

título 7), y más adelante el artículo 8 garantiza el derecho de sindicalización e inclusive el de huelga; y en el artículo 9 se reconoce el derecho de toda persona a la Seguridad Social, inclusive al Seguro Social, etc. Todos estos son principios adoptados por la O.I.T.

Como conclusión, podemos afirmar que la O.I.T. se adelantó a su tiempo y que además de revolucionar el derecho internacional público, vino a promover los derechos del hombre en relación con su derecho acreedor frente al estado; ya no es la garantía individual, valladar frente al acto ilegal de la autoridad, sino que es el derecho activo para exigir del estado una vida digna y acorde con los principios de la justicia social; ¡Y se trata de las Garantías y Derechos Sociales!

Es la culminación normativa dentro de un régimen de derecho, y el reconocimiento del valor y virtudes prácticas del concepto de derecho que ha sido, es y será su verdadera y legítima concepción, exaltada ya por jurisconsultos y filósofos desde épocas remotas. Por ello creemos oportuno, para terminar esta exposición, reproducir un párrafo de la introducción con que inició su obra sobre la definición del derecho el profesor francés Levy-Ullman: "Existe, dice, en el fondo común de las religiones y de las filosofías, una anécdota edificante que los jurisconsultos meditarán con fruto. En la plaza de una ciudad tomada por asalto por los bárbaros, un anciano se recoge en oraciones y en reflexiones supremas. Aparece uno de los vencedores, coge al anciano por los cabellos y levanta sobre su cabeza una espada tinta en sangre: "Vas a enseñarme tu doctrina durante el tiempo que pueda tenerme en tu pie; pero cuando me haya cansado, mi arma terminará tu discurso". Es bien simple, responde el sabio: "No hagas a otro lo que no quieras que hagan contigo. Y ahora tú sabes tanto como yo". "Estupefacto el guerrero retrocede, deja caer su espada, se arrodilla delante del anciano, subyugado, iluminado, convertido".

¡Definición admirable que deberían tener presente siempre como inspirador de su conducta tanto los individuos como los estados en sus recíprocas relaciones!

México, D. F., a 11 de julio de 1977.

TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS OBLIGACIONES

ALBERTO VÁZQUEZ DEL MERCADO

En reconocimiento de una vida dedicada apasionadamente al estudio del Derecho, aparece el siguiente artículo: la tesis que presentó don Alberto Vázquez del Mercado para optar por el título de abogado el 16 de agosto de 1919, y, quien falleció el pasado mes de julio. Perteneció junto con Manuel Gómez Morín, Vicente Lombardo Toledano, Antonio Castro Leal, Alfonso Caso, Teófilo Olea y Leyva y Jesús Moreno Vaca, al grupo de los "Siete Sabios de México".

Docto abogado de consulta en el foro, destacado maestro en la cátedra; como ejemplar investigador realiza importantes trabajos originales y traducciones que aparecen en la "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", que publicó durante mucho tiempo. Testimonio vivo de su labor son las siguientes palabras, sobre la teoría de representación de las obligaciones.

Una de las nociones más imprecisas y vagas con que trabaja y labora el derecho moderno es, sin género de duda, la teoría de la representación. Ni su significado, ni su campo de aplicación, ni su valor jurídico, se han determinado perfectamente. Los autores se contentan con enunciarla a medida que tropiezan con ella, en alguna fórmula jurídica prevista por los Códigos. Planiol dice: la teoría de la representación no es una idea simple y primitiva.

Y esta vaguedad y falta de sistematización se debe a que la representación es en sí una anomalía, un caso fuera de lo normal.

Acostumbrados a ver en los actos jurídicos un todo único e indivisible, observamos con repugnancia y descuido todas las fórmulas en las que esta unidad se rompe; y la complejidad y la rareza de los casos las imaginamos como contrarias al orden natural, tratando de romper las coordinaciones que nuestra mente ha formado y que hemos elevado previamente, a la categoría de leyes.

Nuestro espíritu propende, a menudo, a considerar como necesidad lógica y natural lo uno, lo eternamente repetido. Y es por esto por lo que la representación parece ser un atentado contra las leyes de la uniformidad y casualidad ya "que en el fondo no es otra cosa que la separación de la causa y el efecto del acto: de la causa, porque la acción concierne al representante; del efecto, porque el derecho concierne al repre-

sentado. Existe pues, aquí una separación artificial de lo que en el estado natural de relación es uno".

CONFUSIÓN DE LA IDEA

Desconocida por completo en el derecho Romano primitivo, se va imponiendo a través de la evolución jurídica, gracias a la acción incesante de los pretores que recurrieron a la ficción para armonizar las nociones lógicas; la complejidad de las necesidades sociales, que demanden con su impulso vital los estrechos márgenes a que se les quería sujetar.

Vestigio de la concepción romana es la teoría de la representación indirecta e impropia, como le llaman los italianos, y en la que el representante realiza el acto en nombre propio para después, por otro acto, transmitirlo al representado, produciendo efectos primeramente en el patrimonio de aquél.

Sólo después de largas vacilaciones, se llega al verdadero concepto y entonces se entiende que hay representación únicamente cuando un acto jurídico es ejecutado por una persona, por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente sobre el representado, como si él lo hubiera hecho (Capitant).

Delimitado en esta forma el concepto, no se llega empero a ponerse de acuerdo sobre el contenido, o más propiamente, sobre los elementos que lo caracterizan.

Para algunos, el razgo fundamental es obrar en nombre de otro; para los más, la distinción estriba en que el representante se contrapone al individuo que sólo es mensajero de la voluntad de otro; para muy pocos, la intención es el elemento primordial.

Las siguientes definiciones ponen claramente de manifiesto la anarquía que reina en este punto de la doctrina jurídica:

Representar es emprender un acto jurídico que encierre a otro, *con la intención* de atribuirle sus efectos como si él lo hubiese cumplido (Scheurl).

El representante verdadero y propiamente dicho, es sólo aquel que obra *en nombre* del principal (Arndts).

El representante es el que obra por sí mismo y *es el opuesto del nuntius*, el cual no es más que el *instrumento* de la voluntad de otro (Seuffert).

A esta anarquía, viene a sumarse el hecho de que los autores consideran como representación, a la relación jurídica existente entre los codeudores solidarios y en virtud de la cual unos y otros se representan, por mandato tácito, pudiendo hacer sólo los actos que los beneficien y no los que les perjudiquen.

Larombière dice: "la solidaridad entre deudores, reposa sobre la idea

de un mandato recíproco y mutuo, que parece se han dado los codeudores para representarse en todo lo que concierne a la ejecución de la obligación común. Cada codeudor puede volver mejor la condición de los otros; pero no puede, por hecho personal, empeorarla". (Theorie et pratique des obligations, T. III, pág. 389).

Siguiendo el eje de esta concepción, es como se habla también de la representación que posee el deudor respecto de sus acreedores *quirografarios*, y recíprocamente, la que tienen éstos respecto a él, cuando ejecutan los actos y hacen valer los derechos que pertenecen al deudor.

CAMPO DE ACCIÓN

Teniendo, como tiene, la representación por objeto y fin producir los efectos de la obligación en el patrimonio del representado, es natural, que sólo se aplique a las relaciones de derechos patrimoniales y sea excluida de los derechos que tienen como característica un elemento moral. Así los derechos de familia que exigen para su realización, la intervención personal del interesado.

El matrimonio por poder, hecho aceptado en nuestra práctica jurídica, es un caso de mandato sin representación o sea como diría Savigny, un caso de simple intervención de un agente de la voluntad de otro.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN

Teoría de la ficción

Para explicar los efectos producidos por la representación, efectos que recaen directa e inmediatamente en el patrimonio del representado, sin romper con los principios jurídicos que norman la elaboración del derecho, y tratando, por el contrario de encerrar en normas rígidas la siempre variante necesidad social, hubo de recurrirse a la ficción, que solucionaba, siquiera provisionalmente, el problema.

Sólo recurriendo a la ficción, expresa Labbé, puede decirse que el que ha figurado y consentido en un contrato, no es el obligado, en tanto que sí lo es alguno de los que no han intervenido.

Para resolver esta pretendida contradicción entre el hecho y el principio jurídico (sólo por actos propios puede obligarse una persona); se dijo: el representante al realizar el acto, parece manifestar la voluntad del representado; el negocio es celebrado por aquél, como si éste lo realizara; el asunto no pertenece íntegramente al representante, sino que pertenece directa y exclusivamente, al principal.

¿Puede admitirse como solución definitiva la propuesta por los partidarios de la ficción?

¿El representante declara la voluntad del representado?

Los hechos mismos atestiguan la falsedad de semejante concepción, que, si bien pudiera sostenerse en lo que respecta al mandato que toma su origen en un elemento contractual, y a riesgo aun de convertir al mandatario en sólo mensajero u órgano de la voluntad del mandante, es insostenible en lo que respecta a la representación que se origina en virtud del mandato legal o de la gestión de negocios.

¿A qué, entonces, sostener en estos casos que el representante declara la voluntad del representado, cuando precisamente aquél ha sido instituido para suplir, o, cuando menos, para completar, una voluntad que no existe?

¿A qué decir que el gestor de negocios declara una voluntad cuando ésta no ha sido manifestada aún en el caso de celebrarse el contrato?

Es, pues, preciso desechar la ficción, no sólo porque esté en pugna con la realidad, pues si ese fuera el principal motivo, desconoceríamos el papel técnico que las ficciones han desempeñado en la elaboración y en la marcha evolutiva del derecho, sino que, como dice Achille Mestre, el que se detiene en la ficción considerándola como la resolución definitiva del problema, no sólo toma el medio como fin, sino que, también, hace una confesión de impotencia: se reconoce incapaz de resolver racionalmente el problema, su lógica se declara vencida por la dificultad, retrocede delante de un examen más profundo del hecho, delante de una verificación más minuciosa de la ley.

EL REPRESENTANTE DECLARA SU PROPIA VOLUNTAD

Desechadas por ser contrarias a la realidad las soluciones propuestas por los que no ven en el representante sino un mero órgano de la voluntad de otro y por los que han necesitado recurrir a la ficción para explicar los fenómenos producidos por la relación jurídica, es igualmente imposible admitir cualquier resolución ecléctica que intente darse, pretendiendo que en la realización del contrato ambas voluntades concurren, pues si una de ellas falta completamente o no se ha manifestado aún, es torpe admitir su existencia y ver en ella la causa generadora del contrato.

Sólo resta una hipótesis posible: el representante declara su propia voluntad.

Los textos legales que se refieren al mandato y a la gestión de negocios, comprueban la veracidad de esta hipótesis.

En efecto, el artículo 2342 del Código Civil, define el mandato diciendo que es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa. ¿Y qué es esta cosa a la que se refiere nuestro Código? Indiscutiblemente un acto jurídico; pues no se concibe

que los legisladores hubieran querido referirse y abarcar en su definición los hechos delictuosos. Además, el artículo 2418 del Código Civil, dice que el gestor de negocios se hace responsable respecto del dueño y respecto de aquellos con quienes *contrata* en nombre de éste. Y si efectuar un acto jurídico, es manifestar una voluntad con el fin de crear relaciones de derecho, y contratar es concurrir con una voluntad a la formación de un convenio por el que se transfiere algún derecho o se contrae alguna obligación; demostrado que no puede ser la voluntad del representado, la que se expresa en el acto jurídico o en el convenio, habrá que admitir que esa voluntad es la del que obra y quiere: la del representante.

De un simple mensajero o de una carta (en los contratos entre ausentes) no se dice que celebren un contrato y ello se debe a que en estos casos, ni la carta ni el mensajero expresan su propia voluntad.

¿Cómo se explica entonces que los efectos producidos por el contrato recaen directa e inmediatamente en el patrimonio del representado y no el del representante? Por dos razones esencialmente: primero, porque el representante declara una voluntad propia, pero de acuerdo con la del representado: y, segundo, porque tanto aquél, como el tercer contratante, tienen la intención de celebrar un convenio cuyos efectos han de producirse directa e inmediatamente en el patrimonio del representado.

Lo esencial es que el acuerdo exista; poco importa el tiempo en que esto se verifique: puede ser anterior a la celebración del contrato, en el mandato; o bien, puede ser posterior, en la gestión de negocios.

No sólo tiene importancia teórica el determinar cuál de las dos voluntades es la que realmente concurre en la formación del contrato; consecuencias de gran utilidad práctica se originan de esta determinación y especialmente en lo que se refiere a nulidades por vicio o falta de consentimiento.

Como el representante declara su propia voluntad y es él quien contrata, habrá que admitir que las causas que vicien su consentimiento, destruyendo su voluntad, serán motivo para declarar la nulidad del acto en que éstos hayan intervenido.

Los artículos 1296, 1297 y 1298 del Código Civil, serán aplicables cuando los casos en ellos previstos concurren en el representante y no sólo en el representado como sería la consecuencia lógica y natural de admitir la solución propuesta por los partidarios de la ficción. Ciertamente habrá que anular el acto cuando los vicios se presenten en el representado; mas no porque su voluntad sea la que se declara en el contrato, sino porque ella debe estar de acuerdo con la del representante. Si por error, dolo o violencia, se ha manifestado la conformidad, en realidad, el acuerdo no ha existido, ha sido ficticio.

Cuando la violencia se ha ejercido sobre el representado, la nulidad procede por dos consideraciones diversas: porque pudo ejercer o para

obtener el acuerdo de voluntades; o bien, para obtener el poder de representación.

Si se admite, como lo quieren los partidarios de la teoría de la ficción, que la voluntad del representado es la que se manifiesta en el acto de celebrarse el contrato, habrá que admitir, también, como consecuencia de ese principio, que los contratos en donde interviene un representante y que se celebran en lugar distinto al lugar en que se encuentra el representado, son contratos entre ausentes y por lo tanto, que es menester aplicarles las estipulaciones relativas.

Si se acepta, en cambio, que el representante declara su voluntad y que es él quien celebra el contrato, éste será considerado como un contrato entre presentes y su alcance y significación estarán determinados por las reglas generales del derecho.

La importancia de esta distinción estriba, principalmente, en lo que respecta a la competencia.

ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA REPRESENTACIÓN

En párrafos anteriores, se determina uno de los elementos que constituyen la representación: el de que el representante declara su propia voluntad.

Se han estudiado, al mismo tiempo, las consecuencias que se derivan de admitir esa solución en lo que se refiere a las nulidades por vicio o falta de consentimiento, y en lo relativo a establecer la competencia, sin tener necesidad de resolver, previamente, los problemas, algunas veces demasiado complejos, a que dan origen los contratos celebrados entre ausentes, por correspondencia.

Es preciso fijar ahora, los requisitos de capacidad de representado y representante.

Por lo que se refiere al representado hay que distinguir, según se trate de representación nacida por disposición de la ley: mandato legal; por iniciativa del representante: gestión de negocios; o por hecho propio del representado: mandato voluntario.

En los dos primeros casos, el representado puede ser un incapaz; mas para hacer la rectificación, en la gestión de negocios, deberá tener capacidad plena.

Puede ser, también, una persona futura o indeterminada; basta en este último caso que pueda ser determinable.

En el mandato convencional, el que lo otorga deberá tener capacidad absoluta.

Por lo que respecta al representante y teniendo en cuenta que expresa su voluntad, deberá ser capaz de querer libre y espontáneamente, sin que sea necesario que tenga el pleno ejercicio de sus derechos, pues

como el contrato debe producir sus efectos en el patrimonio del representado, no es preciso que existan los requisitos exigidos por la ley para asegurar los intereses de los menores, o para conservar el predominio de la autoridad marital, en lo que se refiere a la mujer casada.

Comprendiendo esto nuestros legisladores establecieron que pueden ser mandatarios las mujeres y los menores que pasen de dieciocho años, edad considerada como suficiente para tener voluntad libre y espontánea (artículo 2557 Código Civil).

La intención del representante y tercero, de celebrar un contrato por cuenta de otro, intención compartida por el interesado, es lo que constituye el otro elemento necesario para que existan los efectos de la representación. Sólo que, considerando que la intención se manifiesta normalmente en su forma externa, por el obrar en nombre de otro, se ha tomado, por un error de *a priori*, como esencia de la representación, su forma externa.

Nuestros legisladores se inspiraron en este erróneo concepto y todos los preceptos legales giran alrededor de él.

Como excepción notable puede contarse el artículo (341 Código de Comercio) referente al factor, y en el que se establece que, cuando éste obre en su nombre, pero por cuenta del principal (la intención está claramente manifestada y en contradicción con el obrar en nombre propio); el tercer contratante puede dirigir su acción contra el principal; pero nuestra ley fiel al principio que lo anima, ha determinado que el tercero tiene, también, acción contra el factor; creando, no un caso de lo que se llama representación impropia, sino un caso de obligación co-real o solidaria.

Si pues, algunas veces, al obrar en nombre de otro se encuentra en abierta pugna con la intención misma de los interesados, y si, por otra parte, se reputa la intención como sagrada en la esfera de las obligaciones; ¿por qué no considerarla, también en la representación, que sólo es una modulación de la ley?

¿Por qué conformarse con los datos que nos proporciona un análisis superficial? ¿Por qué detenerse en la forma externa y no ahondar en el examen del concepto, para determinar su contenido?

Señalados los elementos que la caracterizan, podemos decir que hay representación siempre que la personalidad jurídica del representante se sustituye, intencionalmente, a la del representado, con el fin de realizar un acto jurídico, cuyos efectos han de producirse directa e inmediatamente en el patrimonio de éste.

He tratado de determinar los caracteres principales de la representación; sin embargo, el estudio, bien somero, que de esta institución jurídica he pretendido hacer, no estaría completa si no me detuviera a marcar las diferencias que la distinguen del mandato, ya que a menudo se les confunde y las más de las veces se les identifica.

Y este error de confundir nociones diversas, se debe a una fuerte propensión de nuestro espíritu que nos lleva a dar unidad a lo que en las relaciones externas es múltiple (la noción de patrimonio no es, en el fondo, sino la unificación de una pluralidad de derechos) y a considerar lo habitual y lo simple, como necesario y natural.

Del hecho de que el mandato origina, por lo general, la representación; e inversamente, de que ésta se manifiesta cuando existe aquél, se concluyó, erróneamente, que son nociones idénticas, que se abarcan y comprenden mutuamente. Sin embargo, un examen atento nos muestra sus diferencias.

El mandato y la representación forman en sí aspectos completamente distintos de una misma relación.

Mandatario y mandante, designan el lado interno; representante y principal denotan, por el contrario, su cualidad respecto a los terceros, el lado externo.

Nuestros legisladores, por uno de esos dichosos hallazgos con los que nos sorprende a menudo el instinto, separan claramente estos lados de la relación sin expresarlo; observan el hecho, pero no lo analizan.

Profundizando un poco se descubre que el mandato es la relación que nace entre dos patrimonios por el acuerdo de dos voluntades; mientras que, la representación, es la relación que resulta entre dos patrimonios, del acuerdo de tres voluntades.

Se han distinguido, claramente, estas relaciones jurídicas; resta únicamente, determinar si la existencia y alcance de la representación dependen del mandato, como lo preconizan los partidarios de la escuela clásica o si, por el contrario puede presentarse sola, con vida independiente.

Para comprobar que el mandato no implica siempre a la representación y que ésta no es un simple derivado suyo, pueden seguirse dos métodos distintos: demostrar que existe mandato sin representación, o inversamente, que se presenta ésta sin existir aquél.

Lo primero se verifica en el comisionista que obra por cuenta del principal: hay mandato sin representación.

Lo segundo, es preciso confesarlo, no se encuentra en nuestras leyes, pues nuestros legisladores, han instituido para los casos en que normalmente sucede esto, una extraña forma de obligación solidaria (artículo 2405 Código Civil).

Basta el caso del comisionista para desechar la teoría que trata de identificar la noción de mandato y representación y para convencerse de que no es aquél la esencia de ésta.

La noción de representación se ha impuesto difícilmente; aún hoy, en nombre de la lógica, se pretende desterrarla del campo jurídico.

He tratado de demostrar que la representación está en armonía con las nociones lógicas; creo haberlo conseguido, pero aún admitiendo que

se encuentre en pugna con los principios jurídicos, esto no es suficiente para excluirla del derecho, ya que responde a una necesidad práctica impuesta por las exigencias de la vida.

Sólo teniendo una estrecha concepción del derecho, puede rechazarse una institución jurídica, sin antes examinar las causas que le dieron nacimiento y sin precisar el fin a que se responde.

Habrà que repetir con Jhering: ¡Monstruosidad lógica la representación directa! Se desconoce la esencia misma del derecho, y se incurre en un error completo, queriendo, en nombre de la lógica, hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. La vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquélla.

No es de ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad o imposibilidad lógica nada tiene que ver con ello.

México, 9 de agosto de 1919.