, aunque el pacto interno permanece oculto e ignorado por los terceros, fija claramente la naturaleza y el alcance de las relaciones que el representante habrá de establecer con uno o varios terceros determinados o indeterminados, y clara y precisamente también establecen que a pesar de que la existencia del representado y de la representación indirecta misma sean desconocidas por el tercero, los efectos de aquéllas relaciones establecidas entre éste y el representante habrán de referirse al representado, a cuyo favor el representante inscribirá la propiedad respectiva y titulará el derecho adquirido del tercero o la obligación asumida a favor de éste.

En la simulación, contrariamente, las partes establecen una relación distinta y muchas veces contraria jurídicamente a la que realmente existe entre ellos, a la que acuden para engañar a terceros y, en ocasiones, para defraudarlos. Mientras en la simulación existe divergencia entre lo querido y lo declarado entre el negocio interno y el externo y se plantea una incompatibilidad entre los fines pactados en el negocio que celebran y los realmente perseguidos por las partes en el negocio indirecto y, concretamente, en la representación indirecta hay una mera incongruencia entre dichos fines. Hay incompatibilidad de fines, en efecto, en la celebración de una venta con el fin exclusivo de volverse insolvente y dejar sin garantía a los acreedores (simulación absoluta), porque la enajenación de la cosa no va acompañada del pago de un precio justo y cierto, que es un elemento esencial de la compra venta, o cuando se celebra una compra venta con pacto de rescate para ocultar la relación real del mutuo con garantía real (simulación relativa), porque los fines de enajenación y garantía de ambas operaciones han sido considerados tradicionalmente como distintos e incompatibles. En cambio, hay sólo una incongruencia, no una incompatibilidad ni menos una contradicción, en ostentarse el representante como el interesado adquirente directo, en los negocios respectivos que celebre con los terceros, cuando en realidad el interesado sea otro y quien adquiere sea el representado.

El actuar, por ejemplo, una persona como accionista de paja al constituir una sociedad anónima, dado que el intere-

sado real no puede (físicamente, por no estar presente al constituirse la sociedad, o por querer evitar las molestias, los gastos, las dilaciones del otorgamiento de un poder) o no quiere figurar, constituirá una representación indirecta, no una simulación, pero sólo si con tal procedimiento no se encubre un acto o una situación prohibida legalmente. En cambio, si el interesado real no pudiere, de acuerdo con una norma de Derecho, figurar como accionista, quien preste su nombre para violar tal prohibición realiza un acto simulado.

No hay en la representación indirecta incompatibilidad porque la causa o fin del negocio que el tercero celebre con el representante no exige, ni siquiera supone, que éste adquiera para sí, y porque dicho negocio no excluye que el interesado o el afectado directo sea alguien distinto, que está detrás de quien actúa como parte en el negocio.

Por último, se diferencian ambas figuras en que mientras la representación indirecta, a semejanza del negocio fiduciario, supone siempre la existencia de dos relaciones distintas (una entre representado y representante y otra entre éste y un tercero), y de tres partes que intervienen en ellas; en el negocio simulado si bien hay dos relaciones (la simulada y la real) no hay tres partes, sino sólo dos que intervienen en dichas dos relaciones. De aquí que en las dos relaciones que existen en el negocio simulado intervengan y participen las dos partes, en tanto que en las dos relaciones del negocio representativo sólo intervenga el representante, correspondiendo al representado intervenir en la primera y no en la segunda relación y el tercero contratante interviene en la segunda y no en la primera relación.

6.8 Representación Indirecta y Negocio en Fraude a la Ley.

La doctrina jurídica afirma que un acto se considera cometido en fraude a la ley cuando sin ser contrario a la letra de un precepto imperativo, viola su contenido efectivo, y que para determinar y precisar este contenido, se requiere acudir a la interpretación adecuada y correcta de la norma imperativa (prohibitiva o preceptiva) que se considera violada, a efecto de atribuirle su alcance real y conocer sus fines propios, no fijándole funciones ajenas o excesivas ni restringiendo indebidamente dichos fines y funciones.

Al lado de los actos en fraude a la ley, que implican la violación del espíritu de una norma imperativa, el Derecho regula y sanciona los actos *contra legem* que violan, ya no el espíritu sino el texto mismo del precepto. En aquéllos, como dice Puggliati, "existe una incongruencia entre *verba* y *sententia legis* ... un aparente respeto de la ley y una real violación de ella, en los actos *contra legem*, en cambio, se plantea una violación del texto mismo de la norma y, en consecuencia, también de su contenido y de su espíritu". (97)

Nada de esto ocurre en la representación indirecta, que no supone ni menos exige que el obrar de la gente se realice en fraude a la ley o como actividad contraria a su texto, por el contrario, el supuesto de la conducta del representante frente a terceros es que aquélla sea conforme con la letra y con el espíritu de norma, como es decir, que tal conducta sea igual a la que directamente pudiera o hubiera podido realizar el principal o representado. No hay pues, violación alguna de la ley, sino por el contrario, cumplimiento de ella y sujeción de las partes a los supuestos normativos y al alcance y al espíritu de la regla. Prueba de esto es que cuando el representante indirecto viola prohibiciones que le son impuestas por el representado, éste queda liberado, no sólo frente al tercero contratante, lo que siempre sucede en materia de representación indirecta, salvo en los Derechos español y mexicano, en el caso de un factor que obra a nombre propio, caso en el cual el contratante podrá dirigir su acción contra el factor o principal, art. 314 del C. de C., sino también frente al representante mismo.

No obstante, es indudable por una parte, que la representación indirecta, como todo negocio indirecto, va siempre acompañada de la sospecha de haberse ejecutado como un acto *in fraud legis* o, inclusive, *contra legem* y, por otra parte, que a través de dicha representación frecuentemente se acuda a violar el texto de un precepto o cuando menos su espíritu, es decir, que se cometa un acto contrario o en fraude a la ley.

Que la representación indirecta vaya acompañada siempre de la sospecha de estar actuando en fraude a una disposición legal se entiende y se comprende, no sólo por el carácter privado y oculto en que se mantiene frente a terceros la relación que existe entre las partes, sino también porque con

(97) David Stitchkin Branover. El Mandato Civil. 3a. Edición. 1978. Jurídica de Chile. Chile. p. 190.

frecuencia resulta posible que la intervención directa del agente con el tercero traiga como consecuencia la falta de celebración del negocio relativo porque éste lo celebra en la creencia y, muchas veces, en el engaño de que su contraparte es el único y real interesado y de que no hay otra persona y menos, muchas veces, el principal o representado a quien beneficie y a quien se atribuya la conducta de dicha contraparte.

La sospecha de fraude, en este último caso, estriba en que se acuda o se tenga que acudir a un obrar indirecto, cuando el Derecho establece medios directos para el logro de los mismos fines y prevé como situación normal la actividad y la conducta de quien resulta el interesado real y el dueño efectivo del negocio frente al contratante que transmite un derecho o adquiere una obligación.

A pesar de ello, es decir, a pesar de ser un negocio oculto y no obstante la ignorancia y hasta el engaño que sufra el tercero contratante, la validez, la eficacia y hasta la conveniencia de la representación indirecta no pueden discutirse, como tampoco se puede afirmar que esas características suponen la violación de la letra o del espíritu de una norma legal.

Pero contrariamente es posible y es frecuente que, precisamente, por el carácter secreto o reservado del encargo los particulares se valgan de la representación indirecta como uno de los instrumentos más aptos y propicios para violar un texto imperativo, o cuando menos, el espíritu y los fines de un precepto prohibitivo o preceptivo. En estos casos, estaremos en presencia indudablemente de una actividad ilícita, pero no porque la representación indirecta lo sea, sino porque los particulares se valen de ella como el medio idóneo para conseguir sus fines. Se plantearía un caso *contra legem* y de uno en *fraudem legis* valiéndose de una institución y de un negocio ilícito y expresamente sancionado y regulado por el ordenamiento positivo, como es el mandato, o la comisión no representativas. Es claro que por medio de una representación indirecta no se puede ni se debe realizar algo que la ley prohíba hacer directamente, ni tampoco un acto que infrinja una norma o el espíritu de ella.

Así, como ejemplos, si una norma prohíbe a los extranjeros en México adquirir el dominio de bienes inmuebles en una faja de 100 kilómetros a lo largo de sus fronteras y de 50 kilómetros de las playas, art. 27 fr. I, de la Constitución Po-

lítica de los Estados Unidos Mexicanos, o si otra prohíbe a los factores traficar o interesarse en negociaciones del mismo género de las que hiciere en nombre de sus principales, art. 312 del C. de C., o si una ley exige la presencia de accionistas y administradores mexicanos en una sociedad anónima, v.gr. Ley de Minas, art. 14 y Reglamento de dicha Ley, art. 250; constituirían acto en fraude a la ley valerse de presta nombres o de representantes indirectos para alcanzar los fines que tales normas impiden obtener directamente al representado o principal.

6.9 Ratificación y Confirmación.

No cabe confundir la ratificación con la confirmación, porque en el supuesto de inexistencia en un contrato, por falta de concurso de consentimiento, no existe dicho contrato, hasta que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató. Mientras que en la confirmación el contrato existe, conforme a lo preceptuado por la ley, por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez.

En los contratos ratificables, la parte que contrata en su propio nombre, tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación por lo mismo que, hasta ese instante al no haberse producido la concurrencia de las dos voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno; en tanto que, los contratos confirmables tienen virtualidad desde que se perfeccionan, no pudiendo ser denunciados por la parte cuyo consentimiento no estaba viciado, en tanto no sean impugnados, por la única que podría hacerlo al amparo de la ley, la que por disponer de la acción de anulabilidad, únicamente podría confirmarlos, sin precisar del concurso de la otra.

En cuanto al contenido jurídico de ambas instituciones, la confirmación ha de tener forzosamente efecto retroactivo no sólo por imperio de la ley, sino porque también es lógico que así sea, desde el momento en que la confirmación no afecta para nada a la perfección del contrato, sino a la purificación de los vicios de que adolecía, mientras que en la ratificación, sobre no existir precepto en que explícitamente se señala su retroactividad, aunque en principio ésta debe inferirse en los términos en que está concebida en algunos artículos, cabe que el interés de tercero, por derechos adquiridos en el interrumpida tal retroacción, y finalmente que la

confirmación se refiere a negocios jurídicos cuyo vicio no ha impedido la existencia, y por ello tiende solo a sanarlos, en tanto que la ratificación refleja negocios jurídicos que frente al ratificante nunca han existido.

Tan sólo obligan al poderdante los actos ejecutados por su apoderado dentro de los límites del poder, sino los que ejecuta aquél con extralimitación de sus facultades si son ratificadas, pues si el poderdante se aprovecha de los actos ejecutados por el apoderado, sin la autorización necesaria, es evidente que los ratifica tácitamente. El negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, y esta posibilidad de ratificación impone un carácter especial al negocio en que la representación interviene haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *condictio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado.

La ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori. La ratificación válida como manifestación de una voluntad de obligarse ha de ser prestada por quien estuviere facultado para otorgar inicialmente el contrato, más no por quien al carecer de tales facultades no podía tenerlas tampoco para ratificar.

Para que la ratificación convalide el negocio jurídico concertado a nombre de otro por quien carezca de su autorización o representación legal, y lo purifique desde su nacimiento es menester que se realice por el interesado o su mandatario de forma expresa o tácita, y que éste último se deduzca de actos concluyentes de carácter inequívoco que reflejen con toda claridad la intención del ratificante, o de una conducta del mismo que, de forma indubitable, exteriorice dicha voluntad mediante el aprovechamiento de los efectos derivados del contrato.

La ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente una aprobación del *dominus*, y así ha declarado la jurisprudencia que la ratificación tácita tiene lugar cuando sin hacer uso el mandante de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado (sin su autorización), poniendo con ello de mani-

fiesto su consentimiento, concordante con el tercero, con lo que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez si no se hallase viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a Derecho o hacer procedente su revisión.

Se dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación legal será nulo y esa nulidad en principio, es equivalente a la inexistencia. Como el negocio concluido a nombre del representado, sin poder de representación o extralimitación, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, esta posibilidad de ratificación, imprime un carácter especial al negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *condictio iuris*, de tal modo que si la ratificación se da, se considera al negocio como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra del representado.

Y abundando en lo mismo, la ratificación tiene lugar cuando sin hacer uso de la nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el tercero, no pudiendo reputarse inexistente el contrato que queda dotado de validez, si no se hallare viciado por alguna otra causa que pueda determinar su nulidad con arreglo a Derecho.

Quando un gestor o un agente ha actuado en forma representativa en nombre de un principal o por cuenta de éste, pero sin poseer expresamente poder de representación o excediéndose o extralimitándose en el uso del poder concedido, la actuación del gestor no vincula al principal, ni de ella se sigue ninguna consecuencia para éste. Respecto de él, el acto es irrelevante. Sin embargo, el principal puede a posteriori, aceptar la actuación del gestor o asumir sus consecuencias. La actuación del gestor se transforma entonces en actuación plenamente representativa y despliega en el orden de la representación, todos los efectos que son propios de ésta *ratihabitio mandato aequiparatur*. La ratificación es a posteriori lo mismo que la concesión del poder de representación es a posteriori. La ratificación cumple ante todo una función de justificación. El negocio del representante aparente o del falso procurador, inicialmente anti-jurídico en sí mismo considerado, encuentra en la ratificación una causa justificadora. Además, la ratificación es el punto de sutura entre el acto de representación y la esfera jurídica del principal. Permite por ello derivar efectos jurídicos para el representado del acto de un representante

que no se encontraba previamente apoderado o que no poseía un poder suficiente.

La ratificación es un acto o un comportamiento de la persona en cuyo nombre o por cuya cuenta ha actuado el representante que entraña una aprobación de la gestión de éste y, por consiguiente, una asunción de sus consecuencias. *Grosso modo*, la ratificación puede ser encuadrada en la categoría de las declaraciones de voluntad.

Ratificación, según el Diccionario de la Real Academia Española denota: "aprobar o confirmar una cosa que se ha dicho o hecho dándola por valedera y cierta".

El art. 1679 del C. C. de 1884 es casi una copia del art. 1187 del Proyecto de Código Civil español. Así es que de conformidad con el comentario de García Goyena, la ratificación expresa debe hacerse en la forma omitida al celebrarse el contrato.

Antes de que se retracte el tercero, el representado puede dar su consentimiento ratificando el contrato y, entonces se realiza el concurso de voluntades (Baudry-Lacantinerie, Tomo XXIV, Núm. 799; Díaz Ferreira, comentario a los arts. 646 y 641 del Código Portugués). La ratificación equivale a un mandato retroactivo, significa que el representado aprueba el contrato para que valga como si se hubiera celebrado por su verdadero representante (Véase: Ulpiano, Libro 12, párrafo cuarto D., Regla 10, Título 34, Partida 7; García Goyena, comentario al art. 980, C.C. 1884; Baudry-Lacantinerie et. Barde, T. XIV, Núm. 1985). La ratificación, pues de que tratan los arts. 1285 del Código de 1884 y 1802 del Código de 1928, es de naturaleza distinta cuando se analiza la ratificación o confirmación a la luz de la teoría de las Nulidades, especialmente de la relativa y a que se refieren los arts. 1677 y 1679 del Código de 1884 y 2231 y 2233 del Código de 1928, pues de esta ratificación, como se sabe no son susceptibles los contratos inexistentes.

Cunha Goncalvez, refiriéndose a la ratificación hace los siguientes comentarios (Tomo IV, Núm. 496, Págs. 204-207): "La ratificación, propiamente dicha, es la declaración unilateral de voluntad por la cual una persona teniendo conocimiento de un acto hecho en su nombre y provecho, pero el cual era extraño lo adopta como suyo o como hecho por su voluntad.

Por eso la ratificación equivale al mandato expreso perfectamente ejecutado".

La ratificación supone la capacidad para practicar el acto ratificado, y si aquélla tuviese un plazo, basta que esta capacidad se verifique dentro del mismo plazo. La ratificación puede emanar, sin embargo, del propio representado o de sus herederos o representante legal.

De igual modo, los actos de un representante legal podrán ser ratificados por la autoridad que debería haberlos autorizado: Consejo de familia o juez. Para que la ratificación pueda operar es indispensable que el consentimiento del tercero contratante subsista en el momento en que ella se realiza. Y mientras subsista la ratificación puede realizarse en todo momento lo mismo después de la muerte del agente, del representante o del representado, o después de su respectiva interdicción o quiebra, salvo si la cosa que era objeto del contrato, hubiese perecido o hubiere sido enajenada por el tercero, o si el acto estuviere perjudicado por la prescripción, o fuere revocado por el tercero por acto exclusivo o de acuerdo con el representante o agente, cuando fuere preciso o si entre este y aquel se hubiere estipulado un plazo para la ratificación por el representado o *dominus negotii*, terminado el cual el contrato quedará tácitamente rescindido, faltando la aprobación del representado. El art. 646 del C.C. portugués, expresamente dispone que la ratificación sólo es posible antes de que la otra parte se retracte.

Por regla general, la ratificación debe ser pura y simple y no condicionada, sólo puede ser por la totalidad y no parcial, salvo el acuerdo con el otro contratante. Siendo un acto unilateral la ratificación no tiene que ser aceptada por el tercero, o por el representante, ni llevada al conocimiento de éstos. Sin embargo, por un solo acto la ratificación produce dos efectos simultáneos: primero, aprueba la gestión o el exceso del mandato y, segundo, vincula al representado en relación con el tercero.

La ratificación obra retroactivamente a la fecha del acto aprobado, considerada equivalente al mandato expreso regularmente ejecutado. Se infiere que una vez realizada la ratificación, el tercero contrayente ya no se puede retractar, porque queda existiendo un contrato entre él y el representado. Por lo tanto, desde esa fecha quedará transmitida la propiedad al comprador ratificante y para los efectos de la competencia

del tribunal, el contrato se reputará celebrado en el lugar donde se celebró el acuerdo entre el tercero y el representante. El efecto retroactivo no se produce, sin embargo, con relación a los terceros, para los cuales el acto del representado sólo existe desde la fecha de la ratificación. Por eso, si antes de ésta el representado hubiese constituido derechos o cargos a favor de terceros sobre la cosa enajenada por el representante sin mandato, esos derechos o cargas subsistirán. No hay que dudar entre la seguridad de los terceros y la de quien contrató con la del representante o agente sin cerciorarse antes de la extensión o existencia de sus poderes.

Confirmar es purgar el vicio que contamina a una obligación, renunciando al derecho de prevalecerse de él para pedir la nulidad del acto. Se sigue de esto que aquél que confirma debe conocer el vicio que entiende purgar. Es de evidencia que aquél que no conozca el vicio que anula la obligación no puede tener la intención de reparar la nulidad. Es decir, que no puede confirmar. La confirmación es una renuncia a la acción de nulidad, luego, es una manifestación de voluntad, ahora bien, la voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita, entonces, la confirmación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando la voluntad de aquél que renuncia a la acción de nulidad resulta de una declaración formal, es decir, de una declaración hecha por algunas palabras; la tácita, por situaciones que se presupongan.

A falta de acto de confirmación basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente para que el vicio que la hacía nula quede borrado. Se supone que aquél que ejecuta la obligación tenía la capacidad de renunciar a la acción de nulidad, se supone que conocía el vicio que le daba el derecho de pedir la anulación del acto. Si en estas circunstancias se ejecuta la obligación, la ejecución implica necesariamente la intención de no atacar el acto, es decir, la intención de confirmarlo. No se ejecuta un acto nulo cuando se propone uno pedir su nulidad, ejecutarlo es pues, renunciar al derecho que se tenía de obrar. A esto se llama confirmación tácita, porque la voluntad de confirmar resulta de un hecho en lugar de declararse por medio de palabra.

Si se sabe que el acto es nulo y si no obstante lo ejecuta, no se le podría obligar a ello, porque hubiera podido oponer al acreedor una excepción perentoria, ejecuta, pues, sabiendo que no está obligado a hacerlo, lo que implica la intención de renunciar a la acción de nulidad, así como a la excepción de nulidad. Ejecutar voluntariamente es pues, ejecutar

con la intención de confirmar. La confirmación tácita está regida en general por los mismos principios que la confirmación expresa, lo que es muy lógico, porque la confirmación es un solo y mismo hecho jurídico, es una renuncia a la acción de nulidad, la renuncia debe tener los mismos caracteres ya sea que se haga por palabras o que se induzca de un hecho efectuado por el que tenía el derecho de pedir la nulidad.

La intención de confirmar es la misma, ya sea la ejecución parcial o total, ahora bien, desde que hay voluntad de confirmar, la confirmación existe y la obligación es revalidada.

La confirmación obra retroactivamente hasta el día en que la obligación se contrajo. Esto resulta de la esencia misma de la confirmación. Es una simple renuncia a los medios y excepciones que uno podría oponer contra el acto nulo sin perjuicio, sin embargo, de los derechos de los terceros.

Según los arts. 2226 a 2228 y 2231 del C.C., "La nulidad del contrato al que le falta la forma establecida por la ley desaparece, o sea, se extingue por la confirmación de ese contrato hecha en la forma omitida. "El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y se extingue la acción de nulidad". "La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retractorio no perjudicará a los derechos de tercero". Los términos en que están concebidos los artículos que acabamos de citar, revelan que la confirmación o ratificación a que se refiere coincide con la ratificación de que trata el Código de 1884.

Los términos textuales del art. 2331 del C.C. son los siguientes: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida". La palabra hecho es una errata de imprenta, esta palabra debe sustituirse por la palabra hecha, que refiriéndose a la confirmación hace que el artículo tenga el sentido que debe tener, o sea, el del art. 1679 del Código de 1884, y el art. 1187 del Proyecto de Código español, comentado por García Goyena. Esta corrección se funda además en que el señor licenciado García Téllez señala como concordancia del art. 2231 de nuestro Código vigente el art. 1062 del Código Civil argentino, que dice: "La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con la misma so-

lemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma".

El licenciado García Téllez designa otra concordancia del art. 2235 de nuestro C.C. con el art. 1065 del Código argentino, y según la anotación, concuerda a su vez con el Código francés en su art. 1338, e indudablemente lo que dicen los juristas franceses sobre el efecto retroactivo de la confirmación es aplicable a la interpretación del art. 2235 citado.

Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por una confirmación ni por la prescripción.

Tampoco puede borrarse la nulidad absoluta por confirmación o por prescripción.

La nulidad relativa es susceptible de borrarse retroactivamente por la confirmación del acto, emanada de aquél o de aquéllos que tenga la acción de nulidad, es decir, por la renuncia de esta acción y por la prescripción.

Las nulidades son bajo ciertas limitaciones susceptibles de cubrirse por la confirmación y por la prescripción.

Para terminar diremos que la confirmación es un acto jurídico mediante el cual la persona interesada en la anulación de un acto de esta naturaleza manifiesta tenerlo por válido, expresa o tácitamente, produciéndose, en consecuencia, su convalidación. Es también la manifestación de la voluntad hecha por la persona a quien corresponde el derecho de impugnación de un acto anulable que produce el efecto de purificarlo del vicio de que adolece, de tal manera que el acto queda tan perfecto que es considerado como si no hubiera tenido nunca imperfección.

Tesis Relacionada de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 1134, visible en el Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Tomo III, página número 1823, que a la letra dice:

COMISION CONTRATO DE. Establecido en el contrato respectivo que el comisionista

sea hará responsable para con el comitente en los términos del artículo 289 del Código de Comercio, por cualquier acto que realice en contravención con el contrato, quedando en aptitud el propio comitente de ratificar o no las operaciones así efectuadas, esto quiere decir que la responsabilidad del comisionista coexiste con la facultad del comitente para ratificar o no las operaciones por aquél concertadas, máxime si se considera en determinado caso que el comisionista no envió las referencias a que estaba obligado. Por lo demás, no es absurdo admitir que la intención de los contratantes fue la de que el comisionista garantizase el ciento por ciento de los créditos concedidos sin referencias, por el sólo hecho de que las comisiones en ningún caso excedían del quince por ciento, si dicho comisionista responde de tales créditos con la totalidad de sus comisiones devengadas y no sólo con las que obtuviere la operación respectiva.

6.10 Ratificación y *Negotiorum Gestio*.

Semejante a la procura es la ratificación, en cuanto ambas constituyen actos unilaterales de voluntad del representado dirigidos, a terceros. Es decir, la ratificación al igual que el poder, es siempre un acto o negocio que no proviene de contrato y en el que no cabe el obrar a nombre del gestor o representante.

Las diferencias entre procura y ratificación estriban, en primer lugar, en que ésta es siempre un acto *posteriori* al negocio celebrado por el gestor a nombre y por cuenta del representado, en tanto que la procura antecede al acto representativo del apoderado.

Consecuencia de la distinción anterior, es que mientras los actos realizados por el apoderado pertenecen y se refieren siempre al patrimonio del poderdante o representado, aquéllos ejecutados por el gestor, cuando no se da la operación

que funcionaría como *conductio iuris*, se refieren a éste, quien está obligado frente al tercero con quien contrata a pagarle los daños y perjuicios que ocasione el hecho de que el gestor se ostente como representante sin que en realidad lo sea, y no se obtenga la aprobación del supuesto representado respecto a los actos celebrados.

Ratificación en cambio se asemejan, en que en ambos negocios actúa la *contemplatio domini*, sin embargo, mientras en la procura esta nota siempre va precedida del otorgamiento del poder por el representado, de manera que el mero hecho de ostentarse como representante no es suficiente para otorgar al falso procurador la representación, ni para que éste le corresponda en la ratificación, se da primero la actuación a nombre ajeno y *posteriori* el otorgamiento de la representación mediante la aceptación y la aprobación de los actos anteriores.

La ratificación, en efecto, obra como una aprobación y produce efectos que se retrotraen al día en que la gestión principio, tal es lo que dispone el art. 1906 del C.C., si bien esta norma confunde aquí nuevamente el mandato con la procura o poder, la ratificación no puede producir los efectos del mandato, que consisten en la obligación que asume el mandatario de realizar un negocio ajeno o, como dice el art. 2546 del C.C., ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, el mandato en todo caso, sólo se refiere al aspecto previo de la relación representativa y se limita a las relaciones entre mandante y mandatario. La ratificación en cambio, es un acto no obligatorio del principal, que convalida un obrar a nombre suyo que realizó el gestor, sus efectos se cumplen principalmente en las relaciones externas, es decir, en aquellas que tuvieron lugar entre el gestor y el tercero, o sea, precisamente en las relaciones de representación y no meramente de gestión, para que el representado que ratifica haga suyos retroactivamente los efectos como la asunción de obligaciones o adquisición de derechos del negocio celebrado.

Es también aplicable la ratificación, al caso en que el apoderado o representante se exceda de las facultades que se le dieron, o incluso, viole las limitaciones que le fueron impuestas a su poder, arts. 2565 del C.C., y 289 del C. de C. Si el principal ratifica hace suyos íntegramente los actos realizados por el representante en violación o en exceso de sus facultades, en cambio si no otorga la ratificación, los actos relativos, salvo en el caso del factor, quedan a cargo del gestor, quien además queda obligado a cubrir los daños y perjuicios que sufra tanto el principal como el tercero contratante

que ignora que aquél transgredía los límites del mandato, art. 2568 del C.C.

El art. 1802 del C.C., además de los daños y perjuicios a favor del tercero, sanciona con nulidad a los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, a no ser que la persona a cuyo nombre fueren celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. Esta norma, que al final usa una terminología tan impropia y tan confusa, porque la retracción ni es fenómeno vinculado a los contratos ni es congruente con la sanción de nulidad que la propia norma impone, es contraria a lo que disponen los arts. 2565 del C.C. y 289 del C. de C., que dejan a cargo del mandatario y comisionista el negocio no ratificado celebrado por ellos en exceso o violación de sus facultades y desde luego es incongruente con el sistema de las nulidades, porque no existe falta o vicio del consentimiento, dado que éste es expresado por quien se ostenta como representante.

Para salvar la contradicción, se tiene que restringir el alcance del art. 1802 del C.C., a los actos realizados por el gestor respecto a los cuales, en consecuencia no hubiere recibido poder o representación alguna, y no a los actos de un representante que obre en exceso de sus facultades o en violación a las limitaciones del poder o representación expresa que si se le ha conferido, sin embargo y a pesar de ser esta interpretación más adecuada al texto de ambos preceptos, considero inconveniente la sanción de nulidad decretada por el art. 1802, ya que el supuesto de la norma es primero, que el gestor actúe en nombre de otro, y segundo que no sea su legítimo representante. Ahora bien, lo primero implica el conocimiento del tercero de la representación, aunque ésta sea ficticia, y lo segundo, que la representación que el gestor ostenta no deriva de un poder o de cargo alguno de que éste goce, que le hubieran sido conferidos por el principal y del que derive legalmente una representación, v.gr., el factor, por lo que gestor y tercero generalmente contratarán a sabiendas de tal deficiencia, y es indebido, e incluso puede ser injusto para el tercero, decretar en todo caso la nulidad del acto celebrado con él la sanción debería consistir en el pago de los daños y perjuicios al tercero, si éste obró sin culpa y confió en una ratificación posterior, y sólo decretarse la ineficacia cuando no pueda quedar personalmente obligado el falso representante, como parte o interesado directo del negocio, ni éste se haya ejecutado en provecho y utilidad del representado, como sucede en la gestión de negocios, art. 1896 del C.C.

6.11 La Factoría.

En los términos del art. 309 del C. de C., se reputan factores tanto a los directores o gerentes de una empresa mercantil, como a los representantes o apoderados generales a quienes se atribuya facultades para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de sus propietarios.

El factor, que siempre es representante del principal o empresario, es un auxiliar del empresario e integra con dependientes y trabajadores al personal de la empresa, dirige a ésta y tiene a su cargo no sólo la celebración sino también la ejecución de actos jurídicos materiales, evidentemente sólo puede ser una persona física ya que una sociedad o persona moral no podría ejecutar ni dirigir directamente, sino por conducto precisamente de un representante una empresa o los actos jurídicos de ella.

La primera nota o característica del factor, según puede verse del concepto anterior es que se trata de un representante de la empresa comercial, es decir, que la actividad del factor requiere de esa organización económica de los factores de la producción y que los servicios del factor se insertan y se relacionan con la negociación o empresa.

Excluyo, consecuentemente, de la institución del factor, es decir de la representación *institoria*, a las empresas no comerciales, como son las agrícolas, que si en otros Derechos admiten la presencia y la intervención del factor, en el nuestro no, dados los términos tan claros del art. 309 del C. de C. En la práctica, estas empresas agrícolas (ranchos, establos, granjas, plantas avícolas, negociaciones forestales, etcétera), están dirigidas directamente por el empresario, quien suele nombrar un administrador que se encarga, más de la gestión y de las tareas materiales del negocio, que de la realización o ejecución de actos y negocios jurídicos (venta de los frutos y productos, compra de fertilizantes, forrajes, alimentos), los cuales se reserva dicho titular. No obstante, cuando el titular de estas empresas agrícolas se constituye en forma de sociedad, nada impide que el órgano de administración o los propios socios (junta de asamblea) designen y nombren un gerente, representante general, cuya función es igual a la del factor.

Por lo que respecta a las pequeñas empresas y a los talleres de artesanado, su dimensión reducida, y sobre todo la participación directa y constante de su titular, el maestro del taller, en las actividades de éste y en las tareas de los artesanos y aprendices, no favorecen la intervención de un representante, ni menos de uno que tenga una representación general. La actividad en el taller en efecto, consiste principalmente en la venta de sus productos o servicios, a base, no de ofertas al público sino de pedidos individuales y directos del cliente, quien no es raro que sea un visitante atraído al taller por el acabado y la perfección de sus productos, por la prontitud y la formalidad en la ejecución de sus servicios, o sencillamente, por la recomendación de amigos o conocidos, y en estas actividades, no interviene por la pequeña empresa un representante general sino directamente el dueño, el empresario, o bien a su nombre, un familiar que lo auxilia y que evidentemente no se vincula con él por el contrato o la relación de factoría, sino estricta y propiamente por un poder tácito de efectos restringidos y de alcances limitados.

La segunda nota o característica del factor es que obre en nombre (y por cuenta) del principal, o sea del empresario (persona física o jurídica) y ejecute las actividades propias de la empresa, esto a pesar de lo dispuesto por el art. 311 del C. de C., que en contradicción con la definición legal y con el concepto mismo de la factoría establece que el factor puede obrar a nombre propio. Es decir, la factoría, propiamente tal, a diferencia de otros contratos como la comisión y el mandato, es un negocio eminentemente representativo, es decir, es un contrato al que siempre va ligada la representación en la que siempre se da el acto unilateral que es la fuente de la representación voluntaria.

Consecuencia de la *contemplatio domini* es que el factor no sea comerciante, porque es característica esencial de éste, el obrar a nombre propio.

La tercera nota propia del factor es la permanencia de sus funciones, ya que siendo un representante general del empresario y estando vinculado a la empresa, su poder perdura mientras la negociación subsista, salvo, por supuesto, que le sea legalmente revocado, su representación continúa después de la muerte del principal por estar ligado a la suerte y a la vida de la empresa, art. 319 del C.C.

Cuarta nota característica del factor, es la generalidad de la representación que le es atribuida, es un director general de la negociación o un apoderado general del empresario respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, como establece la definición del art. 309 del C. de C. Tal cúmulo de facultades no se compadece, como se verá más adelante con limitaciones que desvirtúan la generalidad de su representación.

La quinta característica del factor es que depende con carácter subordinado del empresario. El factor, en efecto, es un miembro del personal de la empresa, el más conspicuo y de mayor importancia de ésta que jerárquicamente depende del titular de la empresa y a quien generalmente están subordinados los funcionarios y los empleados de la negociación. Se tiene desde este punto de vista, por un lado una relación jurídica de gestión y prestación de servicios (en el amplio significado que este concepto tiene) entre el empresario y el factor o gerente, y por otro lado, un representante y un alter ego del titular de la negociación, es un funcionario, el de mayor importancia de la empresa situado en el vértice de ella y de quien depende no sólo el personal, funcionarios, como subgerentes, subdirectores profesionales, apoderados, empleados, como agentes, dependientes y empleados de mostrador, trabajadores, como obreros, mozos, sino también, como dice la definición del art. 309, la contratación y la atención de todos los negocios concernientes al establecimiento o empresa.

Lo anterior no quiere decir que la relación y la existencia misma del factor, sólo se plantee respecto a la unidad o a la totalidad de la empresa, esto es lo normal, pero nada impide y ello es frecuente, que por funcionar la negociación a base de sucursales y filiales en la misma plaza o en ciudades diferentes, unas y otras se encomienden a gerentes generales, y que, por tanto, se dé la relación factoril respecto a secciones territoriales o ramas técnicas o económicas de la empresa, sin embargo, la condición es que dichas sucursales, filiales, agencias, estén estructuradas como unidades económicas o cuasi independientes, o sea, que constituyan organizaciones y centros de actividad de los distintos factores de la producción para ofrecer al público bienes y servicios y sobre todo, que mantengan cierta independencia y autonomía económica, técnica y funcional o administrativa respecto de la matriz, a fin de que el factor sea en rigor un representante general, no subordinado en cuanto a su representación al control y al visto bueno del empresario, ni supeditado a otro funcionario o a otro factor de la matriz, respecto a la celebración y ejecución de los actos propios de la sucursal o agencia.

Que se trate de una persona subordinada jerárquicamente (no supeditada) al empresario y que dependa económicamente de la empresa, no implica que la relación jurídica y contractual que vincula al factor con la empresa, sea en Derecho mexicano, necesariamente de naturaleza laboral, es decir, que exista una *locatio operarum* y, más precisamente, una relación de trabajo reglamentada por la L.F.T., y que deba considerarse al factor como un trabajador.

De igual manera que el contenido de la relación *institoria* se refiere fundamentalmente a la celebración de actos jurídicos, es decir, a la representación de la empresa y que esta representación sea general, son circunstancias que no implican de manera alguna que el contrato de gestión respectivo sea siempre un contrato de prestación de servicios regulados entre nosotros por el Derecho Civil.

En nuestro Derecho, a semejanza del Derecho Italiano vigente, art. 1703 del *Codice Civile*, y a diferencia del francés, del español e inclusive de nuestro Código Civil de 1884, el objeto del mandato es la celebración y ejecución de actos jurídicos, art. 2546 del C. C., y no de actos materiales, por lo que podría pensarse que la diferencia entre el mandato (tomada la expresión en sentido impropio, de representación, que es el acogido por nuestra legislación, y en sentido amplio, es decir, tanto referida al contrato civil como a los mercantiles: comisión y factoría, y tanto respecto a la relación contractual -*sedes materiae*- de la representación, como dice Brassi; como a la unilateral: procura, ratificación) y el contrato de trabajo, sería que éste se concreta a la ejecución de actos no jurídicos (materiales e intelectuales, según el art. 3 de la L.F.T.), en cuanto que en el mandato, el mandatario celebra y cumple actos y negocios jurídicos, poniendo a disposición del mandante su voluntad, su aptitud para querer.

Esta afirmación que fue sostenida en el Derecho italiano derogado, entre otros, por Sraffa y Vivante y combatida enérgicamente por Brassi, no puede admitirse entre nosotros, a pesar de los términos claros del art. 2546 del C. C., y de la ambigua terminología del art. 3 de la L.F.T., que si bien atribuye al trabajador la prestación de servicios materiales e intelectuales, no se cuida de precisar si estos últimos han de ser jurídicos o no jurídicos. Y no puede sostenerse, tanto porque el concepto legal del contrato de trabajo, art. 20 de la legislación laboral se refiere en forma más amplia a toda clase

de servicios personales que el trabajador presta al patrón, como porque la interpretación que nuestros tribunales han dado de esta relación incluye la actividad jurídica y califica, por tanto, de trabajadores a los representantes (mandatarios, comisionistas, factores, etc.) subordinados al principal; con lo que reconoce la tendencia expansionista del Derecho Laboral. (98)

Por otra parte, en el caso que analicé del factor, como director general de la empresa sobre todo tanto le incumbe la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre del empresario (representación), como de actos materiales (actividad de mera gestión), porque lo que aunque la distinción fuera válida, no se aplicaría a dicha figura, para calificar de civiles y no laborales las relaciones respectivas.

La nota determinante para precisar si la factoría constituye o no un contrato de trabajo es la libertad o autonomía del factor, o sea, la presencia o la ausencia de la subordinación técnica y administrativa del factor al empresario o a un órgano del empresario si éste es colectivo. Si tal subordinación existe, es decir, si el factor no goza de amplia libertad, discreción y juicio para la dirección de la empresa, para la ejecución de los diversos actos jurídicos y materiales que le están encomendados, si carece de la facultad de mando y del poder disciplinario y depende y requiere de instrucciones específicas y de la aprobación previa del empresario, a quien en cambio le debe sumisión y obediencia, diré que el vínculo que lo une con la negociación sí es laboral; por el contrario sí es factor, gerente o director no está subordinado técnica y funcionalmente al empresario sino que mantiene independencia, libertad y arbitrio en la dirección de la empresa y en la concertación de los negocios de ella, su relación contractual con la negociación será civil y no de trabajo. Se debe, no obstante, analizar más detenidamente este problema, no sólo por la importancia que tiene entre nosotros sino también porque la H. Suprema Corte de Justicia en varias ejecutorias ha sentado tesis equivocadas y a dictado resoluciones inaceptables.

Haremos referencia primero, a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, para enseguida analizar las notas de subordinación y dependencia como propias de la relación laboral.

(98) Roberto L. Mantilla Molina. Derecho Mercantil. 27a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. México. p. 115.

Según la Corte, los gerentes deben ser considerados como trabajadores sólo cuando no sean parte integrante de la empresa y no estén vinculados a los resultados económicos de la actividad de la misma, pues en este caso tienen el carácter de patrones. Ahora bien, esta tesis es insostenible jurídicamente ya que lo propio y esencial del gerente o factor es precisamente, el formar parte integrante de una empresa en cuanto la dirige o celebra todos los negocios concernientes a ella, art. 309 del C. de C., además en una u otra forma el gerente está vinculado a los resultados económicos de la negociación, aunque no sea accionista o tenga participación en las utilidades.

Si el gerente es accionista, ello en nada afecta a su actividad contractual, es decir, si existe la subordinación técnica y jerárquica al empresario, que son las notas que caracterizan la relación laboral, el que el gerente sea o no titular de una o más acciones resulta indiferente, como carece también de importancia el que los trabajadores participen obligatoriamente en las utilidades y estén así vinculados a los resultados económicos de la negociación.

Por último, afirmar como lo hace dicha jurisprudencia que el carácter de patrón correspondería al factor o gerente por tal supuesta vinculación a los resultados económicos de la empresa significa, por una parte, desconocer el concepto de esta figura laboral y por la otra, confundir al gerente con el empresario o titular de la negociación. La característica del patrón estriba fundamentalmente en el poder de mando, en la potestad que ejerce sobre los trabajadores, y esta nota no deriva ni se relaciona con tal vinculación económica real o supuesta. Ella existe en quienes sean meros accionistas, sin que por ello sean evidentemente, patrones, no existe, en cambio en la sociedad que en un caso determinado sea el empresario, la que contrata y revoca nombramientos del personal, y es patrón de sus trabajadores y empleados. De aquí, decía que se confunda al gerente, que es el más alto empleado y el representante general del empresario, con este mismo, cuando el titular de la negociación es una persona física.

La presencia o la ausencia de subordinación del factor al empresario y también, en algunos casos, a un representante del empresario, fundamental para la calificación y la regulación de la institución estudiada, plantea, en primer lugar el problema de la naturaleza y la amplitud del encargo conferido al factor.

El art. 309 del C. de C., prevé dos situaciones distintas: una la de dirección de la empresa, otra, la de celebración y ejecución de todos los negocios concernientes a la empresa. De acuerdo con la primera, el factor, gerente o director de la negociación (y cuando hubiera varios gerentes o directores, el Gerente General o Director General) sería el encargado del manejo total de la empresa, y no solamente de la realización de una actividad jurídica, estaría a su cargo el dirigirla, establecer la política que debe seguir, ordenar y mandar al personal. En suma, este director o gerente a nadie estaría subordinado técnica y administrativamente, y sí, en cambio, le estarían subordinados a él los funcionarios, los empleados y los trabajadores de la empresa.

Sin embargo no hay que olvidar que el director o gerente general es un representante general del empresario, un funcionario de la empresa a quien corresponde, como dice Mossa, la representación de la casa comercial, no se trata de la representación esporádica y precaria que puede libre y voluntariamente actuar sino que es una representación organizada y permanente que se vincula a la vida de la empresa, y que sin ésta no puede manifestarse, es decir, el factor no es el dueño ni el jefe de la empresa sino su principal colaborador y desde este punto de vista existe necesariamente una subordinación, no técnica ni administrativa, sino funcional y jerárquica del factor al empresario y evidentemente aquél debe rendir cuentas a éste, quien, por otra parte, puede limitar o restringir hasta cierto grado las funciones de aquél e inclusive removerlo y por supuesto, exigirle responsabilidades. Esta subordinación jurídica o jerárquica, no obsta para calificar de civil la relación o el contrato de factoría, porque no es ella la que integra la relación laboral, sino aquella subordinación que implica la participación personal del empresario o principal en las tareas del factor o gerente. (99)

De acuerdo con la segunda hipótesis del art. 309 del C. de C., el factor es un apoderado general a cuyo cargo está la ejecución y celebración de los actos y negocios jurídicos inherentes a la empresa, pero no la dirección total de ésta, ni por tanto, la ejecución de todos los actos materiales sin contenido jurídico que el manejo de una negociación requiere.

(99) Rodríguez y Rodríguez, *ob. cit.* p. 210.

El gerente o director es, al mismo tiempo, representante general de la empresa y como tal goza de amplias facultades de representación, las que puede delegar en uno o varios apoderados generales o especiales que designe. En cambio, el apoderado general, normalmente no es gerente o director en el sentido del primer supuesto del art. 309, y por tanto, ni nombra a éste, ni menos ejecuta o hace ejecutar actos que no estén comprendidos en su apoderamiento jurídico.

Ahora bien, tanto si se trata de un director o gerente, como de un representante general, cabe imponer ciertas limitaciones a las facultades del factor respecto a la dirección de la empresa o respecto a los actos y negocios que a nombre de ella puede celebrar. Y debe aclararse que la mera limitación de la representación del factor en nada influye en la calificación civil o laboral del contrato de factoría, ya que la distinción de ambas materias y entre ambas figuras contractuales no radica en la representación, que también puede existir en un contrato de trabajo, sino en la ausencia o la presencia de la subordinación personal y técnica del factor al empresario, como ya se vio. Sin embargo, la esencia de la figura del factor estriba en ser un director o representante general de la empresa, por lo que las limitaciones que se le impongan no deben desvirtuar su naturaleza, ni dicho concepto de representante general de la negociación.

¿Qué limitaciones pueden imponerse al factor?. Sólo aquéllas que no desnaturalicen su función de representante o director general de la empresa que no afecten o lesionen los legítimos derechos de terceros de buena fe y que, además, no afecten la existencia y la estructura de la negociación.

Por esta íntima y necesaria vinculación del factor con la empresa, que se manifiesta en la subordinación de aquél al jefe o dueño de la negociación y que coloca al gerente o factor (a diferencia del órgano social) como un integrante de la empresa, la doctrina moderna afirma que la representación del factor puede asimilarse a una de carácter legal, que le atribuye todas las facultades propias del ejercicio de la empresa y que excluye limitaciones que impidan dicho ejercicio. Como en el caso de representación de sociedades se admite que la que le corresponde al factor es general y deriva de la ley, y por tanto, es necesaria, aunque el nombramiento de este auxiliar de la empresa depende de la libérrima voluntad del empresario a diferencia de la representación legal, consideró estar en presencia de una representación legal.

Por otra parte, hay que tener en cuenta esta vinculación del factor o gerente con la empresa, tanto para referir sus facultades a la actividad ésta (salvo que como dice el art. 316 del C. de C., en los contratos ajenos a dicha actividad hayan obrado con orden de su principal), cuanto para admitir y establecer la responsabilidad directa del principal o empresario respecto a todos los actos y negocios concernientes a la empresa que hubiesen sido ejecutados o celebrados por el factor (Cfr. art. 347 Proyecto del C. de C.). Así lo indica expresamente el art. 315 del C. de C.: "Siempre que los contratos celebrados por los factores recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que están encargados (es decir recaigan directa o indirectamente sobre el objeto o finalidad de la empresa), se entenderán hechos por cuenta o en interés del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlos, haya transgredido sus facultades o contenido abuso de confianza.

Su vinculación con la negociación explica y justifica, asimismo, que no pueda ni deba competir con la empresa de que forma parte, ni celebrar contratos consigo mismo, lo que prohíbe el art. 312 del C. de C., cuando en forma amplia proscribire al factor que ejecute o se interese en negocios del mismo género de los que hiciera en nombre del empresario.

Tampoco puede el factor, realizar actos que atenten contra la vida y la estructura legal y económica de la empresa. Sin embargo, esta restricción general no puede interpretarse en forma tan amplia que pudiera impedir la realización de todo acto de dominio o de administración extraordinaria, porque de ser así, se atentaría contra la representación general del factor, consecuentemente, la restricción sólo opera en la medida en que esta nota no se desvirtúe, y en que se atente realmente contra la vida o subsistencia de la negociación. Aceptando desde este punto de vista que, salvo con facultades especiales del principal, el factor no puede enajenar o gravar la totalidad de la hacienda o patrimonio de la empresa, ni aquellos bienes de su activo fijo que constituyan la base de dicha hacienda, a menos que tal enajenación o gravamen constituya o este comprendida en la finalidad de la empresa. Tampoco puede, obviamente, liquidar o clausurar la negociación, ni destinar sus caudales o fundar y formar establecimientos, sucursales o agencias de la empresa; para cada uno de estos actos se necesita siempre la decisión del empresario y cuando éste es una sociedad, cada uno de dichos actos requiere la deliberación y el acuerdo de su órgano competente. Por último, no puede el factor modificar la estructura de la empresa, cambiando su nom-

bre comercial, su nacionalidad, su domicilio, su objeto o finalidad, cosas todas que suponen modificación de la escritura social en los empresarios colectivos.

Pese a su carácter de representante general, en nuestro Derecho y de acuerdo con nuestra práctica, se aplican al factor algunas de las limitaciones que la ley impone al mandatario y apoderado, las cuales no afecten ni contrarían dicho carácter de representante general que a él corresponde, me refiero a ciertas facultades para cuyo ejercicio el Código Civil exige las llamadas cláusulas especiales, o sea, facultades expresadas para la ejecución de los actos procesales comprendidos en el art. 2587 del C.C. La mayoría de esos actos, en efecto, se refieren a una materia, la procesal, en que las facultades del factor no tienen que ser amplísimas y respecto a las cuales caben limitaciones porque la naturaleza de ellas no se perjudican derechos de terceros. En cambio, si pueden ser en perjuicio de tercero y no siempre sino que más bien casi nunca, constituyen actos procesales los comprendidos en la fracción VI de dicha norma, o sea, recibir pagos, que más bien se refieren a contratos celebrados por el factor (suministros, ventas de mercancías, de lotes en fraccionamientos, honorarios por servicios prestados en negociaciones como sanatorios, talleres de reparaciones, etc.). Esta facultad, consecuentemente corresponde al factor y su limitación o restricción de las que atentan contra su naturaleza.

Además, tanto por ser un funcionario fiduciario de la empresa, es decir, por estar ligado a ella por una relación estrictamente de confianza y personal como por estar subordinado al empresario, el factor no puede, sin estar facultado expresamente por el principal, delegar su cargo, art. 280 del C. de C., por mayoría de razón, o sea, designar otro representante general que lo sustituya y desde luego en ningún caso puede exceder los poderes y facultades del empresario o del órgano de éste que lo hubiere designado. Sí puede, en cambio, nombrar apoderados especiales y tratándose de gerentes o factores de sociedades anónimas, también apoderados generales.

Otra restricción que nuestra ley permite imponer a los poderes del factor es para contraer obligaciones cambiarias, suscribiendo títulos de crédito, art. 85 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, esta norma indica que los gerentes y los administradores de sociedades (el administrador único, en el caso de sociedades anónimas y los administradores, en otros tipos), se reputan autorizados para suscribir letras de cambio por el hecho de su nombra-

miento, pero que los límites de esa autorización son los que señalen los estatutos o poderes respectivos. En consecuencia, sólo existirá esta restricción si los estatutos o los poderes la fijan, en cambio, si estos son omisos (o si no existe poder sino mero nombramiento) se deberá entender que el gerente o el administrador de una sociedad goza de las más amplias facultades para suscribir letras de cambio y otros títulos de crédito.

Por último, por lo que toca a la representación del factor en materia procesal, puede privarse de ella al factor, lo que requeriría cláusula expresa y clara del poder otorgado, puesto que tal restricción de sus facultades ni contraría principio alguno de orden público ni afecta ni contradice la institución misma del factor, que no implica la representación judicial. Por lo que respecta a limitaciones para actuar o comparecer en juicio, salvo las que exigen cláusula especial y que no le hubieren sido concedidas en forma expresa, sólo deben admitirse las que deriven expresamente de su apoderamiento y, además, que no resulten en perjuicio de tercero, ni contraríen principios de orden público, por ejemplo, cuando siendo el factor el único representante de una empresa colectiva o sociedad se le negaran facultades de articular o absolver posiciones y, por supuesto, tanto las restricciones sustantivas como las limitaciones procesales que se le impongan expresamente en el poder y no aquéllas que deriven de la ley deben no sólo ser publicadas sino efectivamente conocidas por los terceros.

Considero que a falta de dicha publicación, así como en el caso de que las limitaciones no deriven de la ley ni aparezcan del nombramiento o del poder del factor, corresponde a éste una representación procesal tan amplia, que sólo estaría limitada por aquéllas facultades que exigen cláusula o autorización especial, cuando una u otra no hubieren sido concedidas expresamente por lo que se refiere a actividades o negocios conectados con el ejercicio del comercio que dirige, y que, por tanto, pueda comparecer como actor, como demandado, como tercero coadyuvante o excluyente, como testigo, etc.. Consecuentemente su representación procesal será amplísima, con las limitaciones del art. 2587 del C. C.; la de desistirse del juicio de amparo, facultad para la que el art. 14 de Ley de Amparo, exige cláusula expresa y otras que deriven tanto de la legislación comercial, como penal, administrativas, etc. En síntesis, se puede admitir en nuestro Derecho que el *mínimum* de facultades que debe poseer el factor es el de todas aquéllas sin cuyo otorgamiento sería imposible el ejercicio del comercio que dirige, debiendo contener (la procura respectiva) facultades para realizar los actos necesarios al ejercicio del mismo sin necesidad de apelar a autorizaciones especiales continuas,

que a más de poder negarlas representan un obstáculo para la ejecución del contrato, y que no sólo le corresponden las facultades para los negocios ordinarios comunes sino también aquéllas que fueran necesarias para las operaciones excepcionales que surjan en el ejercicio del comercio y de la empresa.

Normalmente el nombramiento de factor procede de un acuerdo de voluntades entre el principal y el factor o gerente (contrato de factoría), pero impide que, como en el caso de un simple apoderado, dicho nombramiento sea unilateral y lo haga el principal sin consultar antes con el gerente que proponga. Debe distinguirse pues, el apoderamiento del factor que deriva de un acto unilateral como es el poder o procura del contrato en que dicho apoderamiento se inserta (factoría). También es posible que el nombramiento de un factor lo haga un juez, en el caso excepcional del art. 556 del C. C., de un menor empresario que herede o adquiera en otra forma una negociación, o que dicha función proceda de ley cuando, en este mismo caso de un menor empresario, el padre o el tutor dirijan por sí mismos la negociación.

Ahora bien, a diferencia de otros Derechos, como el italiano en que el mero nombramiento del factor basta para considerarlo como tal y atribuirle la representación general que le es propia, en el nuestro aparece requerirse un poder o autorización por escrito de la persona por cuya cuenta haga el tráfico, art. 310 del C. de C., y tratándose de gerentes especiales de sociedades anónimas (que por ser especiales no son factores), no sólo se requiere el poder escrito sino que en él se indiquen y expresen las facultades que se les confieren y las atribuciones que se les asignan, art. 146 de la L.G.S.M. Además, tanto el nombramiento como el poder o procura atribuido a factores y gerentes deben inscribirse en el Registro de Comercio, según dispone la frac. VII del art. 21 del C. de C.

¿Cuál es el alcance de tales requisitos?. Desde luego y pese a la redacción tan clara, aparentemente del art. 310 del C. de C., "Los factores deberán tener ... poder o autorización por escrito ...", no se trata de formalidades *ad substantiam*, ya que cabe la designación o nombramiento de un factor o de un gerente general sin que el documento escrito acompañe a dichos actos, o sin que siquiera exista el negocio unilateral recepticio del poder o procura, inclusive, sin atribuir al factor las facultades generales que le son características y sin que, como en la práctica es frecuente que se haga, se enumeren y especifiquen las atribuciones que se le concedan. En estos supuestos que, insisto, no son raros, la ausencia de la forma

escrita puede ser sanada por los interesados y no puede afectar derechos de terceros.

La exigencia del poder o de la autorización por escrito sólo rige, como bien dice Mantilla Molina, a las relaciones entre principal y factor, la falta de tal escrito no es oponible a terceros, pero siempre que la persona con quien se contrate esté realmente al frente de la negociación o haya celebrado los contratos con ella. (100)

A solución parecida se debe llegar en el caso de los gerentes generales de las sociedades anónimas, pese a que el art. 146 de la L.G.S.M., exige que las facultades sean conferidas expresamente, lo que indica no solo la existencia de un poder escrito, sino que éste fije la medida y la extensión de la representación. Creo que, como ya dije, el art. 146 se refiere y sólo puede referirse, de acuerdo con su redacción, a la "órbita de atribuciones que se les hayan asignado" a los gerentes especiales, indicados en el art. 145 precedente, y no a los gerentes generales para quienes sería contradictorio que sólo tuvieran las facultades que expresamente se les confiaran.

Ahora bien, respecto a los gerentes de las sociedades anónimas existe la práctica en México, derivada del Derecho norteamericano, de designar además de un gerente general, uno o varios gerentes especiales, o subgerentes. Sólo aquél sería factor por la generalidad de su representación y por estar al frente de la empresa, estos sólo serían representantes para los que si se exigiría tanto el apoderamiento escrito como la enumeración de las facultades que se les conceden, de las que derivaría la especialidad de su función y el ámbito de sus atribuciones.

Considero que el nombramiento verbal de un factor o gerente de una empresa seguido por supuestos de actos del empresario que muestren o sugieran a terceros tal nombramiento, permite a dicho representante general el celebrar toda clase de actos y negocios concernientes a la empresa a que pertenece y por la que actúa. Ahora bien, como su nombramiento ni sus facultades (y mucho menos el documento, poder o procura, que en el caso no existe) sean inscritos en el Registro Público de Comercio, ni aquél ni éstas, ni por supuesto las limitaciones que le hubieran impuesto el empresario principal, son obligatorias y oponibles a terceros de buena fe, o sea, que estos no están

(100) Mantilla Molina, *ob. cit.* p. 303.

obligados a admitir la representación del factor, sino que están meramente facultados para ello, y sobre todo, que dichos terceros de buena fe contratantes con el factor no pueden ser perjudicados y sí les aprovecha la ausencia de la forma escrita. Sin embargo, en caso de que el empresario negara el carácter y la representación del supuesto factor, el tercero debe comprobar por cualquier medio una y otra cosas.

Cabe, por otra parte, que un empresario individual o colectivo, y el supuesto es más frecuente en estos últimos, nombre o designe a un factor, gerente o director general, sin indicarle expresamente sus facultades ni otorgarle poder o procura alguna, pero inscribiendo dicho nombramiento en el Registro de Comercio. Tal hipótesis permitida expresamente tanto por el art. 310 del C. de C., como el 21 frac. VII, del mismo ordenamiento, me lleva a afirmar que al factor así nombrado corresponde la representación general de la empresa, sin más limitaciones que las legales y las propias de su cargo y que dicho nombramiento y tal representación general pueden ser opuestos a terceros, a virtud precisamente de la designación inscrita en el Registro de Comercio. La representación del factor, como dice De Semo, no puede construirse ni concebirse como una derivación de la procura sino como algo característico y esencial de la relación factoril. En cambio, ninguna limitación que hubiera impuesto el principal, ajena a las anteriormente indicadas puede ser opuesta a dichos terceros, ya que no derivaría de la ley ni aparecería del Registro, a menos que el principal o el factor pruebe que fueron sabidas y conocidas de dichos terceros.

En tercer lugar, puede haber y es lo normal, nombramiento de gerente o factor, que vaya acompañado de poder o procura o de la enumeración de sus atribuciones, independientemente de que nombramiento y atribuciones procedan o no de un contrato comercial. Si tal fuera el caso, el nombramiento o el poder deben inscribirse en el Registro de Comercio para que tengan efectos frente a terceros, pero la omisión de inscribir precisamente los dos actos en nada perjudicaría al principal, y los actos relativos al ejercicio de la empresa ejecutados por el factor serían válidos y oponibles erga omnes, siempre que el principal o el factor hubieran procedido a inscribir uno de los dos: el nombramiento sin el poder, o éste sin aquél. Se dirá que si lo anterior fuera cierto, saldría sobrando que la frac. VII del art. 21 del C. de C., se refiera a los poderes generales, por bastar la inscripción del nombramiento para que dichos poderes se entiendan concedidos implícitamente y para que sean oponibles, como si hubieran sido expresamente registrados, no obstante, no hay que olvidar que la

norma que examino hace referencia a toda clase de representación general y que ésta puede surgir tanto de la relación o del contrato de factoría (en cuyo caso los poderes son esenciales y pueden ser implícitos), como de un poder o procura (caso en el cual deben ser expresos) y sólo en este último supuesto es necesaria la inscripción para que se den los efectos publicitarios del Registro.

Por ser representante general de la empresa y estar ligado a ella permanente y abiertamente, los actos celebrados por el factor se atribuyen al empresario, con tal de referirse a la empresa y estar comprendidos dentro de la finalidad de ella, o como dice la ley, con tal de que estén comprendidos en el giro o tráfico de dicha empresa, art. 315 del C. de C., en consecuencia, el principal o empresario es responsable frente a terceros de los actos y de las omisiones del factor que se relacionen y que tengan que ver con la empresa, y las restricciones, prohibiciones y limitaciones que se impongan al factor y que no procedan de la ley y de los usos o costumbres, sólo son oponibles a los terceros con quienes contrate, cuando ellos las conozcan realmente, porque de no ser así, siempre actuarán en la inteligencia de estar tratando con el alter ego del empresario, inclusive, en tal supuesto el principal responderá y se considerará obligado por los actos del factor, independientemente de que éste haya transgredido las facultades que se le hubieran impuesto, o por lo que toca a las relaciones internas con el principal, haya cometido abuso de confianza, art. 315 del C. de C., haciendo propios los bienes o efectos adquiridos para el principal.

Para que el empresario se considere liberado y no responda de los actos realizados por el factor que viole las limitaciones que aquél le hubiera impuesto, se requiere que éstas lleguen a conocimiento de los terceros con quienes el factor contrató. No basta pues, y en ello el parecer de nuestra doctrina y la extranjera es dominante, que las prohibiciones y limitaciones se inscriban en el Registro de Comercio, para ser oponibles a terceros, ni basta la mera cognoscibilidad de ellas para el público en general, sino que se requiere su conocimiento real y efectivo por dichos terceros, e inclusive la prueba por el empresario afectado de que los terceros conocieron la restricción o prohibición relativa.

Esta doctrina se recogió en el Proyecto de Código de Comercio Mexicano, cuyo art. 339 párrafo segundo, expresa y claramente establece: "Las limitaciones a las facultades del factor, aunque estén inscritas en el Registro Público de Comer-

cio, no producirán efectos contra tercero de buena fe y, por lo que toda a la revocación de su nombramiento, sólo resultaría oponible a terceros con la inscripción en el Registro y su publicidad especial, según determinan los arts. 342 y 299 a 401".

No obstante algunas limitaciones que se oponen al factor por acuerdo del principal o empresario y que, por tanto, son convencionales y no legales, es usual y muy frecuente incluir las en los apoderamientos escritos del factor, en esos casos, v.gr., facultad para suscribir títulos de crédito, se debe admitir que basta la inscripción de la restricción relativa para oponerla a terceros, ya que ella va acompañada de una práctica generalizada de un uso comercial consistente en privar a los apoderados generales, a los factores y a los administradores de sociedades, de facultad semejante.

Si las restricciones no derivan de la ley ni de una práctica o costumbre mercantil y son ignoradas realmente por los terceros (es decir, si éstos son de buena fe y el principal no prueba que las conocieron) el principal no puede alegarlas y, desde luego, menos puede invocarlas el propio factor que consciente o inconscientemente, de buena o mala fe, transgrede sus facultades y no se puede considerar que el principal no responde por los actos realizados por su factor o gerente, de manera expresa, el art. 315 del C. de C., establece que él responde frente a terceros cuando el factor haya transgredido sus facultades. Por supuesto, esto es independiente de la responsabilidad del factor frente al principal, y parte del supuesto de que dichos terceros hubieran ignorado dicha transgresión al tiempo de celebrar el acto o contrato relativo, es decir, se basa en que los terceros sean de buena fe, o sea, que no hubieran conocido oportunamente las limitaciones relativas.

Por último, el principal también responde de las multas en que hubiere incurrido el factor por contravenir las leyes fiscales al realizar las gestiones propias de su factoría, art. 317 del C. de C., y es natural que así sea, porque correspondiéndole al factor la dirección general de la empresa, le compete el cumplimiento exacto y oportuno de los gravámenes fiscales a cargo del principal y de la empresa que dirige y representa, y no cumpliéndolos es el propio empresario, con su empresa garante frente al fisco, quien debe responder por las omisiones, incumplimientos y moras del factor. Y no es el caso de una pena trascendente porque, como indica Mantilla Molina, se trata, y éste es el único alcance que puede tener la norma, de obligaciones cuyo cumplimiento descarga el principal en el

factor, quien como representante de aquél está obligado a cumplir. (101)

Según la definición del art. 309 del C. de C., el factor obra por cuenta y a nombre del empresario, es por tanto un representante de éste, ya sea que actúe como director de la empresa o como autorizado para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas. En una y en otra categorías, parece esencial a la figura y al carácter del factor el que se ostente ante los terceros como representante del titular de la negociación.

No obstante, contrariando los términos de la definición y la naturaleza de sus funciones, el art. 311 del C. de C., permite que el factor pueda contratar en nombre propio, es decir, que frente a terceros oculte su carácter de director o representante general y se ostente como interesado directo.

Considero que en estos casos de falta de representación, o sea, de representación indirecta del factor, se desnaturaliza la función y desaparece la figura misma de éste, ya que por hipótesis no aparecería ni actuaría como director o representante general de la empresa, sino como un particular cualquiera interesado directo y único en la celebración del convenio o en la ejecución del acto relativo ante los terceros con quienes contrate. Así se desprende, por lo demás, del art. 313 del C. de C., que distingue y contrapone las dos situaciones: "Los contratos celebrados por el factor con tal carácter", es decir, actuando como representante, a nombre del principal y los contratos en que obre a nombre propio, no con el carácter de factor.

Ahora bien, si hasta aquí llegaron las cosas podría concluir que este factor, quien, además, puede obrar como si fuera interesado directo a nombre propio, está en la misma situación de cualquier persona, de cualquier representante, inclusive, que además de ser esto puede obrar en virtud de una representación indirecta, merced a autorización especial del principal, y que por ser así, las normas citadas, o sean, los arts. 311 y 313, nada nuevo dicen de lo que establecen los arts. 283 del C. de C., en materia de comisión, o sea, de representación mercantil, y 2560 del C. C., respecto al mandato, o sea, la representación civil.

Sin embargo, el art. 314 del C. de C., establece una regla que contraría los principios de la representación al fijar la responsabilidad tanto del supuesto factor como del principal, cuando aquél obra a nombre propio. Como se ha visto, en el caso en que desaparece o mejor dicho no se plantea representación alguna, precisamente porque el *tradens*, o representante indirecto, al actuar frente a terceros no obra a nombre del *accipiens* ni descubre la relación que lo une con éste, sino que por el contrario, oculta dicha relación y figura como dueño y único interesado, nunca se obliga frente al tercero contratante el *accipiens*, o sea, quien otorgó la llamada representación indirecta, sino que es únicamente el *tradens* quien contrata el que resulta obligado. Así lo indican clara y terminantemente los arts. 284 del C. de C., y 2561 del C. C.

Como bien dice Garríguez, esta norma que se comenta, y que también existe en el Código de Comercio Español, art. 287, constituye una supervivencia del Derecho Romano, el que por haber desconocido la representación estableció la responsabilidad tanto del principal o dueño como del *institor*, empero, actualmente dicha norma además de carecer de sentido y justificación contraría abiertamente tanto la figura del factor, que es un representante general, como los principios y fundamentos de la representación. (102)

Sin embargo, la responsabilidad del principal por los actos del factor que obra a nombre propio, no la puede negar el intérprete ante el texto terminante del art. 314, que se debe considerar como una norma de excepción respecto al principio opuesto contenido en los citados arts. 284 del C. de C. y 2561 del C. C. Esto a pesar de que pudiera considerarse que el art. 314 contradice lo que establece la norma precedente, el art. 313, en efecto, reproduce el principio correcto: por los actos celebrados por el factor a nombre del principal, responde éste, por aquellos otros celebrados a nombre propio responde el factor directamente. No existe contradicción entre dichos principios, que si bien admiten en cada caso la responsabilidad del principal o la del factor, no excluyen en cada caso sean responsables también, respectiva e inversamente, el factor y el principal, es decir, el art. 311 no excluye, en la segunda parte, que los principales queden obligados, lo que indica implícitamente es que dicha responsabilidad no será directa (como lo sería en el supuesto de la primera parte del mismo art. 313) sino indirecta. Además, el principio anómalo del art. 314 se repite, aunque con terminología equivocada y ambigua en el art.

(102) Garríguez, *ob. cit.* p. 99.

315, que habla de que el factor no haya expresado al celebrar contratos con terceros, que obra a cuenta del principal. Que-riendo decir que oculte que obra a nombre del principal, porque es esto lo que importa y el obrar a cuenta o por interés de otro, o es consecuencia de la representación que se ostenta o es indiferente respecto a un obrar a nombre ajeno.

Pero, si admito que se trata de una norma de excepción, tengo también que aceptar que debe aplicarse en forma limitada y estricta a los casos excepcionales para los que se estableció, a efecto de que el principio general opuesto se aplique a todos los demás. De aquí que deba interpretar y fijar el alcance de dicho principio del art. 314.

En primer lugar, obra el factor a nombre propio, requiere una nota negativa, a saber, que él no se ostente ni como director ni como representante general de la empresa, es decir, que no se ostente como factor, director o gerente de la negociación porque ello anula e impide la actuación a nombre propio, como si fuera dueño e interesado directo. El factor se ostentaría al actuar así como empresario o dueño de la empresa, o como ajeno a ésta y único interesado en el negocio.

En segundo lugar, dicho proceder a nombre propio con la concomitante responsabilidad del principal, requiere que se trate de cosas comprendidas en el tráfico de que el factor está encargado, art. 315, es decir, niego que la actuación a nombre propio del factor respecto a cosas o materias distintas al objeto o finalidad de la empresa, obligue o pueda obligar al principal. En este sentido, considero que el art. 314 debe interpretarse conjuntamente con el art. 315 y que éste carecería totalmente de razón de ser si se interpretara el art. 314 en forma literal: efectivamente, si por cualquier acto celebrado a nombre propio por el factor responde el principal, es evidente que responderá de aquéllos actos a que se refiere el art. 315 y de todos los demás, y entonces el art. 315 constituiría una norma inútil, lo que el intérprete no debe admitir cuando trata de dar una explicación completa de una institución. La labor de éste, en cambio, es buscar un contenido propio de cada norma y de todas las que reglamenten una figura jurídica.

No es óbice ni contradice la anterior opinión, sino al contrario, la apoya y robustece, el texto del art. 316 que establece la responsabilidad del principal por los contratos celebrados por el factor en materias ajenas al giro de que está encargado, siempre que haya obrado con orden de su principal o

éste los haya aprobado en términos expresos o por hechos positivos, porque de esta norma no se desprende que el factor haya obrado a nombre propio, sino al contrario, que obra como representante del empresario, ya sea con poder previo (orden de su principal) o mediante ratificación ulterior (éste los haya aprobado). Lo que esta disposición establece es otra cosa, a saber, una ampliación o extensión de las facultades que el art. 309 del C. de C., concede al factor, para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, dichos actos ultra vires se rigen por lo dispuesto en el art. 316, y ellos suponen siempre la representación, es decir, que el factor se ostente y figure como tal, o bien, que a posteriori reconozca el principal dicha actuación y haga suyos los efectos del negocio mediante la ratificación.

En tercer lugar, el obrar a nombre propio y el obligar al principal exige que éste haya autorizado expresamente al factor, para que oculte su carácter y se ostente como dueño. En otras palabras, el mero hecho de ser factor no autoriza sino que impide el obrar a nombre propio en los objetos del giro o tráfico (y desde luego en los que sean distintos a éste), ello no sólo porque la representación indirecta nace de pacto o convenio expreso sino también porque el art. 312 exige la autorización expresa para que los factores trafiquen o se interesen en negocios del mismo género de los que estuvieren facultados a hacer a nombre de su principal y, evidentemente, esta prohibición juega tanto frente al factor como frente al tercero contratante a quien el principal se la opondría como excepción, al ser éste demandado por responsabilidad. La falta de autorización del factor le impediría obrar a nombre propio, como interesado directo, frente al tercero.

Por otra parte, la autorización expresa y por escrito que se exige en el art. 310, si bien puede faltar cuando se está en presencia de un nombramiento de factor, de gerente general, de director de una empresa, en los términos del art. 309, resulta imprescindible respecto a facultades que, como las de obrar a nombre propio, no derivan de dicha norma, que por lo contrario parece prohibirlas y las cuales deben considerarse extraordinarias y excepcionales.

La responsabilidad del principal, por lo demás, no requiere que el tercero pruebe que el factor obró por cuenta y en interés del principal, ya que el art. 315 establece una presunción absoluta de que los contratos celebrados por dicho factor, sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que

está encargado se entenderán por cuenta del principal, aún cuando el factor haya transgredido sus facultades.

En conclusión, si se dan los tres elementos señalados, a saber, que el factor oculte dicha calidad, que se trate de un contrato que recaiga sobre un objeto del giro y que él esté autorizado a obrar en nombre propio, el principal responde conjuntamente con el factor frente al tercero. La única explicación de esta responsabilidad trascendente al principal quizás estribe en la organización misma de la empresa, que obra a manera de garantía de terceros por los actos cometidos por su personal, pero sólo dentro de las limitaciones indicadas antes. Como dice Mossa: "el mero hecho de que una empresa esté presente basta para imputar al empresario sus efectos sin necesidad de que el nombre de la empresa o del empresario sean conocidos o reconocibles. (103) La costumbre mercantil es considerar a la empresa más que a la persona del empresario o del representante, en este caso, como bien dice Bigiavi, refiriéndose a un precepto del derogado Código de Comercio italiano: "Aún cuando falta la *contemplatio domini* expresa, se deben referir igualmente los actos al *dominus*, y aquélla, la representación se debe presumir". (104)

6.12 Contrato Consigo Mismo.

Se dice que hay contrato consigo mismo cuando una persona celebra un contrato figurando en su propio nombre y en nombre de un tercero, a quien representa, o como representante de las dos personas. Por ejemplo, un tutor se da en arrendamiento un bien de su pupilo o el apoderado de dos personas 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.

Suele suceder que una sola persona tiene la representación de dos o más personas, y que entre estos sujetos que están representados se celebre un contrato a través del común representante, o bien, que un representante celebre un contrato por sí y como representante. Es entonces cuando se realiza el llamado contrato consigo mismo.

(103) Mossa *apud* Hupka, *ob. cit.* p. 130.

(104) Bigiavi *apud* Hupka, *ob. cit.* p. 132.

El contrato consigo mismo es el que celebra una persona representante de dos o más en su calidad de representante de ambas o todas, o cuando actúa en su propio nombre y en el de su o de sus representados, celebrando el acto.

Con motivo del mandato y de la representación se plantea el problema de aceptar o rechazar el acto o el contrato que el representante celebra consigo mismo, ya sea actuando como representante y en interés y a cuenta propia, o bien, como representante de dos personas distintas, una de las cuales compra y la otra vende, ambos a través de la representación de la misma persona.

El primer problema que este contrato plantea, es saber si efectivamente lo es. La conclusión negativa parece obvia. Si contrato es el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones, mal puede llamarse contrato a aquella figura en la que sólo una persona interviene representando a otras dos, o sólo a una. Enriqueciendo este criterio que es sostenido por algunos juristas, se dice que no intervienen dos personas y que tampoco hay acuerdo de voluntades. Además, pese al término consagrado, no se trata de un contrato sino de una declaración unilateral de voluntad reconocida por el Derecho, la cual, además, normalmente se aplica o surte efectos en negocios tan típicamente contractuales, como son la compra venta, el arrendamiento, el mutuo, etc..

Precisamente por esa apariencia de que hubiere una sola voluntad es que se han emitido opiniones como la anterior en el sentido de considerar que este tipo de contrato, no lo es en verdad, pues encuentran que en su celebración sólo interviene una persona y que, en consecuencia, no puede afirmarse que se integre el consentimiento, pues éste, en opinión de quienes siguen esta corriente, requiere de dos personas, por lo mismo dicen que se la debe considerar un acto unilateral, ya que no hay dos voluntades individualmente consideradas, dos voluntades diferentes, sino una sola voluntad que actúa.

Considero incorrecta esta opinión, pues si bien es cierto que se trata de una prolongación extrema, se aplica en forma lógica la representación, y lo que es también que en ese acto sí concurren dos voluntades diversas, pues si bien es cierto que la ley determina la participación de dos personas, no deja de ser menos cierto y de mayor preponderancia, la concurrencia de dos voluntades que son las que integran el consentimiento y no la presencia misma de los sujetos.

Es de subrayar que las voluntades jurídicas resultan indudablemente importantes para el Derecho, son estas voluntades las que integran un consentimiento para dar lugar al contrato en donde el representante expresa dos quererres, dos voluntades que corresponden jurídicamente a las ideas estudiadas de policitación y aceptación.

Se tiene también que reconocer que pese a la definición de dichos contratos antes mencionados y a la exigencia normal de que en el contrato existan dos personas en posiciones jurídicas contrapuestas, el Derecho positivo y la doctrina admiten que sólo participe y figure una persona, representando a las dos partes del contrato, o sólo a una de ellas.

Nuestro Derecho positivo reconoce, en efecto, expresamente algunos casos de contratación consigo mismo y en ninguna norma prohíbe que el representante contrate consigo mismo, no obstante, si está implícito y si es propio de la representación que el representante no pueda ni deba actuar en donde se presenten una oposición entre los intereses del representante y los del representado y, tampoco, cuando la oposición se presenta entre los intereses de los representados por un representante común. El campo de aplicación de este contrato es sólo cuando la ley lo autoriza y siempre que la ley no lo prohíba.

A pesar de que en materia de compra venta civil, el art. 2280 del C. C., prohíbe terminantemente que los mandatarios, representantes, puedan comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados, no considero que esta norma deba aplicarse por analogía para comprender las ventas que el representante haga al representado, o sea, las operaciones de venta en que el mandatario mismo figure como vendedor y el mandante como comprador, ni tampoco operaciones distintas a la compra venta traslativas o no, ya que, por una parte, no existe una prohibición general del contrato consigo mismo, por la otra, no tiene porque aplicarse analógicamente a la representación una disposición que se establece en materia de compra, y finalmente, porque las prohibiciones deben interpretarse en forma restringida y limitada a los supuestos previstos en la ley. La norma no sólo está limitada con contrato de compra venta, sino que inclusive se restringe para las operaciones de compra que para sí pretende efectuar el mandatario. El propio ordenamiento Civil admite las ventas consigo mismo, en el caso de que el tutor sea coheredero, participe o socio del incapaci-

tado vendedor, art. 570 del C. C., como también admite el pago de sus créditos contra el incapacitado con la conformidad del curador y la aprobación judicial, art. 571 del C. C., y prohíbe al tutor, sin fijar temperamento alguno, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado, art. 572 del C. C.

En materia comercial la admisión de la institución que analizo es más amplia. Existe en efecto, a semejanza del Derecho italiano, en la comisión, art. 299 del C. de C., a pesar de que entre nosotros esta figura puede ser representativa, en la factoría, art. 318 del C. de C., en la actuación del administrador de la sociedad anónima, art. 150 de la L.G.S.M., y en el caso de las sociedades unimembres en que el socio pacta con la sociedad que él mismo representa, supuesto para el que no rige la prohibición del art. 196 de la L.G.S.M.

La norma más general es la del art. 299 del C. de C., que permite al comisionista y, por tanto, también al mandatario mercantil, comprar o vender para sí, o para otros que él también represente, pero siempre que cuente con el consentimiento expreso del comitente. Esta norma la considero aplicable, por analogía, a otros contratos mercantiles, traslativos o no traslativos, como puede ser el arrendamiento de muebles y también a actos no contractuales, por ejemplo, a pagos o endosos, y ello por aplicación de la fracción XXIV en relación con la fracción XII del art. 75 del C. de C., que admite la analogía en materia mercantil.

Ahora bien, los requisitos que deben darse para que el representante pueda contratar consigo mismo deben estar siempre dentro de las limitaciones impuestas por el Derecho. A mi juicio, se requieren dos notas: el consentimiento del representado y la ausencia de intereses en conflicto con los del representante, o entre las dos personas representadas por el mismo representante.

El primer requisito que el art. 299 del C. de C., exige es consecuencia de la naturaleza misma de la representación y del carácter del representante, notas que suponen que los efectos de los actos celebrados por éste recaigan y se reflejen exclusivamente en el representado, siendo el representante ajeno y quedando al margen de los efectos del acto o negocio que celebre un tercero. Como ya se mencionó, se trata de un negocio de interposición, de sustitución del *dominus* en el que el representante contrata con un tercero para que los efec-

tos del negocio recaigan en el patrimonio de éste y del representado, y no en el propio patrimonio del representante.

Ahora bien, para que esta situación excepcional pueda tener lugar se requiere que el representado convenga en que su apoderado obre para sí y contrate consigo mismo, que el negocio que celebre ligue a ellos dos y que no actúe entre él y el tercero sino como representante y como contraparte en el negocio que celebre.

No obstante, hay casos en que el consentimiento no lo otorga el representado sino el juez o curador, y también en que no se requiere consentimiento alguno cuando el representante legal una a tal calidad la de heredero, participe o socio del incapacitado.

Por lo que se refiere a la ausencia de un conflicto de intereses, se debe, en primer lugar, precisar lo que debe entenderse por tal situación.

La mera existencia de intereses o situaciones jurídicas opuestas en el negocio en que intervenga el representante, no es suficiente para que haya un conflicto, porque si tal fuere, se impediría absolutamente la autoentrada del representante en cualquier contrato de cambio, ya que lo propio y característico de éstos es, precisamente, la oposición de intereses entre las partes. En esto consiste el carácter sinalagmático de los contratos de cambio.

Tampoco es suficiente para que exista un conflicto de intereses que el representante que actúe para sí busque ventajas para él, es decir, que salga beneficiado y se aproveche del contrato consigo mismo. Que esto suceda será lo normal, tanto porque se trata al través de esta institución que se analiza, de proteger un derecho subjetivo de quienes en él intervienen, por tanto, del representante y, en consecuencia, de proteger el interés propio y legítimo de dichos participantes, como porque no sería lógico que la validez de este negocio jurídico dependiera de que el representante ningún interés tuviera en su ejecución, o bien, de que le arrojara daños en lugar de ventajas.

Lo determinante en el conflicto de intereses es-triba en que la actuación del representante sea o pueda ser

perjudicial al representado, ya sea en beneficio del propio representante ya del otro representado, según se obra en representación de una sola persona o de dos o más.

Ahora bien, el contrato consigo mismo puede acarrear daños al representado pero éste al haberlos admitido y autorizado, bien en forma expresa, bien implícita pero claramente, en este caso el consentimiento del poderdante excluye y hace desaparecer cualquier conflicto de intereses.

Inversamente, un poder que incluya la facultad general de contratar consigo mismo, no autoriza al representante a celebrar el contrato con otra persona con quien él sepa o deba saber que existen intereses opuestos de su poderdante o que se trate de una persona enemistada con el apoderado. En estos casos el apoderado debe actuar con facultades especiales.

Puede también el contrato consigo mismo no ocasionar daño alguno patrimonial o de otra índole al representado, por ejemplo, cuando el comitente haya fijado al comisionista el precio o alquiler de la cosa junto con los pormenores del negocio, en cuyo caso, para la celebración del contrato consigo mismo sólo se requerirá el consentimiento expreso o no del o de los representados.

Por otra parte, existen algunas normas que prohíben el ejercicio de la facultad de obrar como representante, en consideración de posiciones jurídicas formalmente contrapuestas, prescindiendo de la existencia de un conflicto de intereses. Es el caso, por ejemplo, del tutor frente al pupilo, del representante en caso de ausencia, de los empleados públicos, a que se refiere el art. 2280 del C. C., o de los jueces, magistrados y Ministerio Público que indica el art. 2276 del C. C.

Por último, el interés protegido en este negocio no tiene que ser, ni directa ni necesariamente de carácter patrimonial ni económico. Puede ser de carácter personal, sentimental o meramente subjetivo, o de naturaleza económica indirecta o eventual, como el caso de que no se vendan acciones a un competidor, o a un accionista que adquiriera derechos especiales en una sociedad, o el caso de que se realicen ciertos actos frente a un competidor o a la contraparte de un negocio o de un juicio.

Demogue 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 un solo querer, ve en él un acto jurídico unilateral, cuya validez se admite por su utilidad social y jurídica. (105)

Popesco-Ramniceano considera que el contrato consigo mismo es un acto unilateral creador de obligaciones que tendrá los efectos de un contrato. (106)

Arno menciona que en las obligaciones hay más que una relación entre personas, un vínculo entre dos patrimonios, así es como el contrato se caracteriza más bien por la relación que se establece entre dos patrimonios, que por la presencia de dos voluntades. La forma de concebir la obligación como relación entre dos patrimonios no es admisible, esa opinión confunde la obligación con el contrato. (107)

Mandray opina que el representante que contrata consigo mismo reúne, en realidad, dos personalidades jurídicas que no se confunden: la del representante y la del titular de un patrimonio propio. En calidad de representante es portador de una oferta; como titular de un patrimonio puede aceptarla. La reunión de la oferta y de la aceptación forma el acto bilateral. Aunque antes hubiere dicho que no acepta, el punto de vista según el cual el representante tendría algunas veces el poder de representar a otros dos sujetos de derecho que intervienen en la relación de representación. (108)

Georgi dice que el contrato consigo mismo no choca con ninguna imposibilidad jurídica natural, porque el representante puede manifestar una voluntad suya y una voluntad del representado, de modo que concebir el acuerdo de estas dos voluntades no es en manera alguna imposible. (109)

Enneccerus-Nipperdey dicen que no se advierte por qué el representante que emite una declaración en nombre de otro no ha de poder, a la vez, recibirla en nombre de otro re-

(105) Larenz, *ob. cit.* p. 777.

(106) *Ibidem.*

(107) *Idem.*

(108) *Idem.*

(109) *Idem.*

presentado 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 notario. (110) En la traducción de esta obra los juristas Pérez González y Alguer se pronuncian en el mismo sentido, expresándose así: Que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez del auto-contrato. Es más, la posibilidad de esa figura fluye espontáneamente de la combinación de los principios que rigen el contrato con los que presiden la institución de la representación. En efecto, si la voluntad del representante vale como voluntad del representado y a la vez aquél conserva la propia personalidad y la disposición de su propio patrimonio, puede muy bien realizar simultáneamente la actuación en nombre propio con la que despliega en nombre ajeno. (111)

Planiol, Ripert y Esmein dicen que en ausencia de una reglamentación de conjunto permisiva o prohibitiva, la cuestión de la validez del contrato consigo mismo, cuya importancia práctica se ha afirmado por numerosas sentencias, sobre todo desde hace treinta años, suscita dos órdenes de dificultades relativas: una a su posibilidad jurídica y la otra a su dominio de aplicación. La compatibilidad del contrato consigo mismo con la Teoría de las Obligaciones convencionales ha sido discutida en el extranjero. Se hace valer la ausencia de la condición esencial para la existencia de todo contrato, la de un acuerdo de voluntades entre tantas personas distintas no hay intereses por conciliar. Esta posibilidad no es, sin embargo, dudosa entre nuestro Derecho. En cuanto a la explicación doctrinal de la institución, no hay que buscarla en la teoría que hace de la obligación una simple relación entre dos patrimonios, ni la del acto unilateral con efecto contractual, la idea del contrato consigo mismo es una prolongación extrema en verdad, pero lógica, de la idea de representación. Es ésta la que deroga al principio de las personalidad de las obligaciones contractuales, sustituyendo para su formación la voluntad del representante a la del representado. Se pueden encontrar jurídicamente separados en el contrato consigo mismo, a pesar de su confusión, los dos elementos simples: la oferta y aceptación, cuya reunión forma el acto bilateral. (112)

Cunha Goncalvez se ocupa del contrato consigo mismo en estos términos: comentando que el legislador no exige la

(110) Larenz, *ob. cit.* p. 780

(111) *Ibidem.*

(112) *Idem.*

presencia física de dos personas, ni esta presencia en teoría es un postulado de la celebración de los contratos. Es indispensable solamente el concurso de dos voluntades jurídicas y éstas pueden bien ser expresadas por una sola persona y, salvo el caso de fraude, el acto será válido cuando el otorgante demuestre poseer las dos cualidades jurídicas que invoca. (113)

A manera de conclusión, de acuerdo con las opiniones precedentes, en el contrato consigo mismo se encuentran los caracteres propios del contrato. Además, esta conclusión es la que concuerda con el punto de vista que he adoptado sobre la naturaleza de la representación en el desarrollo del presente trabajo y, específicamente en el epígrafe 2.5 del Capítulo II.

6.13 Otras Formas de Representación Otorgadas a Profesionales.

Además del poder o procura a que se refiere el primer párrafo del art. 2554 del C. C., puede otorgarse representación a un profesional a virtud de un contrato de servicios profesionales, art. 2606 del C. C. cuya finalidad y alcance derivan no necesariamente de un poder sino del convenio mismo entre las partes, sin que tal representación se considere implícita en el contrato, o corresponda per se al profesional cuyos servicios se pactan o solicitan y sin que ella permita la intervención en asuntos judiciales para los cuales se requiere siempre el documento, arts. 45 y 46 del C.P.C.

Puede otorgarse representación a favor del profesional para actos particulares del cliente o para todos los negocios de éste, para comprender actos de cierta naturaleza o todos los que se relacionen con una negociación o empresa, para tratar frente a una o varias personas, para organizar una empresa, gestionar la adquisición de créditos, participar en la negociación y colocación de valores en la compra-venta, suministro de bienes muebles e inmuebles, sin limitar la intervención profesional a la de un simple agente de negocios, nuncio o mediador, para convenir obligatoriamente los términos y modalidades de un convenio, para obligarse a no competir, para ejercer o renunciar ciertos derechos de contenido patrimonial o corporativo, como por ejemplo, la suscripción de acciones en casos de aumento de capital o de pactos privados de preferencia celebrados entre accionistas, para actos y gestiones ante auto-

(113) *Idem.*

ridades administrativas para inscribir contratos y convenio o para solicitar plazos y prórrogas fiscales, admitir o proponer el pago de impuestos o participar en concursos o licitaciones.

Esta forma de representación, repito, por lo general no requiere poder escrito y ni siquiera ratificación ulterior del representado, que suele pedirse por el tercero en caso de la importancia del asunto o de que se abriguen dudas sobre las facultades o sobre el supuesto representante, basta por una parte, que el profesional sea una persona capacitada legalmente para el ejercicio de la profesión respectiva, art. 2547 del C. C., por otra parte, que posea título legalmente expedido y registrado si se trata de un acto propio de la profesión, arts. 24 y 25 fracción II de la Ley General de Profesionales, y que dicha representación se ostente por el profesionista ante el tercero. Sin embargo, cuando el negocio que el representante quiera celebrar exija el poder escrito, éste será necesario, como cuando se trate de acreditar personalidad en asuntos judiciales, de conformidad con los arts. 46 del C.P.C. y 1061 fracción II del C. de C., o adquirir o enajenar bienes o derechos en escritura notarial, art. 15 de la Ley del Notariado.

Por lo demás, rigen para este negocio todas las reglas aplicables al poder y a las formas escritas de representación, o sea, la *contemplatio domini*, la actuación personal y directa del representante, pero la imputación de los efectos al representado, la asunción por éste de las obligaciones, cargas, deudas que el representante adquiera dentro de las facultades que expresa o implícitamente le correspondieran, inclusive, en los casos de impericia, negligencia o dolo de dicho representante, aunque en estos casos también corresponde a éste responsabilidad frente a su cliente, art. 2615 del C. C.

Además, dada la naturaleza de esta representación que se confiere a especialistas y profesionales, ciertos actos o negocios jurídicos en los que éstos participen a nombre de sus clientes pueden de hecho ser desconocidos o ignorados por éstos, pero jurídicamente les serán oponibles e imputables dado que en su celebración, en su ejecución o meramente en su discusión intervino el profesional-representante, actuando en interés del cliente y a nombre de éste, de ahí que, por ejemplo, un acto o una abstención del abogado representante del cliente se tendrá como acto u omisión de éste.

CONCLUSIONES.

El tratamiento de las diferentes figuras del fenómeno de la Representación reclama individualidad jurídica e independencia; exige una consideración particular en la Ciencia del Derecho, ya que la jurisprudencia romana no llegó a formular esa distinción de conceptos.

Es cierto que la idea de Representación no fue desconocida en la vida jurídica romana pero precisamente lo que constituyó el factor del sector más importante de las relaciones de Derecho Privado fue el campo de los contratos obligatorios, estuvo en un principio y siguió estando después, casi por completo, cerrado a la Representación directa. Con esto le faltó a la ciencia jurídica romana la base práctica necesaria para asentar y desarrollar un concepto general y autónomo de la Representación.

Faltándole el concepto de la Representación, faltó también, como es natural, a la dogmática romana el concepto derivado de aquél otro, correspondiente al Poder. El hecho de que en las fuentes no se halle expresión alguna para la idea del apoderamiento no puede atribuirse a la pobreza del léxico jurídico romano. Si los jurisconsultos romanos hubieran llegado a abstraer el concepto, hubieran hallado sin dificultad la palabra con que designarlo técnicamente, del mismo modo que la encontraron para otros actos jurídicos afines.

Si el Derecho Romano hubiera prestado reconocimiento en general, la mano maestra de los jurisconsultos romanos hubieran transmitido, con toda seguridad, una teoría de la Representación tan cuidadosa como finamente elaborada.

No es exacto, por tanto, como acostumbra decirse en virtud de una equivocada tradición romanista, que el término Mandato designa lo mismo que el de Poder.

Es verdad que también en los casos en que con el Mandato va unido, por la naturaleza de las cosas, un apoderamiento, las fuentes hablan solamente de mandato, pero ello se debe precisamente a no haber acertado a destacar todavía la diferencia de conceptos y su misma aplicación. Concepto de Mandato que sirviera de base al Poder.

Aunque el Derecho Romano era contrario a admitir el concepto de la Representación, el Derecho Canónico la utilizó constantemente y la sistematizó. Las necesidades de tipo social y su aceptación por la costumbre impuso como general, poco a poco la idea de la Representación.

La Representación es el resultado de una serie de factores históricos que son las soluciones a los problemas prácticos que se han ido dando en cada una de las fases sucesivas de la cultura occidental y europea. Hay soluciones romanas, una serie de soluciones medievales que fueron adoptadas por los canonistas y por los cultivadores del Derecho común y, sobre todo, una serie de soluciones que fueron propuestas en la reelaboración realizada por los juristas alemanes durante el Siglo XIX.

Pero hasta antes de llegar a la época moderna sería inútil buscar en la literatura y en la práctica jurídicas una consideración y una aplicación independiente de los conceptos que involucran a la Representación.

La Doctrina Clásica en materia de Representación se difundió considerablemente gracias al Código Civil Alemán, a sus tratados y manuales, es la infraestructura de la Representación.

Con las bases dogmáticas de la Doctrina Clásica de la Representación se confirma una adecuada separación entre Poder y Mandato; son dos negocios jurídicos que tienen diferentes supuestos, diferente contenido y diferentes efectos.

La Representación no se limita a ser un capítulo de la Teoría General del negocio jurídico. La Representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociables y que trasciende al Derecho Privado. Es un supraconcepto en la Teoría General del Derecho con aplicación en todas las disciplinas jurídicas.

En relación a las consideraciones preliminares del concepto de Representación es menester realizar las siguientes afirmaciones: La llamada Representación Indirecta oculta o mediata forma parte de la institución representativa. La llamada

Representación Voluntaria y la llamada Representación Legal son dos especies de una institución única: la Representación. Esta respuesta se encuentra contenida en la Teoría General de la Representación.

La institución de la Representación desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas. El Derecho permite que pueda actuar una persona por cuenta y en interés de otra, atribuyendo todos los efectos que del mismo se derivan a aquél por quien se actúa.

La Representación es una institución mediante la cual una persona queda obligada o adquiere un derecho como consecuencia inmediata y directa del acto jurídico celebrado en su nombre por un tercero debidamente facultado para ello. Además, tiene un alto grado de importancia práctica, porque permite actuar a las personas fuera de su estrecho radio de acción, así como por los problemas jurídicos que puede plantear respecto a atribuciones y responsabilidades patrimoniales.

La Representación facilita enormemente la actividad jurídica pues permite celebrar actos y contratos entre personas ausentes, siempre es útil y en ciertos casos es el único medio que tienen algunas personas para celebrar actos jurídicos.

Si la finalidad de la Representación consiste en que una persona pueda actuar por cuenta de otra, a la que se le van a atribuir los efectos del acto realizado, es lógico entender que a pesar de la amplitud con que es admitida en el Derecho, sólo pueda tener utilización para realizar actos que no sean personalísimos. Esta afirmación es de carácter absoluto y no acepta excepciones.

Atendiendo a su origen, se distingue entre Representación Voluntaria y Representación Legal. La única clasificación que deber ser considerada como válida es la que se refiere a su origen, ya que éste es el que da un carácter especial a cada tipo de Representación.

La Representación Voluntaria es la que proviene, de la voluntad del representado; es concedida exclusivamente por quien decide nombrar un representante, sin necesidad de que éste intervenga en su otorgamiento -Poder-, sin embargo, como

es preciso que quien va actuar por cuenta de otro consienta en hacerlo, es indispensable la existencia de un negocio distinto anterior o posterior al apoderamiento por el que resulte obligado, como puede ser el Mandato, prestación de servicios profesionales, etc.

La Representación Legal tiene su fundamento en el Derecho mismo; a diferencia de lo que ocurre en la Representación Voluntaria no es necesario que el representante quede obligado en virtud de un negocio distinto, sino que su obligación proviene de la misma situación jurídica en que se encuentra con respecto al representado.

Atendiendo a la forma de actuar del representante se puede distinguir entre Representación Directa y Representación Indirecta. La Representación Directa se caracteriza por que el representante actúa por cuenta y en nombre del representado, es nota consubstancial de toda Representación, pero hacerlo también en nombre del representado es exclusivo de la Representación Legal. La Representación Indirecta se caracteriza porque el representante aunque actúe por cuenta y en interés del representado lo hace en nombre propio.

Atendiendo al contenido de la Representación, se puede distinguir entre Representación General y Representación Especial. La primera comprende todos los negocios del representado y la segunda, uno o más negocios determinados.

En cuanto a la Representación Legal, la actuación en interés y por cuenta de otro y cuando ello sucede, en su nombre puede considerarse también como el fundamento inmediato de la Representación Legal, aunque el mediato se encuentre en la exigencia de la ley y no en la autonomía de la voluntad.

Las Teorías de la Representación desempeñan un gran papel, en particular, la Teoría de la Sustitución Real de la Personalidad del Representado por la del Representante, cuyo análisis quedó anunciado en la exposición de motivos y desarrollado a lo largo del presente trabajo; permite concluir que, desde el punto de vista doctrinal, es la idónea, dejando aclarado que los artículos de nuestros Códigos de 1884 y de 1928, en materia de Representación proceden del Código de 1870, época en la que, entre nosotros, la teoría conocida era la de la Ficción. Tradición histórica jurídica que resulta en la actuali-

dad insuficiente para una óptima interpretación y aplicación de la Representación. El Derecho es un producto social, es una ciencia humanística y, como tal, transformadora, que necesita de una actualización permanente.

La Representación Legal es la impuesta por la ley, a diferencia de la voluntaria, que surge de la autonomía de la voluntad.

Desde otro punto de vista, se distingue la Representación Legal de la Voluntaria en que mientras en ésta la actividad del representante se basa, como su nombre lo indica, en un acto voluntario del representado, es decir, en un poder o en una facultad que otorga para que el representante obra en lugar de él; en la Representación Legal dicha actividad es ajena a la voluntad del representado y deriva de un poder propio del agente que le concede la ley y gracia al cual obra con plena independencia de la voluntad de aquél por quien actúa aunque también obra en lugar de éste.

La Representación Legal es una figura típica del Derecho de Familia, además de tener ingerencia en otras ramas del Derecho.

La Representación Legal viene a suplir la deficiencia que supone una limitación a nuestras facultades.

En la Representación Legal no hay mandante, no se trata de un contrato sino de una Representación establecida por la ley, por lo tanto, sólo hay representante y representado, quienes no celebran contrato.

La Representación Legal es un poder general que implica facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, pero en relación a estas últimas facultades se encuentra limitada, por regla general, para la enajenación, gravamen o hipoteca de inmuebles o venta de bienes preciosos, para cuyo caso se requiere la autorización judicial.

La Representación Legal tiene una característica, que no la tiene el Mandato, que consiste en que, además de la administración de los bienes, tiene a su cargo el cuidado de la persona del menor o incapacitado.

La característica más importante de la Representación Legal es la que puede llamarse heteronomía, porque la persona queda sustituida por el representante legal y las decisiones de éste le son impuestas a su esfera jurídica y a su patrimonio con todas sus consecuencias.

Se tiene que distinguir la genuina Representación Legal de los supuestos de interposición de auctoritas, asistencia o complemento de capacidad. La concurrencia o la interposición de auctoritas funcionan como un elemento adicional, pero convierten al que interviene en un genuino representante.

La Representación Legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante. De ello debe seguirse que la función genuinamente representativa legal es la interpretación restrictiva, aún cuando algunas leyes, que no es el caso del Código Civil, realicen una fórmula genérica de aplicación de la Representación Legal.

La Representación en la patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar, ya que es una relación que nace de la relación paterno filial. De esta manera la ley ha señalado implícitamente que este deber de proteger y cuidar a los hijos no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación o de la adopción, que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos, educarlos, administrarlos y representarlos.

La tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de ésta fundamentalmente, como lo apuntó Savigny, en que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho.

La patria potestad y la tutela aparecen, aquélla como institución principal y ésta como subsidiaria. No hay lugar a tutela mientras exista quien ejerza la patria potestad; de donde, sólo se puede organizar la tutela cuando falta aquélla.

El albaceazgo es una institución propia del derecho sucesorio, tanto de la sucesión testada como de la intestada, ya que para la administración y liquidación del patrimonio del autor de la sucesión debe haber una persona física que realice esa función, tal es la albacea.

El albacea es el representante del autor de la herencia, de los herederos y de ambos. Para explicar esta múltiple Representación afirmo que el albacea representa formalmente al de cuius y materialmente a los herederos.

En la ausencia, el representante no se limita a la guarda de los bienes, tiene facultades de Representación del ausente y es legítimo administrador de los bienes de éste, con las obligaciones y restricciones que la ley impone. El representante y los poseedores provisionales y definitivos en sus respectivos casos, tienen la legítima Representación del ausente en juicio y fuera de él.

Se puede afirmar que cada uno de los supuestos de la Representación Legal se encuentran plasmados en el Código Civil y recogidos en una serie de leyes especializadas en donde se da la figura de la Representación Legal con matices propios.

La doctrina más extendida suele considerar al apoderamiento como un negocio jurídico unilateral y recepticio, que funciona con independencia y con separación de las relaciones jurídicas subyacentes, que pueden existir entre *dominus* y apoderado, que le dan origen o le sirven de fundamento.

El apoderamiento es un negocio jurídico, en la medida en que es un acto de voluntad plasmado en una declaración, que constituye un precepto de autonomía privada destinado o dirigido a la reglamentación de una situación de intereses. Considerado como negocio jurídico, es un negocio unilateral, en la medida que para su existencia, validez eficacia se requiere únicamente la declaración de voluntad del principal o poderdante.

Para la existencia, validez y eficacia del poder de Representación no se necesita de la aceptación del apoderado. Esta aceptación será precisa para perfeccionar el contrato que pueda subyacer entre las partes y la relación representativa que entre ellas se crea, v.gr., mandato. No es en cambio, pre-

cisa para la validez del negocio del apoderamiento en cuanto tal y para que éste sea eficaz respecto de terceros creando el poder de Representación Es verdad que nuestro Código Civil no perfila el apoderamiento como negocio jurídico unilateral, sin embargo, la idea aparece reiteradamente en la legislación complementaria y es punto que doctrinalmente hoy no se discute.

El apoderamiento deberá ser otorgado directa y personalmente por quien sea titular de los derechos o de los intereses a cuya actividad el apoderado debe contribuir con su acción o con su comportamiento, el poderdante faculta al apoderado para que éste trate o realice los asuntos propios del poderdante.

Sólo excepcionalmente el poder puede ser conferido por persona distinta del titular de los derechos e intereses, se trata de una hipótesis de legitimación indirecta que, en definitiva, se reconduce al supuesto de sustitución en el poder, delegación de facultades representativas o subapoderamiento. Es un representante del principal, quien confiere a otra persona una nueva Representación de aquél.

El otorgamiento del poder tiene lugar mediante una declaración de voluntad, por lo general, recepticia del poderdante. es un negocio jurídico unilateral y potestativo. Cabe la posibilidad de agregarle una condición, el contenido y efecto jurídico inmediato del apoderamiento es la constitución de un poder de Representación para el poderdante en la persona del apoderado.

La constitución del poder de Representación no depende del consentimiento del apoderado, pues él hace que sea suficiente la declaración del poderdante. No obstante, será preciso concederle la facultad de rechazar un poder que no desea. Esta facultad no tiene lugar cuando el poder ha sido otorgado por contrato entre el poderdante y el apoderado, lo cual ha de considerarse, igualmente, admisible. Sin embargo, tal contrato no debe ser confundido con el que regula la relación interna v.gr., el mandato en que se basa el poder.

El destinatario de la declaración es el apoderado o el tercero frente a quien deba tener lugar la Representación. En el primer caso, se habla de un otorgamiento de poder interno y, en el segundo, de un otorgamiento de poder externo. El otorgamiento de poder interno irá acompañado las más veces de la

constitución de la relación interna, esto es, la conclusión de un contrato de mandato o de gestión de negocios. Admitir una unidad negocial no carece, con todo, de inconvenientes, pues en este caso se renuncia prácticamente en el otorgamiento del poder interno a la independización del otorgamiento de poder frente a la relación jurídica en que aquí se basa, independientemente por la cual se ha decidido terminantemente la ley. Ello estaría también en contradicción con la validez, generalmente admitida, del poder otorgado a un menor. No obstante, con frecuencia, serán aplicables también al otorgamiento de poder los mismos motivos de nulidad o de impugnación que existen respecto al negocio básico.

El otorgamiento de poder externo puede efectuarse mediante declaración frente a una pluralidad de personas, así mediante escritos de un mismo tenor dirigidos a todos los clientes de una empresa o mediante declaración frente a un círculo de personas indeterminadas.

El apoderamiento por declaración a la colectividad es una declaración de voluntad no recepticia, toma efecto tan pronto como la colectividad pueda tomar conocimiento del mismo.

En materia de apoderamiento hay que separar claramente dos cuestiones que a menudo han sido confundidas, como son la de la independencia conceptual del poder y su separación respecto de las relaciones jurídicas previas o subyacentes y la de la abstracción negocial.

Esta tesis se refuerza a partir del momento en que se establece rigurosamente la distinción entre mandato y poder. El apoderamiento es un negocio jurídico separado e independiente de los demás negocios o relaciones existentes entre poderdante y apoderado, aunque hayan sido estos últimos los que determinen el primero y en virtud de los cuales el primero se produzca.

Partiendo de la premisa de la independencia del poder, un amplio sector de la doctrina ha llegado a la configuración del apoderamiento como un negocio abstracto. Se dice que el apoderamiento es un negocio abstracto en cuanto que la eficacia representativa deriva exclusivamente del negocio de concesión del poder y no se ve influida para nada por las vicisitudes de los negocios o relaciones básicas subyacentes.

La doctrina de la abstracción y de la independencia del apoderamiento tienen dos premisas fundamentales: la primera, que es la distinción entre mandato y Representación, y la segunda, es la distinción entre la Representación o efecto representativo y el negocio creador de este efecto o apoderamiento.

La doctrina de la abstracción del poder lleva a la lógica consecuencia que el apoderamiento es eficaz aunque su causa no exista o sea falsa o ilícita. La causa, relación básica subyacente, puede no existir por no haber nacido por ser ineficaz o por haberse extinguido. No obstante, ello el apoderamiento es eficaz. La segunda consecuencia importante de la doctrina es que aunque el apoderado viole las obligaciones derivadas de la relación casual no se produce extralimitación y por consiguiente su actuación es válida y eficaz, siempre que no se rebasen los límites formales del poder. En el mismo terreno la relación casual no puede tenerse en cuenta para interpretar, ampliar, restringir, etc., el poder porque es desde el punto de vista del funcionamiento de este desconocido.

Es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez coadyuva a la actividad jurídica. En el conflicto entre el interés del *dominus negotii* y el tercero que contrataba con su apoderado es preferido este último. Quien concede un poder de Representación sabe a lo que se expone y no puede, por tanto, alegar más que la falta de poder o de la extralimitación de facultades.

El problema de la independencia entre apoderamiento y negocio casual subyacente reviste un cariz completamente distinto, según que se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdantes y apoderado o desde el punto de las relaciones de ambos con terceras personas.

Desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado es evidente, a mi juicio, el carácter casual del apoderamiento y su absoluta vinculación al negocio básico subyacente. El problema se plantea únicamente desde el punto de vista de los terceros, la seguridad en la actividad jurídica y normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exige que los terceros que contraten con el apoderado no tengan que conocer, examinar, investigar o preocuparse por estas internas relaciones existentes entre apoderado y poderdante y que puedan confiar exclusivamente en el contenido ex-

terno del negocio de apoderamiento. Ahora bien, un riguroso planteamiento del tema exige distinguir nítidamente los casos en que el tercero actúa de buena fe frente a ellos otros en que la buena fe no existe, el criterio de la buena fe del tercero, es al menos en nuestro Derecho Positivo, básico para determinar la manera de funcionar el apoderamiento.

Se deduce de ello que no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento, sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. La línea de principio parece ser ésta: para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación casual subyacente; en cambio para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente debe influir en la eficacia del apoderamiento. La especial protección que la independencia entre apoderamiento y relación básica supone exige que el protegido reúna estas dos condiciones: ser un tercero y conducirse de buena fe.

La institución de la Representación tiene una utilidad trascendental al permitir la ejecución de diversos actos que no pueden llevarse a cabo por sus titulares ya sea por conveniencia o porque se encuentren incapacitados jurídicamente. La Representación se ha pretendido explicar a través de las teorías: negativa, de la ficción, del nuncio, la cooperación y de la sustitución real de la personalidad o teoría de la modalidad. Por cuestiones de época la legislación mexicana adoptó la teoría de la ficción, sin embargo, desde el punto de vista teórico, la más aceptada ha sido la teoría de la sustitución real de la personalidad o teoría de la modalidad.

La legislación mexicana regula la Representación bajo dos especies: la Representación Voluntaria y la Representación Legal. La primera se divide en Representación Voluntaria Directa, que no es más que el análisis del poder ya realizado y en Representación Voluntaria Indirecta, que se forma por un acto jurídico bilateral y se regula bajo la denominación de contrato de mandato.

El objeto indirecto del contrato de mandato recae exclusivamente sobre actos jurídicos que se encomiendan al mandatario. En el derecho romano cualquier acto podía ser objeto de mandato, ya fuera jurídico o material, era suficiente que tuviese un interés para el mandante para que fuera objeto del contrato.

La distinción entre mandato y Representación salta a la vista si se toman en cuenta los conceptos de uno y otra y las características del primero. El mandato es un contrato, la Representación no; el mandato nace por el acuerdo de las voluntades del mandante y el mandatario, la Representación Legal se origina directamente por la ley o de un procedimiento fundado en una norma de derecho; el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio, el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales, ya que la ley no establece ninguna limitación.

Por tanto, puede celebrarse un mandato con Representación, caso en el cual el mandante deberá obrar en nombre del mandante y por su cuenta; o bien, puede celebrarse sin Representación y, en ese supuesto, el mandatario deberá obrar a nombre propio aunque por cuenta del mandante.

De lo anterior se desprende que existen mandatos con o sin Representación y Representación con o sin mandato.

Como diferencias fundamentales entre mandato y poder se pueden señalar las siguientes: El mandato es un contrato; el poder es un acto monosubjetivo. Por el contrato de mandato se crean obligaciones y derechos entre mandante y mandatario; por el otorgamiento del poder solo se confieren facultades para la realización de actos a nombre del poderante, no se originan obligaciones y derechos, ya que estos se crean o tienen su origen en el negocio subyacente, pero no en el poder. El mandato es un acto que solo interesa a los contratantes con las excepciones generales de la máxima *res inter alios acta*, es un acto privado, en cambio, el poder es un acto público, ostensible, que necesariamente deben conocer las personas que tratan con el apoderado. En el mandato el mandatario puede actuar a nombre propio; en el poder solo puede, en su ejercicio, actuar en nombre del poderdante. En el mandato, el mandatario solo puede realizar actos jurídicos en cambio, el apoderado no tiene esa limitación impuesta por la ley y por lo tanto nada impide que pueda realizar actos materiales. En el mandato, el mandante no requiere necesariamente una capacidad especial en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que el mandatario realice los actos para adquirir los derechos que pueden generarse por la actuación del mandatario cuando éste actúa sin representación y puede adquirir esa capacidad con posterioridad, en cambio el poderdante si requiere de esa capacidad cuando actúe el apoderado.

De lo anterior se desprende que puede haber mandatos con poder, mandatos sin poder y poderes sin mandato.

El Mandato y la Prestación de Servicios Profesionales son dos contratos son de gran similitud, pues el objeto de ambos es la prestación de servicios. La diferencia consiste en que en el mandato, el mandatario solo podrá realizar actos jurídicos, y en la prestación de servicios profesionales, el profesor puede realizar actos jurídicos, pero que normalmente se refiere al desarrollo de hechos jurídicos y materiales. Estos hechos jurídicos que realiza un profesional siempre son técnicos y los que realiza un mandatario no.

El mandatario puede actuar a nombre propio o a nombre del mandante, el profesor siempre actúa en nombre propio y por su cuenta al hacer ejercicio de su actividad profesional, aunque lo realice en beneficio de su cliente.

Se distingue el mandato de la comisión, primero en su campo de acción, ya que mientras esta se refiere a la ejecución de actos comerciales, el mandato se refiere a actos civiles o procesales incluyendo dentro de estos últimos a los mercantiles porque los actos o negocios procesales mercantiles no entran en la categoría de los actos de comercio.

En segundo lugar, se distingue el mandato de la comisión, en que mientras esta siempre es de naturaleza especial, ya que se aplica a actos concretos de comercio, el mandato en cambio, puede ser general o especial.

Podría haber atendido al temperamento de los juristas, que es estereotipadamente conservador y dejar las cosas tal como se encuentran, sin embargo, fue menester revisar estos dogmas que he recibido y comprobar y calibrar qué grado de verdad hay en ellos.

Todo fenómeno jurídico en si mismo considerado no es en rigor otra cosa que una especie de problemas sociales típicos. Típicos por su constancia y por su repetición y típicos también por la configuración o por la conformación que adoptan, junto con una serie de soluciones que a esos problemas da, en un determinado momento histórico, una determinada comunidad o grupo humano. Como ha puesto de relieve Fritz Von

Hippel, todo ordenamiento jurídico no hace en rigor otra cosa que dar una respuesta o una solución a una serie de conflictos.

La idea de ordenamiento jurídico resulta significativa para comprender el origen de la Teoría de la Representación. En el punto de partida de la Teoría de la Representación no hay probablemente nada más que esto: un problema práctico, que consiste sucintamente, en hacer posible una cooperación o una colaboración entre los miembros de una misma comunidad jurídica impulsada por razones de necesidad o de pura conveniencia. Una persona gestiona o tutela asuntos o intereses de otra y con este fin realiza para ello toda una serie de actos y de negocios jurídicos.

El ordenamiento jurídico, como se decía, no hace al principio otra cosa que dar respuesta a una serie de problemas sociales típicos. La Representación aparece así como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la realización y cuidado de los bienes e intereses ajenos. El ordenamiento jurídico no es, sin embargo, nada más que el punto de partida. Cuando un conjunto de problemas que son, como he dicho, sustancialmente típicos, aparecen establemente regulados por normas jurídicas, la realidad socioeconómica se institucionaliza. La institución en cuanto realidad social típica establemente regulada por normas jurídicas se convierte entonces en lo que podríamos llamar un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades.

Este empleo de la institución jurídica de la Representación como un medio de dinamización de la vida económica y social aparece con suma claridad. La Representación es un medio que permite extender la personalidad o bien, rigurosamente hablando, la persona jurídica recibe una ampliación de las posibilidades de asumir las consecuencias y los resultados de la actividad de otros.

Se han definido conceptos en un plano coherente y lógico, la relación de supraordinación y subordinación, su oponibilidad o compatibilidad, así como la distribución del conjunto de las figuras jurídicas en diferentes conceptos. En suma, se ha sistematizado el estudio de la Representación.

En la sociedad actual la Representación se ha convertido en una pieza principalísima del engranaje de nuestra

vida económica y jurídica. En esta sociedad nuestra de gerentes, administradores, síndicos, albaceas o representantes, como ahora se les llama, la Representación omnipresente es todo un complicado mecanismo que posee una importancia fundamental.

No considero exagerado mencionar que las instituciones de la Persona Jurídica y de la Representación han sido los principales causes jurídicos que han permitido el desarrollo económico, pero es claro que la Representación aparece como un elemento necesario, cualquiera que sea la forma como se organice o se estructure la vida.

BIBLIOGRAFIA.

- ACOSTA ROMERO, Miguel y GARZA CAMPOS, Laura Esther de la. Derecho Laboral Bancario. 2a. Edición. 1988. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 733p.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. Panorama del Sistema Financiero Mexicano. 3a. Edición. 1986. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 823p.
- AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 446p.
- AGUILERA DE LA SIERRA, Tomás. Actos de Administración, de Disposición y de Conservación. Editorial Montecorvo. Madrid, ESPAÑA.
- ALCALA-ZAMORA y TORRES NICETO. El Area de la Tutela. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. T. IX. Enero-Marzo. 1947. Núm. 33 México, D.F. MEXICO, p. 344.
- APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1988. Segunda Parte. Salas y Tesis Comunes. Mayo Ediciones, S. DE R. L. 1989.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENOSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 1990. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO. 493p.
- BARRERA GRAF, Jorge. La Representación Voluntaria en Derecho Privado. 1967. Instituto de Derecho Comparado de la U.N.A.M. México, D.F. MEXICO. 211p.
- BAZ, Eduardo. Mandato Irrevocable. Revista de Derecho Notarial. Núm. 24. 1964. México, D. F. MEXICO. 330p.

- BEJARANO SANCHEZ, José Luis. Obligaciones Civiles. 1981. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO. 599p.
- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 8va. Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A., DE C.V. México, D.F. MEXICO. 730p.
- BUEN L., Nestor de. Organización y Funcionamiento de los Sindicatos. 2a. Edición. 1986. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 154p.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Notarial y Registral. 10a. Edición. 1988. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 266p.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. El Negocio Jurídico. 2a. Edición. 1985. Editorial Civitas, S.A. Madrid, ESPAÑA. 550p.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. La Persona Jurídica. 2a. Edición. 1984. Editorial Civitas, S.A. Madrid, ESPAÑA. 258p.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. Temas de Derecho Civil. Editorial Rivadeneyra, S.A. Madrid, ESPAÑA. 344p.
- CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. 7a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 258p.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho de Quiebras. 3a. Edición. 1981. Editorial Herrero, S.A. México, D.F. MEXICO. 302p.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares. 2a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 517p.

- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 604p.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 1987. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 412p.
- CHIRINO CASTILLO, Joel. Derecho Civil III. Contratos Civiles. 1986. México, D.F. MEXICO. 342p.
- CIFUENTES, Santos. Negocio Jurídico. 2a. Edición. 1986. Editorial Astrea. Buenos Aires, ARGENTINA. 722p.
- COSTA, Joaquín. Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social. 1980. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, ESPAÑA. 377p.
- DIEZ-PICAZO, Luis. La Representación en el Derecho Privado. 1979. Editorial Civitas, S.A. Madrid, ESPAÑA. 322p.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 3a. Edición. 1982. Editorial Porrúa, S. A. México, D.F. MEXICO. 262p.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Parte General. Personas, cosas, Negocio Jurídico e Invalides. 2a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 701p.
- FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. 16a. Edición. 1989. Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO. 530p.
- FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. 1985. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 445p.

- FRISCH PHILLIP, Walter. La Sociedad Anónima Mexicana. 2a. Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 560p.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 6a. Edición. 1983. Editorial Porrúa, S. A. México, D.F. MEXICO. 724p.
- GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 28va. Edición. 1978. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 444p.
- GARCIA MAYNES, Eduardo. Poder. Libertad como Derecho y como Poder. 1941. Compañía General Editora, S.A. México, D.F. MEXICO. 87p.
- GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 1982. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 352p.
- GIORGANA FRUTOS, Víctor M. Curso de Derecho Bancario y Financiero. 1984. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 316p.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5a. Edición. 1982. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. MEXICO. 946p.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 3a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 1059p.
- GUZMAN ARAUJO, Gerardo. El Condominio. 1983. Editorial Trillas, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO. 189p.
- HUPKA, Josef. La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos. 1930. Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPAÑA. 433p.

- IBARROLA, Antonio de. Cosas y Sucesiones. 6a. Edición. 1986. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 1120p.
- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 3a. Edición. 1984. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 606p.
- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. 6a. Edición. 1972. Ariel, S.A. Barcelona, ESPAÑA. 752p.
- INSTITUTO DE ESPECIALIZACION JUDICIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Manual del Juicio de Amparo. 6a. Reimpresión. 1990. Editorial Themis. México, D.F. MEXICO. 555p.
- JOSSERAND, L. Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teleología Jurídica. Trs. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, Jr. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. MEXICO. 358p.
- LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Trs. Miguel Izquierdo y Macías Picarea. 3a. Edición. 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPAÑA. 872p.
- LEON HURTADO, Avelino. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. 1952. Editorial Jurídica de Chile. Chile, CHILE. 397p.
- LLANBIAS, Jorge Joaquín. Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos. Editorial Depalma. Buenos Aires, ARGENTINA.
- LUTEZCO, Georges. Teoría y Práctica de las Nulidades. 5a. Edición. 1980. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 412p.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 27a. Edición. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 530p.

- MIGUELEZ DOMINGUEZ, Lorenzo et al. Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria. 6a. Edición. 1957. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, ESPAÑA. 1102p.
- MOZOS, José Luis, de los. El Negocio Jurídico. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, ESPAÑA.
- MOZOS, José Luis, de los. La Conversión del Negocio Jurídico. 1959. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, ESPAÑA. 178p.
- ORTIZ-URQUIDI, Raúl. Derecho Civil. 2a. Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 633p.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Themis. S.A. México, D.F. MEXICO.
- OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. 1981. Editorial Harla, S.A. de C.V., México, D. F. MEXICO, p. 373.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Representación, Poder y Mandato. 1984. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 141p.
- PETIT. Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. s/e. 1978. Editorial Epoca, S.A. México. D.F. MEXICO. 717p.
- PLANIOL. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, ESPAÑA. 530p.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 19a. Edición. 1970. Talleres Gráficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, ESPAÑA. 2013p.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 18a. Edición. 1985. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 468p.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I Introducción. Personas y Familia. 13a. Edición. 1977. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 509p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Teoría General de las Obligaciones. 9a. Edición. 1980. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 531p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Contratos. 6a. Edición. 1973. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO. 510p.
- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Derecho Civil. El Negocio Jurídico. Elementos y Eficacia de la Representación. 1980. Universidad Complutense. Madrid, ESPAÑA. 511p.
- SERRANO ALONSO, Eduardo. La Confirmación de los Negocios Jurídicos. 1976. Tecnos. Madrid, ESPAÑA. 130p.
- STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. 3a. Edición. 1978. Jurídica de Chile. Chile, CHILE. 357p.
- STUART MILL, John. Consideraciones sobre el Gobierno Representativo.

LEGISLACION.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO CIVIL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

CODIGO PENAL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

CODIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES.

CODIGO DE COMERCIO.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.

LEY SOBRE EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO O DE INMUEBLES.

LEY DE AMPARO.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL.

LEY DEL NOTARIADO.

LEY GENERAL DE PROFESIONES.

LEY DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL

LEY SOBRE PREVENCION SOCIAL DE LA DELINCUENCIA INFANTIL DEL
DISTRITO FEDERAL.

LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMUN DEL
DISTRITO FEDERAL.

LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL EN MATERIA MINERA.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.

REGLAMENTO ORGANICO DE LAS SOCIEDADES NACIONALES DE CREDITO.

DECRETO DE TRANSFORMACION Y FUSION DE LAS SOCIEDADES DE CREDITO.

REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD Y DE COMERCIO.