

Las conferencias del Dr. Ferrara

II

LA REPRESENTACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

1. El instituto de la representación suministra uno de los más importantes instrumentos de cooperación en la vida jurídica. Una persona puede obrar, no sólo por sí misma, sino también por medio de otro, el cual ponga en juego la propia actividad y personalidad jurídica, por cuenta del primero, con el resultado de que su actuación produzca efectos jurídicos directa e inmediatamente para la persona del representado.

La representación sustituye, intensifica o multiplica la actividad de la persona, no sólo haciendo posible a quien está incapacitado la participación en la vida jurídica, sino también alargando la esfera de actividad de las personas capaces. Quien no quiere o no puede actuar directamente, puede hacer de manera que otro obre en su lugar, obteniendo el mismo resultado que si el acto fuese cumplido por él mismo.

Y, sin embargo, este instituto, que responde a una necesidad tan imperiosa de la vida jurídica, ha sido desconocido en la lejana antigüedad. El Derecho romano partía del concepto opuesto: ninguno podía adquirir un derecho de obligación por medio de otra persona libre y extraña; el interesado debía realizar directamente el acto jurídico, y se reputaba inconcebible y absurdo que el acto cumplido por una persona pudiese producir efectos para otra. Por esto, el mandatario y el tutor realizaban los actos en nombre propio, adquiriendo para sí derechos y obligaciones, sin perjuicio de ceder después las acciones adquiridas. El sistema rígido roma-

no se explica, no obstante, teniendo cuenta del ordenamiento de la familia y del instituto de la esclavitud, porque lo que se adquiría por medio de los hijos y de los siervos era adquirido *ipso jure* por el paterfamilias, de suerte que mediante los contratos de los hijos y de los siervos se venía en gran parte a conseguir el mismo resultado que con la representación. Mas si estos contratos atribuían derechos al *dominus*, los terceros no adquirían ninguna acción contra él, y sólo más tarde el Derecho pretorio introdujo la *actio de peculio* y la de *in rem verso*, en cuanto el tercero podía demandar al *dominus* respecto de la administración del peculio o en los límites del beneficio conseguido, y más tarde, en las relaciones comerciales de tierra y mar, respecto al factor propuesto o al *magister navis*, el Pretor introdujo también a favor de terceras personas las acciones *exercitoria e institoria*, las cuales, sin embargo, se añadían, no se transferían : *non trasfertur actio, sed adjicitur*, es decir : quedaba obligado jurídicamente siempre el que contrataba, pero el tercero podía además volverse contra el interesado.

Esta fase histórica es, a su vez, superada en el Derecho moderno. Cesadas las razones históricas sobre las que se fundaba la prohibición de la representación, modificadas las relaciones familiares, abolida la esclavitud, lo que en su origen parecía una lógica imposibilidad, parece una imprescindible necesidad en la vida moderna. El principio nuevo es que cualquiera puede obrar en nombre y por cuenta de otros, de modo que los derechos y obligaciones que así se deriven, surjan inmediatamente en la persona del representado.

2. *Concepción jurídica*.—Las varias y complejas teorías que se han elaborado sobre este instituto tratan de explicar el problema relativo a quién y de qué modo contrata verdaderamente en el caso de la representación. Según una vieja teoría, largamente difundida en la doctrina francesa, la representación sería una ficción en cuanto supone que el representante asume en cierto modo la personalidad del representado y el acto del representante se valora o aprecia como si fuese el del representado.

Pero la ficción no explica nada ; es una máscara para ocultar la verdad. ¿Quién es el verdadero contratante ? Según Savigny, es el representado y su voluntad la realmente declarada ; el representante no sería más que el portador de su voluntad. Teoría inacep-

table, porque confunde el representante con el *nuncio*. Según Mitteis y Tartufari, en la representación cooperan con su respectiva voluntad representante y representado, pero esto no es verdad, y basta para demostrarlo el caso de la representación legal.

La teoría más aceptable es la de Ihering, que define la representación como la sustitución real y completa de la personalidad del representante a la del representado. Quien actúa es sólo el representante; él declara su propia voluntad, pero las consecuencias jurídicas de esta voluntad nacen para el patrimonio del representado. Tenemos una separación entre la causa y el efecto del acto jurídico.

3. *Condiciones para la representación.*—Examinemos ahora los requisitos de la representación. Pero primero veamos quiénes son los protagonistas. En la representación existen tres sujetos: el representante, el representado y el tercero.

El representado puede ser una persona física o jurídica, un incapaz, un sujeto que todavía no existe (como en el caso de la representación del *nasciturus*, o de los promotores de una sociedad futura). El representante, que con su voluntad da vida al contrato, debe ser una persona física, que tenga voluntad consciente, pero no es necesario que sea también legalmente capaz. Puesto que de su acto nacen verdaderamente derechos y obligaciones para el patrimonio ajeno, su incapacidad legal no es un obstáculo. La ley misma confirma este principio al admitir que el menor emancipado y la mujer casada pueden ser mandatarios (artículo 1.716 del Código civil).

Tercera persona es la que contrata con el representante y adquiere derechos y obligaciones contra el representado.

Las condiciones para que exista representación son tres: a) el representante debe declarar una voluntad propia; b) debe obrar en nombre y por cuenta del representado, y c) el representante debe tener el poder de representación en virtud de una relación jurídica que exista entre él y el interesado.

4. Examinemos estas condiciones:

a) *Voluntad propia.*—El representante declara la voluntad propia en sustitución de la de otra persona. No se limita a comunicar la voluntad ajena; no es un simple órgano de transmisión, un instrumento o vehículo de la voluntad de otro. Por esto se dis-

tingue el representante del *nuntius*: éste es un mensajero de la voluntad ajena, un portador de la voluntad de otra persona, diría Valeri, un fonógrafo viviente. Si una persona está encargada de transmitir la declaración de voluntad de otro y *repite* la voluntad ajena, es un mensajero, no un representante. Aun un chiquillo puede ser *nuntius*. Consecuencia del principio «el representante declara una voluntad propia», es que los eventuales vicios del consentimiento (error, dolo, violencia) se aprecian en la persona del representante y no en la del representado.

Por otra parte, se distinguen de los representantes las personas que preparan, ayudan o asisten de modo diverso a los contratantes, como los intermediarios, los abogados, los autorizantes, etcétera.

b) El representante obra en interés y en nombre ajeno. No basta actuar por cuenta de una persona; es necesario obrar *en nombre* de otro, y de aquí la diferencia entre representante y comisionista. El comisionista actúa en interés de otra persona, pero en nombre propio. Adquiere, en su virtud, derechos y obligaciones por el contrato, sin perjuicio de transferirlos al verdadero interesado. La misma distinción se hace en el Derecho civil entre mandatario y prestanombre, es decir, aquel que se comporta como si fuese el dueño del negocio, si bien obra en interés de otro.

Aun cuando regularmente sea necesario actuar en nombre de otro para que exista representación, admite, sin embargo, la jurisprudencia que si resulta la común voluntad de los contrayentes de celebrar el negocio por cuenta de un tercero (*contemplatio dominii*), basta para dar acción contra el verdadero interesado o a su favor.

c) Otra condición se refiere al poder de representación. El representante debe tener poder para representar. Este poder puede nacer o de la ley o de la voluntad del *dominus*, y en su virtud existe una representación legal y una representación voluntaria. Así se tocan las fuentes de la representación.

La representación legal existe en los casos taxativos establecidos en defensa de los intereses privados, por virtud de dos categorías de relaciones, unas pertenecientes al derecho de familia, otras al derecho sucesorio o al de quiebras. Así, la representación de los incapaces (padre, tutor, curadores especiales), representa-

ción del ausente, del heredero desconocido, del póstumo (artículo 627 del Código civil), la representación de la masa de la quiebra. Además, tienen una posición conspicua los representantes de los establecimientos eclesiásticos, de las fundaciones benéficas y de otros cuerpos morales.

La representación voluntaria depende, por su parte, del otorgamiento de poderes hechos por el *dominus negotii*, y este otorgamiento de potestad puede ser *anterior* (en forma de mandato) o *posterior* (en forma de ratificación). Es preciso, pues, que el representado autorice al representante para que actúe en nombre de aquél. Tal autorización puede aparecer de un modo expreso o ser tácita. A veces, la ley exige un acto escrito y aun autenticado por el Notario. Otras veces basta una convención verbal; o puede resultar de las relaciones personales existentes entre representante y representado, de su posición en la familia según las circunstancias, una autorización de carácter más o menos amplio, por ejemplo, de la mujer por los gastos de familia, de los criados, de los administradores, etc. Y en materia de comercio, relativamente a los factores, comisionados, etc., etc. Pero lo que importa es que el representante obre dentro de los límites de esos poderes, en la esfera de sus atribuciones, porque si se extralimita el acto, no tienen fuerza vinculativa para el *dominus*.

Normalmente, la facultad para representar se confiere anticipada y preventivamente por mandato, apoderamiento o acto semejante. Pero puede suceder también que el representante, espontáneamente y por propia iniciativa, se metiera en el negocio de otra persona, trate por ella y en su nombre, sin que el interesado sepa nada, obrando como gestor del mismo. Tal negocio jurídico, naturalmente, no obliga por sí mismo al *dominus* en cuya ventaja se ha realizado; el negocio se puede decir que está *preparado* para él, pero no es *suyo*; puede llegar a serlo merced a su voluntad. Esto es, el interesado puede ratificar lo actuado por el representante espontáneo, *aceptando y apropiándose el negocio jurídico*. Y esta declaración de hacerlo propio se llama ratificación. Nuestra ley se ocupa especialmente del instituto en el artículo 1.892, equiparando a la ratificación con el mandato, según la conocida regla: *Ratihabilitio mandatoaequiparatur*. Nótese que la ratificación opera retroactivamente, esto es, hace que el negocio conclu-

do por el representante produzca efecto desde su origen, o lo que es lo mismo, desde el momento de su conclusión, sobre el patrimonio del ratificador.

Llámase esta gestión representativa, y es diversa de la gestión simple, ya por los efectos que son limitados, ya por las condiciones del *utiliter coeptum*, indispensables en la gestión ordinaria para que el *negotiorum gestor* haya de ser indemnizado o liberado de las obligaciones asumidas.

El Código español, como los Códigos de tipo latino, no habla de la representación más que incidentalmente y para relaciones especiales, por lo cual la teoría debe ser reconstituida dogmáticamente.

Encontramos en el Código, al tratar de la posesión, el principio de la adquisición por medio de representante (si bien en este caso estamos fuera de los negocios jurídicos), pero el principio es importante, porque el artículo 439 parece desenvolver el instituto de la representación legal y voluntaria en la doble forma de mandato y gestión representativa. Se habla, sin embargo, de poder para representar en el matrimonio, preceptuando (artículos 87 y 100 del Código civil) que el matrimonio puede celebrarse por mandatario a quien se haya conferido poder especial, pero es dudoso si aquí se trata de un verdadero representante o de un *nuntius*. Por mi parte, creo que el mandatario autorizado para celebrar matrimonio es un portador solemne del *sí* matrimonial, pero no es un verdadero representante, porque no declara una voluntad propia, y toda su iniciativa en orden a la persona con la que el matrimonio debe celebrarse se halla absolutamente prohibida y es inconcebible jurídicamente. A este propósito, más bien debe decirse que la representación, esto es, la declaración de la voluntad de uno en servicio de otra persona, es inadmisible e inconcebible en los negocios que presuponen una voluntad directa del sujeto jurídico de la relación, como en materia familiar (matrimonio, adopción, emancipación, reconocimiento de hijos) o sucesiones testamentarias. No existen testamentos por representación, a tenor del artículo 670 del Código civil.

Volviendo, pues, a sus artículos, dejemos a un lado la representación impropia en la celebración del matrimonio. El verdadero campo de la representación es el de los poderes conferidos en

virtud de mandato. Pero es un error creer que mandato y representación sean una misma cosa. El Código define el mandato (artículo 1.709) como el contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, fórmula demasiado amplia, puesto que no sólo se refiere a servicios o hechos materiales que no son actos jurídicos, sino que, además, comprende como mandato, tanto el caso en que el mandatario obre en nombre del mandante como cuando obre en nombre propio (artículo 1.717). Así, pues, mandato y poder de representación son cosas diferentes. En primer lugar, el mandato es un *contrato*, mientras que el otorgamiento de poderes es un *acto unilateral*. Lo que hay de común entre ambos institutos es que el mandato contiene normalmente un apoderamiento, pero son elementos distintos y no confundibles. Conviene poner en evidencia que se puede tener *mandato sin representación* y *representación sin mandato*, lo que demuestra su neta individualidad.

Mandato sin representación es aquel en cuya virtud el mandatario obra en nombre propio, o en que el mandatario no tiene más misión que transmitir la voluntad ajena, o bien cuando se trata de obras materiales.

La representación puede existir sin mandato, puede nacer y ser inherente a otros mandatos ; por ejemplo, en materia de sociedad, de arrendamiento de obra, etc. Pero aun en el mismo mandato, no hay una coincidencia absoluta, porque a veces la ley, para garantizar los derechos de terceros, extiende la representación más allá de los límites del mandato, como en el caso en que la ley atribuye un cierto contenido presuntivo al mandato del factor comercial. Y también sucede que el mandato ha terminado y la representación sobrevive.

Así, cuando el artículo 1.738 dice que lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del causante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe, contempla precisamente una relación en que el mandato se ha extinguido, y, sin embargo, la representación continúa desplegando sus efectos.

Quedan por examinar los efectos jurídicos que nacen de la representación. Se reasumen en el principio de que «el contrato por

medio de representante debe considerarse como si se hubiese concluído por el mismo representado, y en su virtud, todos los efectos jurídicos, activos o pasivos, que de él derivan, se producen inmediata y directamente en el patrimonio del representado».

Perfeccionado el contrato, el representante ha agotado su misión y sale fuera de la relación jurídica, a no ser que se trate de un apoderado permanente que siga desenvolviendo su actividad en interés ajeno. El representante no adquiere derechos ni obligaciones para sí mismo, pero puede incurrir en responsabilidades personales por hecho ilícito.

El contrato cerrado por el representante, dentro de los límites de sus facultades, produce sus efectos directa e inmediatamente en el patrimonio del representado: éste resulta el único y originario sujeto del contrato, y puede actuar en juicio o ser demandado por razón de su ejecución, así como por la nulidad de aquél. Según su persona, deben apreciarse la capacidad para adquirir o las prohibiciones eventuales de comprar, la naturaleza civil o comercial del acto ... y problemas análogos. En suma, el representado viene a encontrarse, respecto al contrato, en la misma condición jurídica que si hubiese contratado él mismo. Naturalmente, a esta posición se añaden relaciones accesorias, y así el representado es responsable respecto de los terceros que hayan sufrido daños por dolo o culpa del representante.

OBSERVACIONES

En una sola conferencia ha reunido el profesor Ferrara los principios fundamentales de la *representación*, con frase tan feliz y sencilla, que pocos serán los profesionales y aun los profanos que no entiendan hasta las más veladas alusiones.

Claro que el tema no se roza apenas con la llamada *representación del negocio* (idea que uno se forja de cualquier acto jurídico que va a realizar y de sus consecuencias), ni en materia más concreta, comprende la que pudiéramos denominar subrogación hereditaria (artículo 924 y siguientes o concordantes del Código civil), estudiando especialmente la representación en la formación de actos jurídicos.

El criterio uniforme con que aparece desenvuelta, pone de re-

lieve una primera dificultad. Para nosotros, hay representación, lo mismo cuando existen dos voluntades soberanas y libres en estrecha relación jurídica (mandato clásico, arrendamiento de servicios o de obras con poderes, explotación en mancomún, etc.), que cuando una de ellas está en potencia o no tiene cualificación jurídica (menores, dementes), o cuando tan sólo el representante se halla dotado de voluntad propiamente dicha (órganos de una fundación o de otra persona jurídica).

Por mucho que nos esforcemos para fundir las dos voluntades en el primer caso, siempre subsistirán dos sujetos racionales y libres y será imposible desligar la declaración del representante de la situación psicológica y jurídica del representado.

De aquí las distintas teorías que trataban de explicar el mandato clásico, suponiendo que el mandante declara su voluntad por medio del mandatario que es su órgano, o admitiendo al lado de la voluntad del mandante la del mandatario, o reconociendo que la manifestación de voluntad de este último no produce efectos para él, sino para el mandante, o, en fin, que el acto del mandatario da vida o suple al acto personal del poderdante.

La misma coexistencia de dos voluntades da lugar a una nueva complejidad en la teoría del consentimiento, y el error, miedo, violencia y dolo del mandante y del mandatario son escrupulosamente estudiados por los especialistas para calibrar la fuerza obligatoria de los actos jurídicos.

Estas consideraciones pierden, en parte, su valor cuando se trata de la representación legal de una persona incapacitada legalmente, pero que goza de conciencia y libertad y puede influir sobre la voluntad de su representante. Y, por último, se desvanecen cuando de las asociaciones pasamos a las corporaciones y a las fundaciones.

En realidad, es muy difícil prescindir de las objeciones románticas contra la representación, y con una generalización irreflexiva se concluye por plantear problemas insolubles o por barrer las bases del Derecho civil.

Sirvan de ejemplo en el derecho de cosas *la tradición*, y en el de obligaciones, el llamado *contrato consigo mismo*. No hemos de volver sobre este último punto, a que ya se han dedicado muchas

páginas en REVISTA CRÍTICA, y en cuanto al primero, bástenos una referencia al *constitutum possessorum simplex*.

Sabido es que, desde Azón, se ha admitido la posibilidad de que la tradición de una cosa se entienda verificada si el transfrerente posee en nombre del nuevo propietario.

Lo que al vender poseo en nombre propio, sigo poseyéndolo después de la venta en nombre ajeno (*Illud quod meo nōmine posseideo, constituo me possidere nomine alieno*). El *constituto* aparece como una adquisición de la posesión por medio de representante. Pues bien, este pensamiento que socavó los cimientos de la tradición romana, puede concluir con un sistema inmobiliario que funde la transferencia del dominio y la garantía pignoraticia en un cambio de la *posesión real*.

Difícil es la cuestión relativa a la valoración en nuestro Código de la importante diferencia establecida entre el representante y el nuncio o mensajero. Con referencia al Derecho italiano, precedente notable de aquel texto, observa Gianturco, que el mandato especial para determinado objeto, rebaja los poderes del mandatario a los de un simple *nuntius*, y Scialoja añade que cuando en el ánimo del mandante ha llegado el asunto a una determinación concreta, el mandatario no es más que un medio o instrumento para actuar su voluntad y llevarla a cabo. Por eso también, el profesor Ferrara denomina nuncio a la persona a quien el ausente hubiere otorgado poder especial para representarle en el acto del matrimonio (artículo 100 del Código civil).

En cada caso será necesario examinar el papel de la persona encargada del servicio o mensaje, y si su voluntad ha de entrar en juego para completar y perfeccionar el negocio, o, por el contrario, ha de mantenerse dentro de los límites del llamado *psitacismo*, repetición *indiferente o mecánica* de los conceptos o palabras que caracteriza al mensajero o nuncio.

Por último, hemos de subrayar las frases que el conferenciante ha dedicado a separar la representación del mandato. A pesar de las exageraciones de Hellman, que afirmaba ser la representación en Roma la regla general, y de las suposiciones de Kniep, sobre su existencia en la época antigua, no sólo en las relaciones de Derecho público, sino en las de orden privado, se admite hoy como verdad incontrovertible que el *mandato* romano recibía su fuerza

y sus desenvolvimientos del derecho de obligaciones, y que la posibilidad de provocar efectos jurídicos sobre el patrimonio ajeno por medio de *apoderamientos* va desenvolviéndose paulatinamente en la Edad Media, merced sobre todo al principio de Derecho canónico «se puede hacer por medio de otro lo que se puede hacer por sí» (*potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*).

Los Códigos modernos inician la separación de ambos conceptos, colocando al lado del mandato clásico, en que se daban mezclados los elementos obligacionales (que ligan por medio del deber) y los personales (que provocan en el patrimonio ajeno los efectos inmediatos de nuestras declaraciones), otras figuras contractuales de tipo representativo (apoderamientos, *pouvoirs*, *Vollmachtsauftrage*, *Bevollmächtigungsvertrag*), pero tardan en desligarse los respectivos conceptos y tan sólo se ponen de relieve cuando en el contrato de mandato se regula el lado interno (obligaciones entre mandante y mandatario) como separado substancialmente del lado externo (efectos respecto a tercero).

A los jurisconsultos del pasado siglo corresponde la gloria de haber establecido una clara separación entre ambos conceptos y haber demostrado que *mandato* y *poder* no van siempre necesariamente unidos, y que, aun en los supuestos más extraordinarios, subsisten con independencia y producen efectos característicos.

El concepto jurídico del mandato se agota en el derecho de obligaciones ; el apoderamiento, en cambio, trasciende a las otras esferas y confiere un poder de representación cuyas normas hemos de buscar en la parte general de las grandes disciplinas jurídicas.

Los contratos de sociedad, mandato, arrendamiento de servicios, explotación o empresa que yacen en el fondo de la situación jurídica, nos podrán dar normas interpretativas para fijar los límites de los poderes conferidos, pero no nos autorizan para confundir las relaciones obligatorias con los efectos de la representación.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.