

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

3. Plantamiento y efectos de la representación . . . . .	17
4. Importancia de la representación . . . . .	19
5. La expresión del consentimiento en el negocio representativo . . . . .	21
6. El consentimiento en el poder . . . . .	23
7. Elementos o notas esenciales de la representación . . . . .	25
8. Representación voluntaria y representación legal . . . . .	27

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

#### 3. *Planteamiento y efectos de la representación*

El representante, a virtud de la autorización que recibe del principal, adquiere la facultad de adquirir derechos y asumir obligaciones sin que él devenga parte o interesado directo en tales obligaciones y derechos,<sup>19</sup> pero, además, la actuación del representante, al obrar por y a nombre del representado, es o debe ser conocida del tercero con quien trata.

El efecto de la representación consiste, según decíamos, “en que el acto realizado por el representante a nombre del representado produce efectos jurídicos, activos y pasivos, directamente en este último, quedando el representante absolutamente excluido tanto de los derechos como de las obligaciones”.<sup>20</sup>

Desde el punto de vista subjetivo o funcional, se distingue la representación por la presencia de dos partes (representado y representante) y de dos negocios cuando menos, o sea, aquel del que la representación surge y la declaración de voluntad del representante, que es propiamente la representación o negocio representativo. Desde el punto de vista objetivo o interno, la representación es un negocio de relación<sup>21</sup> que permite el comercio jurídico mediante la intervención de una persona que no es la realmente interesada en los negocios que celebra con terceros, sino un vehículo o instrumento de que se vale el representado para actuar y vincularse directamente con dichos terceros.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Rocco, *cit.*, núm. 78, p. 279, define así a la representación: “situación jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigida la declaración que aquél obra en interés ajeno y, consecuentemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad, se producen respecto al sujeto en cuyo interés ha obrado aquél.” El acto realizado por el representante es ajeno a éste, dice Pugliatti, *Sulla rappresentanza indiretta*, en su *Diritto Civile*, *cit.*, p. 190; “pertenece al principal” según Vivante, *cit.*, núm. 250, p. 305.

<sup>20</sup> Nattini, *cit.*, p. 92.

<sup>21</sup> Pugliatti, *Il rapporto di gestione...* *cit.*, pp. 166 y ss., y Vivante, *cit.*, núm. 248 bis, p. 304, la considera como un acto accesorio en tanto que Saggese, *cit.*, núm. 49, p. 74 afirma que se trata de un negocio autónomo, independiente del mandato. Volvemos sobre este tema en infra núm. 29.

<sup>22</sup> Rocco, *cit.*, núm. 82, p. 288, Popesco Ramnican, *cit.*, p. 13: “la representación... es la relación jurídica en virtud de la cual una persona se obliga frente a un tercero, en razón del acto ejecutado por su cuenta por su representante”. Este es también el concepto del “Agent” del derecho anglosajón: “a person employed to do any act for another or to represent another in dealings with third persons”; Pollock, *cit.*, p. 79.

De acuerdo con la distinción anterior tenemos, pues, en primer lugar un negocio jurídico —el poder o apoderamiento— del que nace la atribución de poderes o facultades al representante, que *siempre es unilateral*, puesto que se otorga y perfecciona por la voluntad exclusiva del representado, sin que el consentimiento o la aceptación del representante agregue nada a la perfección de tal apoderamiento. “Lo que llaman, dice Regelsberger, aceptación del poder es una declaración indiferente para el derecho, o bien, la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica, es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato.”<sup>23</sup> Tenemos, en segundo lugar, el negocio representativo mismo, es decir, aquel en el que interviene el apoderado —y no el poderdante— el cual, como dice Rocco, “encierra únicamente la declaración de voluntad del representante”.<sup>24</sup>

El estudio de la representación, consecuentemente, plantea como temas fundamentales, el negocio del que surge (apoderamiento) y aquel en el que se manifiesta (el celebrado por el apoderado con el tercero); pero, además, como cosa secundaria si se quiere, pero conveniente y hasta necesaria, plantea y supone el estudio del negocio o relación interna del que surge o con el que se conecta la representación; es decir, el estudio de los negocios jurídicos voluntarios que normalmente sirven de fuente a la representación, de los que, los más frecuentes son el mandato, la comisión, la factoría, la ratificación, el contrato de sociedad, ninguno de los cuales se identifica con la representación.

En dicha relación interna, principal y obligado (representado y representante a virtud del acto de apoderamiento) son partes, y generalmente ella tiene como objeto y contenido la gestión del representante por cuenta o en interés del principal; es decir, la celebración de una actividad jurídica no en beneficio del gestor sino de aquél por cuyo interés éste obra. De esta relación, el poder o apoderamiento constituye un pacto autónomo que se agrega y que impone que el gestor, no sólo obre por cuenta o en interés del dueño, sino también que sustituya a éste y obre a nombre del principal o dueño.

<sup>23</sup> Regelsberger *cit.* por Hupka, *cit.*, p. 91, quien sigue diciendo: “Y Wach dice acertadamente: ‘Decidir si el apoderado ha de hacer o no uso del derecho de representación que se le ha concedido es cosa que compete al mismo apoderado. Y si hace uso de él, no por eso crea la relación de apoderamiento, como no la impide ni extingue si no la usa.’”

<sup>24</sup> *Ob. cit., loc. cit.* Véanse también, Lenel, *cit.*, p. 371 y Hupka, *cit.*, pp. 44 y ss.: “en todos los casos, el representante y sólo él formula y declara la *voluntad inmediata y completa*, de realizar el negocio jurídico; la actividad jurídica del representante no consiste en completar la voluntad de apoderamiento... ni en trasmitirla sin alteración... sino en concebir y formular siempre la *inmediata disposición jurídico-voluntaria en su totalidad*. El principal no tiene *nunca* la voluntad inmediata de la declaración, sino solamente la voluntad de que el *representante* cree el negocio jurídico mediante su propia decisión relativamente tanto al resultado como a la acción”. Ver infra núm. 5.

#### 4. Importancia de la representación

Desde el punto de vista del representante, la representación requiere de las siguientes notas:<sup>25</sup> a) la atribución de un derecho o de un interés subjetivo; b) que dicho derecho o interés corresponda al representado; c) que el interés por el que obra sea lícito, o sea, no esté prohibido por el ordenamiento jurídico (artículo 2548 Código Civil); d) que tal derecho o tal interés puedan cumplirse por un tercero, como es el representante (se excluyen los actos personalísimos) y con cierta autonomía o independencia (en contraposición a un nuncio); e) que el representante goce de capacidad de ejercicio. No consideramos como nota esencial de la representación su carácter voluntario, tomada esta expresión tanto como acto querido y decidido en el que interviene el pleno consentimiento de las dos partes, cuanto como acto facultativo, libre, no forzoso ni impuesto para ellas. Por el contrario, creemos, en contra de la opinión de Messineo, que puede hablarse de representación no sólo en los negocios jurídicos voluntarios —representación voluntaria— como el poder, el mandato, la comisión, la procura, sino también en aquellos actos como la patria potestad, la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, en que la representación deriva del comando de una norma —representación legal o necesaria—.<sup>26</sup> En ambas figuras, existe una nota esencial, o sea, el actuar del representante a nombre y en interés del representado.<sup>27</sup>

La función y la importancia de la representación son claras y evidentes si se considera que el representado o principal, no sólo amplía enormemente el radio y el ámbito de sus actividades jurídicas y económicas al valerse de alguna o de varias personas (representantes) para vincularse con terceros (tanto en el

<sup>25</sup> De Marsico, *cit.*, pp. 50 y ss. autor que define así a la representación: "es una noción sintética y compleja por la que entendemos el otorgamiento y la aceptación de un encargo, de derecho privado o público, tendiente a obtener que un derecho o interés determinado, correspondiente a una persona, sea ejercitado o satisfecho por un tercero, quien no es su titular, con autonomía de poderes que, circunscritos a la naturaleza del encargo y a las determinaciones contenidas en él, constituyen un verdadero derecho subjetivo de la persona a la que se le confiere la capacidad de tal ejercicio autónomo" p. 69.

<sup>26</sup> Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Padua, 1931, núm. 76, p. 84: "representación legal en la que se pueda prescindir de la voluntad del titular del interés, si no es una contradicción *in adjecto*, es por lo menos una justificada anomalía o una expresión fácil sobre cuyo sentido verdadero no hay necesidad de engañarse". Ver también Hupka, *cit.*, pp. 13 y ss. En el mismo sentido del texto, Saggese, *cit.*, núm. 20, p. 36, criticando igual opinión a la de Messineo, de Perrozzi y Carnelutti.

<sup>27</sup> V. Fre, *L'organo amministrativo nelle Società Anonime*, Roma, 1938, núm. 8, p. 34. Es el propio Messineo, *ob. cit.*, núm. 75, p. 83 quien señala y enfatiza esta nota de *necesidad* de la representación legal, la que a su juicio desvirtúa o impide que se trate de una representación verdadera y propia. Prefiere él hablar de "ufficio" (*ibidem* núm. 77, pp. 84 y ss.).

lugar donde el representado opera, como lejos de su domicilio), sino que también en múltiples casos (sociedades, incapacitados, interdictos) requiere imprescindiblemente de la intervención de un representante —persona física— para relacionarse jurídicamente con los terceros.<sup>28</sup>

En otras ocasiones, sin que la representación sea legalmente forzosa, se vuelve imprescindible por la especialización técnica del representante (abogado, administrador de negocios) y por la amplitud y gran complejidad de los actos a que los hombres de negocios de nuestros días tienen que atender, lo cual únicamente logran con el nombramiento de representantes (gerentes) quienes adquieren un papel relevante en la actividad de las empresas.<sup>29</sup>

La actividad de las sociedades modernas y de los grandes capitanes de industria y hombres de negocios de nuestros días, que de manera tan complicada y tan variada desenvuelven sus actividades simultáneamente en distintos lugares y realizan funciones en campos diferentes y en materias especializadas y dispares (como puede ser el comercio, la banca, la industria, la actividad bursátil, los transportes, la edificación, etcétera), no podría desarrollarse sin la ayuda y colaboración de representantes que se pongan en contacto con terceros, y que a nombre del representado (la sociedad o el hombre de negocios) celebren los contratos, ejecuten los actos jurídicos, realicen los tratos que dicha actividad requiera. La representación multiplica, pues, la posibilidad del principal o representado, y permite su intervención en zonas y lugares distantes a aquél en que vive y trabaja y en materias que por su variedad y dificultad escapan a su atención personal, a su conocimiento y capacidad, pero no a la de los representantes especializados que nombra.

Porque, además, decíamos, esencial al negocio jurídico de la representación es que el contrato celebrado o el acto ejecutado por el representante, no pertenezcan a éste, sino a aquél por cuya cuenta y a cuyo nombre se obra, o sea, al representado,<sup>30</sup> ya que se entiende que el representante, al manifestar su voluntad como requisito esencial para la eficacia y validez del acto o del contrato en que interviene, actúa en interés o por cuenta de su representado, quien legal o contractualmente lo ha autorizado al respecto, como sostiene en nuestro derecho el artículo 1801 del Código Civil.

28 Rocco, *cit., loc. cit.*: La representación, dice, es una condición necesaria de existencia de las personas jurídicas. Nattini, *cit.*, p. 1, indica que la representación constituye una manifestación de la cooperación económica. Ver también, Müller Freinfels, *Law of Agency, cit.*, pp. 175 y ss. y Llewellyn, voz, *Agency*, en *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 1, The Macmillan & Co., 11<sup>a</sup> ed., New York, 1954, pp. 483 y ss.

29 "El gerente —dice Ortega y Gasset: 'Una vista sobre la situación del gerente o mánager en la sociedad actual', en *Pasado y porvenir para el hombre actual*, Madrid, 1962, p. 178, se ha convertido en el factor que está en primer término, que es la pieza principal, lo que los relojeros llamaban la rueda catalina."

30 Vivante, *cit.*, núm. 250, p. 305.

## ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

21

Por otra parte, la amplitud y el número de los actos que el representado puede atribuir al representante, es enorme, ya que salvo los actos personalísimos, que son excepcionales, en los que se requiere la presencia de la persona directamente interesada y la expresión y manifestación personal de su voluntad, en todos los demás cabe que él se valga de un representante para contratar y obligarse.<sup>31</sup>

Así pues, también por sus efectos en el patrimonio del representado y no del representante y por la amplitud de negocios en que puede manifestarse, se explica la importancia que tiene la representación en nuestros días. Constituye, indudablemente, un instrumento de la técnica jurídica, tan esencial en la vida moderna de relación como lo son la sociedad anónima, los títulos de crédito, etcétera.

### 5. La expresión del consentimiento en el negocio representativo

Desde hace más de un siglo la doctrina controvierte de quién es la voluntad en el negocio celebrado por el representante; si de éste, si del representado o de ambos. Savigny afirmó que la voluntad correspondía al representado y era expresada por el representante quien actuaba como un simple nuncio o mensajero, "un portador de una declaración ajena de voluntad".<sup>32</sup> Wundt sostuvo que es el representante quien manifiesta el consentimiento, ya sea mediante *la ficción* (y de aquí el nombre de la teoría) "de considerar existente en el representado una voluntad igual a la manifestada por el representante",<sup>33</sup> ya separando el sujeto de la acción (representante) del sujeto del interés (representado) y atribuyendo la voluntad a aquél, y a éste los efectos del negocio.<sup>34</sup> Mitteis propuso la teoría de la cooperación de las voluntades de ambos, debiéndose atribuir a cada una de las dos partes distinta participación en la celebración del negocio representativo.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Así lo indica el artículo 2548 del Código Civil. "Pueden ser objeto del mandato (*rectius*, de la representación) todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado"; Vivante, *cit.*, núm. 246, p. 303: "puede hacerse por medio de representantes todo lo que puede hacerse personalmente, salvo pocas excepciones fijadas expresamente por la ley". Ver también, Saggese, *cit.*, núm. 13, pp. 19 y ss. Como se sabe, ni siquiera la celebración del matrimonio —civil o canónico— constituye un acto en el que no puedan intervenir representantes a nombre de los contrayentes. Ver supra nota 14.

<sup>32</sup> Citado por Hupka, *cit.*, p. 37 y Saggese, *cit.*, núm. 21, p. 39.

<sup>33</sup> Windscheid, *cit.*, por Saggese, *cit.*, núm. 24, p. 41.

<sup>34</sup> Ihering, *cit.*, por Saggese, *ibidem*.

<sup>35</sup> Hupka, *cit.*, pp. 42 y ss. Saggese, *cit.*, núm. 28, pp. 47 y ss., quien, con Tartufari sigue a esta escuela en el derecho italiano: ambas voluntades coincidentes forman una sola voluntad distinta de aquéllas y que no constituye su suma, sino que es dife-

Para nosotros, es únicamente el representante quien manifiesta la voluntad y el consentimiento en el negocio representativo, sin que en este acto intervenga en absoluto el representado; éste interviene, sí, en el negocio previo, o sea el poder, que ciertamente forma parte del negocio representativo integral, y en tal poder, como dice Hupka,<sup>36</sup> establece las condiciones y los límites de la eficacia de la voluntad que expresa el representante en el negocio que celebre con el tercero. No hay aquí, como en la teoría de Mitteis, dos voluntades que se unen, sino "dos actos independientes, psicológica y jurídicamente distintos", que, sin embargo, se relacionan recíprocamente.<sup>37</sup>

Así pues, a diferencia de la actuación del nuncio en que el principal obra y quiere física y psicológicamente, en la representación, no es el principal sino el representante quien quiere y obra, psicológica y físicamente.<sup>38</sup>

Esta discusión no carece de interés práctico, como lo pretende Sraffa,<sup>39</sup> ya que es obvio que la validez y la eficacia de cualquier negocio representativo dependerá de la carencia de vicios de las voluntades que en él participen; y también, que los efectos del negocio celebrado por el supuesto representante recaigan en el patrimonio del principal, afecten al del representante, o se anulen, dependerá de los límites y las condiciones del apoderamiento fijados por la voluntad unilateral del poderdante.<sup>40</sup>

En efecto, por intervenir la voluntad del representante y no la del representado, en el negocio que aquél celebra con tercero se debe juzgar la validez del consentimiento de aquél y no la de éste;<sup>41</sup> b/s. y basta que la voluntad del representante no haya sido "dada por error, arrancada por violencia o sorprendida por dolo", como dice nuestro artículo 1812 del Código Civil,

rente y que a semejanza de la asamblea social en la que participan las voluntades individuales de los socios, es una voluntad *colectiva*. Se trata, según Saggese, de un acto complejo (pp. 50 y s.). La crítica de esta tesis en Neppi, *La rappresentanza*, Milán, 1961, p. 69.

<sup>36</sup> Cít., p. 45.

<sup>37</sup> Hupka, cit., p. 45 y Mosco, cit., núm. 56, pp. 136 y ss.; la crítica en Saggese, cit., núm. 27, pp. 45 y ss. Nattini, cit., pp. 2 y ss., sigue la doctrina de Hupka al definir así a la representación: "es el negocio jurídico ejecutado por la declaración de voluntad de una persona (el representante) que tiene idéntica eficacia a la que tendría si fuera ejecutado por declaración de voluntad del representado, en cuyo nombre aquél ha obrado."

<sup>38</sup> Así, casi literalmente, Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'Ordinamento Internazionale*, Milán, 1951, I, p. 136.

<sup>39</sup> Ob. cit., pp. 39 y ss.

<sup>40</sup> Saggese, cit., núm. 21, p. 38: "no hay quien no vea cómo dicho problema se presentará siempre que se quiera juzgar de la validez de un negocio representativo, en relación a la manifestación y a la coincidencia de la voluntad de los contratantes; como también, cuando se quiera decidir qué influencia puedan tener los vicios que acaso hayan afectado la manifestación de la voluntad misma del representado, del representante o del tercero".

<sup>41</sup> b/s Así, para el derecho argentino, Masnatta, *El factor de comercio*, Buenos Aires, s/f, pero 1961, pp. 68 y ss.

para que su manifestación sea válida, y vincule al representado, independientemente de que éste, respecto al negocio celebrado por el representante, lo conozca o desconozca; aunque, no obstante, dicha vinculación también dependa de que el representante obre dentro de las facultades concedidas; pero esto es problema ajeno al del consentimiento.

A su vez, en el negocio del apoderamiento en el que sólo la voluntad del representado interviene, ésta no debe ser dada por error, arrancada por violencia o sorprendida por dolo, porque si tal cosa sucediera, carecería de facultades el supuesto representante para celebrar negocio alguno frente a terceros, a nombre y por cuenta del representado, y en consecuencia, el acto o contrato celebrado, no produciría efectos frente al representado, sino en el mejor de los casos, frente al representante.

Analicemos, a la luz de nuestro derecho, estos distintos supuestos.

## 6. *El consentimiento en el poder*

El poder, como negocio unilateral que consiste en el consentimiento y la atribución de la representación por el poderdante, exige de éste, no sólo la capacidad de goce cuanto la de ejercicio, por lo que un menor de edad, no emancipado, o un interdicto no puede otorgarlo (artículo 1800 del Código Civil).<sup>41</sup> En esto se diferencia la representación derivada del poder, que siempre es voluntaria, de la representación legal del menor en los casos de tutela, y patria potestad, en que el representado, por hipótesis, es un incapaz.

Por lo que toca al apoderado, por el hecho de que es su voluntad y no la del representado la que interviene con la del tercero en la celebración del negocio, manifestando la representación, se exige también la capacidad jurídica y no meramente la natural como se sostiene en la doctrina extranjera.<sup>42</sup> Esta tesis se encuentra acogida expresamente por los artículos 310 del Código de Comercio para el factor; 308 del mismo Código para la comisión y 2595 fracción IV del Código Civil (por analogía), para el mandato. Rige en el caso, por otra parte, la regla general en materia de contratos establecida por el artículo 1798 del Código Civil: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley", y están exceptuados los menores; consecuentemente, no basta el discernimiento natural, sino que se requiere la capacidad jurídica que se obtiene con la mayoría de edad (artículos 1795 fracción I, 23, 646, 647 del Código Civil) o con la emancipación, para recibir y ejecutar un poder.

<sup>41</sup> De acuerdo, Hupka, *cit.*, pp. 125 y ss. Saggese, *cit.*, núm. 59, p. 58, para los derechos alemán e italiano de su tiempo.

<sup>42</sup> La discusión más amplia de este punto, en *infra* núm. 36. Cfr. Hupka, *cit.*, p. 48; Saggese, *cit.*, núm. 65, pp. 104 y ss.

El consentimiento del poderdante, además, debe estar exento de vicios; y así, si al otorgar el poder el principal incurre en un error de los que la ley señala como motivos de invalidez, o sea, error sobre la persona del apoderado (dados que se trata de una relación de confianza), o sobre el motivo determinante de la voluntad del poderdante (artículo 1813 del Código Civil), éste puede invocar tal vicio (artículo 2230 del Código Civil) e impugnar su declaración para que se considere nulo al poder desde su otorgamiento.

Ahora bien, esta anulación del poder, trasciende de las relaciones entre representado y representante, y afecta al negocio o negocios celebrados por éste con terceros, independientemente de que la voluntad del representante, en dicho negocio, sea perfecta y no haya incurrido en esos u otros errores. Anulado el poder, como éste, según veíamos, es el supuesto de las facultades del apoderado, y como fija los límites y las condiciones del consentimiento otorgado por dicho apoderado frente a terceros, destruye también los actos representativos fundados sobre el mismo.<sup>43</sup> Es esto lo que establece el artículo 1802 del Código Civil: "Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos..."

Por lo que respecta a dolo, si éste proviene del principal, es decir, si el poderdante a través del poder, trata de engañar a cualquiera de los destinatarios de dicho negocio (apoderado o tercero), el poder es nulo. Lo es igualmente, si el dolo procede del apoderado (parte en sentido formal del negocio de apoderamiento) y consiste en engañar al principal para que otorgue el poder; y también es nulo si el tercero obra con dolo para engañar al principal, a efecto de que otorgue el poder; en este último caso, sin embargo, se requiere el conocimiento por el apoderado del proceder doloso del tercero (ver artículo 1816 del Código Civil que se aplica en cualquiera de los supuestos anteriores).<sup>44</sup>

De acuerdo con los términos del artículo 1817 del Código Civil, el proceder doloso de "ambas partes", convalida el negocio y releva de responsabilidad. Consecuentemente, si tanto el principal como el apoderado, obran con dolo, el poder es válido y ninguna de dichas partes pueden impugnarlo; de igual manera, creemos que sería inatacable el poder si en el dolo participan el principal y el tercero-destinatario, con tal que dicho vicio sea ignorado por el apoderado, al tiempo de recibir el poder y de concertar el negocio con el tercero. Esta última solución se justifica, porque respecto a los efectos del negocio es ajeno el apoderado, y por ello carecería de interés jurídico que promoviera la anulación del negocio representativo, o del poder y representación con que lo celebró.

<sup>43</sup> De acuerdo, para el derecho alemán y austriaco, Hupka, *cit.*, p. 135.

<sup>44</sup> Sobre problemas de dolo, ver principalmente Hupka, *cit.*, pp. 145 y ss.

Como en el caso del error, anulado el poder por dolo, caen por tierra los actos o negocios celebrados por el apoderado, por aplicación del artículo 1802 del Código Civil.

La primera nota supone por una parte y en relación con el representado, o no en el negocio, anula a éste, según indica el artículo 1818 del Código Civil. Por tanto, la intimidación y el empleo de fuerza física, en los términos del artículo 1817, del principal sobre el apoderado; de éste sobre aquél, o de cualquier tercero sobre uno u otro, para la concesión del poder, produce la nulidad de dicho apoderamiento, y como consecuencia, de los actos o negocios celebrados por el representante.

Por último, debemos distinguir "los casos de influjo ilícito sobre el principal en el otorgamiento del poder, del dolo o la violencia ejercidos sobre el representante al concluir el negocio representativo. Dolo y violencia en este caso (y lo mismo podríamos decir del error) no afectan al poder en lo más mínimo, sino solamente al negocio del representante; en el otro caso, por el contrario, afectan en principio únicamente al poder, y sólo a través de éste, alcanzan indirectamente al acto representativo."<sup>45</sup>

## 7. Elementos o notas esenciales de la representación

En toda relación representativa, tanto en la *voluntaria*, como en la *legal* o *no voluntaria*, o sea, la impuesta por una norma del derecho positivo (patria potestad, tutela, sindicatura, albaceazgo, etcétera), dos son las notas esenciales que la caracterizan, a saber: que el representante obre a nombre del representado, y que el acto o negocio que aquél celebre como representante, le sea ajeno por corresponder o pertenecer al representado.<sup>46</sup>

La primera nota supone por una parte y en relación con el representado, que éste declare "ser el sujeto del fenómeno representativo", ya sea previamente mediante el otorgamiento del poder o procura, ya posteriormente, mediante la ratificación del acto;<sup>47</sup> por otra parte, respecto al representante, supone que se ostente como tal ante los terceros con quienes contrata, es decir, que actúe abiertamente obrando a nombre del representado (*contemplatio domini*), y que no oculte la relación con éste, como sucede en la llamada *representación*

<sup>45</sup> Hupka, *cit.*, pp. 150 y ss.

<sup>46</sup> Sobre estos temas ver Pugliatti, *cit.*, pp. 309 y ss. y Zangara, *cit.*, pp. 27 y ss.; Messineo, *cit.*, núm. 78, p. 85 sostiene que el albacea (de acuerdo con el Código Civil italiano, 1865) obra a nombre propio y no de un interés ajeno, que en la herencia yacente sería inexistente; el albaceazgo, dice, es un "oficio", y no una representación legal.

<sup>47</sup> Nattini, *cit.*, p. 44.

*indirecta*,<sup>48</sup> en la que el “representante” actúa a cuenta o por interés del “representado” pero a nombre propio; o sea, que se ostenta ante el tercero como el interesado directo, por lo que éste no entra en relaciones con el representado, quien permanece oculto e ignorado.<sup>49</sup>

Supone, por otra parte, dicha primera nota, que el representante obra por el representado, es decir, que actúa para adquirir o afectar un derecho subjetivo de éste, para atribuirle los efectos patrimoniales de los derechos que adquiera o de las obligaciones que asuma en sus relaciones con terceros;<sup>50</sup> “su función se agota normalmente, dice Mosco,<sup>51</sup> con la estipulación del negocio y no se refiere a los efectos del mismo”; supone en suma, que para el representante es ajeno el negocio en que interviene, sin que exista ningún negocio simulado el cual se caracteriza precisamente por la situación opuesta, es decir, porque el negocio es propio y hay un obrar en interés y por cuenta propia pero  *fingiendo o simulando* actuar por cuenta y a nombre de un tercero; por esta razón, los efectos de la actividad y de la conducta del representante se reflejan y recaen en el patrimonio del representado, quien responde y se obliga por los actos ejecutados por aquél.

Desde este último punto de vista, se diferencia también la representación directa de la indirecta, en cuanto que siendo en ambas ajeno al interés del representante el negocio o el acto que éste celebra con el tercero, en aquélla el tercero sabe y conoce que el negocio y el acto en que intervienen y que celebra con su contratante no pertenece a éste sino a quien otorgó la representación; en tanto que en la representación indirecta el tercero ignora que el negocio es ajeno a su contraparte.<sup>52</sup> En cambio, desde el punto de vista interno, o sea, en las relaciones entre representado y representante, la actuación de éste en interés o por cuenta de aquél, es común en ambas figuras, por lo que es también común el hecho importantísimo de ser el negocio ajeno al representante, por corresponder y pertenecer al representado.

<sup>48</sup> Respecto a la validez y utilidad de esta expresión, a pesar de las críticas fundamentales de la doctrina que en la actualidad unánimemente niega el tratarse de *representación*, ver la opinión que compartimos de Pugliatti, *Sulla rappresentanza indiretta*, *cit.*, pp. 199 y ss., que comprende los términos representación directa e indirecta, con una referencia genérica “*representación de intereses*”. En contra del empleo de la expresión, representación indirecta, Lerebours Pigionnière, *cit.*, pp. 3 y ss. por no tratarse de representación, aunque sin proponer un término o mención que la sustituya.

<sup>49</sup> Schlossman, *cit.*, por Nattini, *cit.*, pp. 95 y 117: “obrando en nombre propio estamos fuera de la representación”. Ver también Pugliatti, *Sulla rappresentanza...* *cit.*, p. 187, que cita también a Schlossman. En el derecho inglés, ver Pollock, *cit.*, p. 79 (*where the alleged principal is not named*).

<sup>50</sup> Pugliatti, *Sulla rappresentanza...* *cit.*, p. 191: “la representación directa es en suma representación de voluntad y representación de interés...”

<sup>51</sup> *Ob. cit.*, núm. 20, p. 64.

<sup>52</sup> V. Pugliatti, *Sulla rappresentanza...* *cit.*, p. 190.

## ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

27

La segunda característica, consecuencia del obrar a nombre del principal, es que el acto o negocio celebrado por el representante, no sea de éste, sino de aquél a cuyo nombre y por cuyo interés obra, de tal manera que (en la representación directa que es la que ahora consideramos) el tercero con quien el representante trata no se relaciona con éste, sino que se relaciona inmediata y directamente con el representado, tanto para la adquisición de derechos (adquisición de dominio, entre ellos) como para la asunción de obligaciones (verbigracia enajenación de propiedad).<sup>53</sup> Es, pues, el representante y la representación misma, a semejanza de otras actividades afines como las realizadas por el nuncio, el mediador, el agente, un mero instrumento jurídico para que el representado se vincule con tercero mediante la intervención del representante; pero, a diferencia de estos negocios, el representante manifiesta y hace valer su propia voluntad, y no meramente la del representado, en la celebración y ejecución de los actos y negocios jurídicos (artículo 2546 del Código Civil).

### 8. Representación voluntaria y representación legal

Ahora bien, la intervención del representante puede ser necesaria o meramente facultativa; aquélla, se refiere a la representación legal<sup>54</sup> atribuida a los menores de edad, a los interdictos, al quebrado; la facultativa, en cambio, proviene de un acto, de una decisión libre del representado (representación voluntaria), a través de un acto unilateral meramente; de dicho acto (poder o procura) que se agregue a un contrato esencialmente representativo (factoría), o que forma parte de un contrato que puede o no ser representativo (mandato, comisión).

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 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 aquel por

<sup>53</sup> Nattini, *ob. cit.*, p. 92; Cheshire, *cit.*, p. 374.

<sup>54</sup> La representación, que se confiere por las sociedades es, por una parte, necesaria o forzosa, y por la otra voluntaria. De acuerdo, Saggese, *cit.*, núm. 16, pp. 25 y ss. Pugliatti *cit.* por Zangara, *cit.*, p. 19, distingue *legal de convencional* y *necesaria de voluntaria*. La primera se refiere a la fuente, la segunda a las características de la representación.

quien actúa”,<sup>55</sup> aunque también obra en lugar de éste.<sup>56</sup> Además, mientras en la representación voluntaria el representante *debe* usar 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 representado no es esencial, ya que por disposición del ordenamiento legal los efectos de la actividad del representante se producen en el patrimonio del representado, independientemente de que aquél use o no el nombre de éste.<sup>57</sup>

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 (menor de edad o interdicto), o no está legitimado (caso del quebrado a quien representa el síndico, o del heredero en la herencia en la que actúa el albacea); y desde este punto de vista se asimila a la legal la representación de las personas morales, las cuales necesitan de la persona física (gerente, administrador a quien corresponda la firma social, apoderados) 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 o principal acudir a la representación para la celebración del o de los negocios, o bien, hacerlo personal y directamente (nota esta que no se da en materia de sociedades en las que, como ya decíamos, la representación es forzosa, por la índole de la persona moral, que requiere una persona física —representante— 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 encarga al representante,<sup>58</sup> y quien, además, manifiesta expresamente su voluntad respecto al fenómeno representativo, ya sea contemporáneamente (apoderamiento expreso, poder o procura), o a posteriori mediante la ratificación del acto o negocio celebrado por el gestor o representante.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Nápoles, 1954, núm. 59, p. 250; Sconamiglio, pp. 65 y ss. y Zangara, *cit.*, pp. 12 y ss.

<sup>56</sup> Zangara, *cit.*, p. 26, distingue, con razón, el obrar en lugar del representado, del obrar según la voluntad del representado. Esto último no es representación, porque “no hay una trasmisión mecánica de voluntad, como sucede en el caso del nuncio”, y porque también existe representación, cuando el representante actúa contra la voluntad del representado.

<sup>57</sup> Santoro-Passarelli, *cit.*, p. 251 y Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione...* *cit.*, pp. 83 y ss.

<sup>58</sup> Nattini, *cit.*, p. 4.

<sup>59</sup> Nattini, *cit.*, pp. 44 y 93 y Popesco Ramniceano, *cit.*, p. 261.

## ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN

29

Asimismo, mientras en la representación legal la actividad del representante es independiente y hasta puede 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 factor y del gerente que aunque es general, admite restricciones siempre que ellas no atenten contra su naturaleza (ver infra núm. 25); 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 de todo el mundo, según el principio del conocimiento inexcusable del derecho (ex-artículo 21 del Código Civil), en tanto que las limitaciones al representante voluntario (así como del representante social) deben llevarse a conocimiento de los terceros contratantes para que surtan efectos frente a ellos, y para liberar al representado en caso de que el apoderado actúe excediéndose en sus facultades.

Se puede también distinguir la representación voluntaria de la legal, en cuanto que en ésta y no en aquélla está limitada la voluntad y la capacidad de obrar del representado.<sup>60</sup> 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. En el caso de las sociedades, la representación es *necessaria* (porque las sociedades sólo a través de representantes actúan), pero *facultativa*, en cuanto el carácter de representante (administrador, gerente, apoderado) generalmente no se impone (sí, en el caso de las sociedades personales en que el socio es, *per se*, representante), sino que libremente se 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.<sup>61</sup>

Algunos autores distinguen, al lado de la representación voluntaria y de la representación legal, la *representación institucional*, que sería, con palabras de

<sup>60</sup> Ver Rocco, *La rappresentanza delle Società Commerciali, nel Giudizio di Cassazione*, en *Studi di Diritto Commerciale ed altri Scritti Giuridici*, Roma, 1933, t. I, p. 382 y Mosco, *cit.*, núms. 2 y ss., pp. 20 y ss.

<sup>61</sup> Ver en sentido semejante, Santoro-Passarelli, *cit.*, p. 251 y Seconamiglio, *cit.*, p. 66.

Zangara, aquella “conectada íntimamente... al reconocimiento de la personalidad o a la estructura de una institución (como las sociedades) que para obrar exige necesariamente una representación, de la cual el ordenamiento establece las necesidades y los límites”;<sup>62</sup> en rigor, esta representación es voluntaria en cuanto a sus límites y la persona del representante que la ejerce, aunque también sea forzosa —como la legal— en cuanto que la persona moral o la “institución” requiera imprescindiblemente del representante —persona física— que realice el comercio jurídico con los terceros. Esta norma, sin embargo, no podría caracterizar a esta forma de representación como legal (como tampoco lo sería aquélla otorgada a una sociedad la cual para ejercitárla tendría que valerse de un agente), ni justifica un *tertium genus*.

<sup>62</sup> Zangara, *ob. cit.*, pp. 29 y ss.