

Primera parte

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

| | |
|------------------------|----|
| 1. Concepto | 11 |
| 2. Evolución histórica | 13 |

PRIMERA PARTE
LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA
EN DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Concepto*

Entendemos por representación, la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro; es decir, el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico.

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 aquel a cuyo nombre se obra.

Representante es quien obra a nombre de otro; representado es aquel 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 en la factoría.

Por otra parte y como después veremos con mayor detenimiento, la representación deriva de la voluntad y del acuerdo de las partes (*representación voluntaria*), o de la ley (*representación legal*). Aquella, puede derivar o tener como fuente meramente un acto unilateral (poder o procura, ratificación), o bien, que el poder o la atribución de facultades vaya acompañada de la aceptación del representante, caso en el cual tenemos un contrato (verbigracia mandato y comisión representativa, factoría, administración en las sociedades anónimas).

La representación legal, la otorga el ordenamiento positivo a los menores (patria potestad), a los ausentes e interdictos (tutela), a las sociedades personales en algunos casos (ver infra núm. 55), así como en ciertas situaciones en que el representado no puede obrar (albaceazgo, sindicatura).

Por último, debemos distinguir en la representación voluntaria, la concesión o atribución de facultades para que el representante obre a nombre del representado, de la ejecución de estas atribuciones o facultades por el representante, frente a terceros.

El primer negocio, la atribución de facultades por el representado al representante, se integra, en la representación voluntaria, por el *apoderamiento* o *poder* que el representado otorga, y el cual es un acto unilateral, dirigido al representante y al tercero o terceros que con aquél habrán de contratar,¹ independientemente de que este acto o negocio unilateral vaya con frecuencia ligado y vinculado con un contrato (factoría, mandato, comisión) (ver infra núms. 23 y 29).

Es por otra parte y según sostiene la moderna teoría sobre la representación, un negocio de carácter autónomo, puesto que es independiente de cualquiera relación interna que exista entre representado y representante, y se otorga también independientemente de esta previa relación interna, de *gestión* generalmente, con el fin de que el representante se vincule con terceros, planteándose una relación externa en la que el principal no interviene y no es parte en el sentido formal.²

El ulterior negocio o negocios, puesto que pueden ser múltiples, que el representante celebra con el tercero (que constituye propiamente el aspecto representativo de la relación jurídica), puede ser cualquiera de los regulados por el Ordenamiento, e inclusive puede tratarse de un negocio innominado, y aunque en él el representado no participa, le pertenece y afecta a su patrimonio, y no al del representante cuya voluntad, con la del tercero, son las únicas que intervienen en dicho negocio.

Supone, pues, la representación, por una parte, un *negocio de sustitución*³ del representado por el representante; y por otra parte la afectación de un patrimonio ajeno (el del representado) por el comportamiento del sustituto.

¹ El carácter unilateral y recepticio del poder, en los términos que se indican en el texto, en Hupka, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1930, pp. 91 y ss. y 106 y ss. V. también, para la doctrina alemana, Lenel, *Mandato y poder*, en Rev. Der. Priv. española vol. ix, 1924, pp. 371 y ss. autor para quien, sin embargo, el poder se dirige al tercero, no al representante (p. 376).

² Hupka, *cit.*, pp. 109 y ss. y Pugliatti, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, en *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965, pp. 158 y ss.

³ Cariota Ferrara, *Il negocio giurídico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1949, núm. 152, p. 644. Según Pugliatti (*ob. ult. cit.*, pp. 160 y ss.) la relación representativa consta de dos elementos, el *encargo* del principal al agente y la *contemplatio domini*, "es decir un comportamiento especial del agente frente a terceros (obrar en nombre de otro) a cuya virtud, haciéndose conocer de estos como cooperador y sustituto del principal y revelando, al mismo tiempo, la existencia y el contenido de la relación de gestión, pone a ésta como punto de referencia y de atracción respecto de los contratos que celebra." Sobre la *contemplatio domini*, ver infra núms. 9 y 28.

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

13

2. *Evolución histórica*

A pesar de su importancia, la representación fue desconocida en el Derecho Romano anterior a Justiniano,⁴ ya que en general, el Derecho Romano clásico no admitió que un acto o negocio jurídico celebrado por una persona (el representante) produjera efectos en otra (el representado), sino que consideró que el acto realizado por el representante producía efectos en el patrimonio de éste, y sólo mediante una trasmisión posterior podía tener efectos en el patrimonio del representado.⁵ 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 trasmisión ulterior entre ellos.⁶

⁴ Schulz, *I principii del Diritto Romano*, trad. it., Florencia, 1949, p. 25, y en p. 137: "Respecto al liberalismo del Derecho Romano privado no es superfluo hacer resaltar que ninguna de las instituciones jurídicas del capitalismo moderno (la carta de crédito, el título al portador, la acción, la letra de cambio, la sociedad comercial en su forma moderna y capitalista, la hipoteca como inversión de capitales, la representación directa) proviene del Derecho Romano". Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, trad. esp., Madrid, 1931, núm. 77, p. 273; Popesco Ramnicanu, *De la Representation dans les actes juridiques en droit comparé*, París, 1927, pp. 25 y ss.; Vivante, *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp. de la 5^a ed. it., Madrid, 1932, vol. I, p. 302; Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Padua, 1952, pp. 5 y ss., y Mossa, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Milán, 1942, I, núm. 604, pp. 496 y ss., respecto a la representación del factor.

⁵ Sobre este punto véanse, principalmente, Maynz, *Cours de Droit Romain*, 5^a ed., Bruselas-París, 1891, II, pfos. 221 y s., pp. 256, 260 y ss.; Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it., de Fadda y Bensa, Turín, 1902, I, p. 282; Lerebours Pigionnier, *Du Prete-Nom, mandataire au Gerant d'affaires agissant en nom propre*, Tesis, París, 1899, pp. 4 y 148, en p. 37, con la referencia a las acciones civiles y pretorianas derivadas del mandato; Riccobono, *Lineamenti della doctrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, en *Studi di Diritto Commerciale* in onore di Cesare Vivante, Roma, 1931, II, pp. 125 y ss.

⁶ Scialoja, *Negoci giuridici*, 5^a ed., Roma, 1950, p. 219; Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17^a ed., Madrid, 1928, p. 225: "Es necesario que un nuevo negocio jurídico transfiera a éste (al *dominus negotii*) los efectos nacidos del primero... La llamada 'representación indirecta' no es, pues, en realidad, tal representación y cuando se dice que el Derecho Civil romano sólo admite esta clase de representación... tanto vale afirmar que, en principio, se mantiene adverso a la institución representativa" y Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en su *Diritto Civile*, Milán, 1951, pp. 311 y ss., respecto a la llamada representación indirecta, o sea, aquella en la que el "representante" obra a nombre propio, ocultando que actúa a nombre del principal. Este último autor afirma, que en el derecho italiano vigente el mandante adquiere automáticamente por virtud del acto realizado por su cuenta por el mandatario y que corresponde a aquél —según el art. 1706 del *Codice Civil*— el derecho de reivindicación frente al mandatario adquirente. Véase también pp. 292 y ss., en que dicho autor niega que en el caso de la "representación indirecta" se requiera una nueva trasmisión del mandatario al mandante. "Si se trata de derechos de crédito —afirma— el mandante puede, sustituyendo al mandatario, ejercitálos directamente (art. 1705 último párrafo); si se trata de cosas muebles puede reivindicarlas (art. 1706); si se trata de inmuebles o de muebles registrados puede obtener la ejecución forzada en forma específica de la obligación de transferir (art. 1706 último pfo. y 2932)". Ver infra núm. 10.

*Per extraneam personam nobis adquiri non potest,*⁷ fue la regla que rigió no sólo en el Derecho Romano clásico, sino en el justiniano,⁸ aunque en éste fueron ya admitidas importantes excepciones en que se reconocieron efectos, parciales al menos, de la representación.⁹ Las excepciones más notables se dieron precisamente en materia comercial en aquellas instituciones reguladas por el Derecho Romano, la *actio institoria* y la *exercitoria*; en aquélla, y ya para el derecho clásico, el *dominus negotii* respondía de las obligaciones asumidas en el comercio de la nave por el *institor* (factor), quien recibía mandato a virtud de la *preposizione institoria*; y la acción de los terceros contra el *dominus negotii* se llamaba precisamente *actio institoria*; sin embargo, según Scialoja, a quien seguimos en esta materia, el *dominus negotii* carecía en general de acción contra los terceros respecto a los derechos adquiridos del *institor*, y sólo éste podía demandarlos, a no ser que cediera su acción a aquél.¹⁰ A su vez, el *institor* resultaba obligado, pero no por virtud de una representación, que insistimos, el Derecho Romano desconoció, sino como una consecuencia de equidad “que el pretor deduce de la relaciór material existente entre el *dominus* y el contrato celebrado con su voluntad”.¹¹

Por otra parte, ninguna de estas acciones permitía que 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 principal resultaban obligados solidariamente,¹² que es la situación que se da entre nosotros con el factor que obra a nombre propio, aunque en dicho caso no exista representación, o sólo exista la llamada representación impropia o indirecta (artículo 341 Código de Comercio) (ver infra núm. 28).¹³

El Derecho Canónico acogió ya la institución de la representación, prescindiendo de las limitaciones del Derecho Romano. Ello, dice Saggese, “era

⁷ Rocco, *cit.*, núm. 78, p. 275; Popesco Ramnicanio, *cit.*, p. 26; Scialoja, *ibidem*, p. 220 y Sohm, *cit.*, p. 222.

⁸ Scialoja, *cit.*, pp. 220 y ss.

⁹ En materia de adquisición de la posesión, véanse por ejemplo, Scialoja, *ibidem*, pp. 222 y ss.; Windscheid, *cit.*, pp. 283 y ss.; Popesco Ramnicanio, *cit.*, pp. 58 y ss.

¹⁰ Scialoja, *cit.*, p. 227. Maynz, *cit.*, pfo. 223, pp. 266 y ss., sí admite la acción del dueño contra los terceros, “pero solamente en casos de absoluta necesidad”; *si modo aliter rem suam servare non potest*. Sobre las excepciones citadas en el texto y otras, Riccobono, *cit.*, pp. 132 y ss. y Zangara, *cit.*, pp. 6 y ss.

¹¹ Hupka, *cit.*, p. 77 quien agrega: “No porque los contratantes hubieran querido obligar al *dominus* y manifestar tal voluntad expresa o tácitamente —lo cual hubiera determinado en el derecho romano la nulidad del contrato— sino porque, obteniendo el *dominus* por virtud de la relación de potestad o de gestión los beneficios del negocio, le alcanzaban las cargas del mismo.”

¹² V. Saggese, *La rappresentanza*, Nápoles, 1933, núm. 3, p. 7.

¹³ Sobre representación del factor en Roma, Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 2^a ed., Madrid, 1955, p. 547 quien afirma que el tercero tenía dos obligados: el principal y el factor. Sohm, *cit.*, p. 223 aclara que el derecho pretorio obligaba al principal frente a los terceros (*actio institoria*) “en derecho civil, por el contrario, es el representante quien responde... y contra él se dirige como *actio directa*, la acción contractual.”

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

15

consecuencia lógica de aquella profunda tendencia ética que alimentaba a todo el Derecho Canónico, y que colocaba en lugar superior a la buena fe para contratar, y a la corrección en la celebración de los contratos... La obligación, consecuentemente, asumía un carácter verdaderamente económico, y con ello el Derecho Canónico influye profundamente en la vida comercial, que ya en aquella época surgía y se desarrollaba vigorosamente en las ciudades italianas, haciendo sentir su influjo, inclusive a través de los estatutos municipales".¹⁴

"La construcción dogmática de la representación nos llega directamente de la doctrina germana... que aprovechando la amplia preparación científica del Código Civil alemán hizo objeto esta materia de una tratación especial en el libro I, sección 3^º de los actos jurídicos, aplicable también a los negocios mercantiles..."¹⁵

"La representación es, en la concepción de este código, una institución general que engloba tanto los casos de representación legal como los que derivan de la voluntad de las partes. Su campo de aplicación no coincide, pues, con el del mandato, porque aquél es más extenso que éste, ya que puede descansar tanto en la ley como en el contrato, mandato, arrendamiento de servicios, sociedad. El Código Civil alemán consagra a la representación su Título 5º (parágrafos 164 al 181) donde sólo se reglamenta, entiéndase bien, la representa-

¹⁴ Saggese, *cit.*, núm. 9, pp. 13 y ss. Ver también Müller-Freinfels, *Law of Agency*, en The Am. Jour. of Comp. Law, vi, p. 167: "El derecho natural planteó por primera vez el desarrollo sistemático de la representación voluntaria (*authorized agency*) después de que el derecho canónico en 1298, en la Bonifatiana había autorizado la representación (más correctamente, actuando a través de un *nuntius*) en el acto del matrimonio." Corresponde a los Cánones 1088 y 1089 actuales: 1088. Para contraer válidamente matrimonio es preciso que los contrayentes se hallen presentes o en persona o por medio de apoderado... "1089... para que pueda celebrarse válidamente matrimonio por procurador se requiere poder especial para contraer con una persona determinada, firmado por el poderdante y además por el párroco u ordinario del lugar en donde se otorga el poder, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos... si antes de que el procurador haya contraído matrimonio en nombre de su poderdante, revoca éste el poder o cae en ausencia, es inválido el matrimonio, aunque el procurador o la otra parte ignoren esto". Del mismo autor, ver *Legal relations in the Law, of Agency: power of agency and commercial certainty*, Am. Jour. of Comp. Law, XIII, pp. 194 y ss., en donde, sin embargo, concluye: *the medieval community was satisfied with no more than a rudimentary concept of agency*.

¹⁵ Vivante, *ob. cit.*, núm. 246, p. 262 (ed. it.), Müller-Freinfels, *Legal relations* *cit.*, pp. 197 y ss. y *Law of Agency* *cit.*, pp. 171 y ss.; Popesco Ramnicanu, *cit.*, pp. 371 y ss. Hupka, *cit.*, p. 17 afirma que para el derecho privado alemán la doctrina de la representación es "*ius receptum*" a partir del siglo XVII. El derecho alemán, a su vez, fue influenciado por el canónico, según Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milán, 1933, p. 3. Ver también, Rocco, *cit.*, loc. ult. *cit.* "Necesitamos descender hasta el siglo XIII para encontrar que la representación se afirma en la historia de manera decisiva", según Schupfer *cit.* por Brugi. *Della capacità giuridica dei rappresentante*, en RDC, 1916, I, p. 430. "El Código Civil francés —dice Popesco Ramnicanu, *cit.*, p. 193— no construyó una teoría general de la representación; fiel a la teoría romana sólo habla de mandato y de gestión de negocios."

16 LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN DERECHO PRIVADO

ción directa, ya que la indirecta, pese a la opinión de ciertos autores, es todo lo contrario de la representación.”¹⁶

Entre nosotros, a pesar de la doctrina inicial de los autores germánicos, y de toda la doctrina moderna que analiza y distingue la representación,¹⁷ nuestros textos positivos (códigos civiles y Código de Comercio) aún son omisos en la reglamentación de la representación, y sólo tratan de negocios y actos relacionados con ella, como los casos de mandato (artículos 2546 y siguientes del Código Civil), comisión (artículos 273 y siguientes del Código de Comercio), gestión de negocios (artículos 1896 y siguientes del Código Civil), ratificación (artículo 1906 del Código Civil). Sin embargo, tanto el Código Civil (artículo 2560), como el Código de Comercio (artículo 283) distinguen implícita pero muy claramente la representación del mandato (civil o del comercial, o sea la comisión), al permitir que el mandatario o el comisionista obren a nombre propio, lo que significa que nuestros legisladores, siguiendo al derecho alemán e italiano, separan ambas figuras, permitiendo que haya mandato sin representación y representación sin mandato (verbigracia gestión de negocios, poder).¹⁸

¹⁶ Popesco Ramniceano, *cit.*, pp. 373 y ss. Ver en este mismo sentido Nattini, *La dottrina generale della rappresentanza*, Milán, 1910, p. 116; Müller-Freinfels, *Legal relations* *cit.*, pp. 198 y ss. y Hupka, *cit.*, p. 14.

¹⁷ Para el derecho inglés, véanse, por ejemplo, Pollock, *Principles of Contract*, 13^a ed., Londres, 1950, pp. 79 y ss. y Cheshire, *The Law of Contract*, 3^a ed., Londres, 1952, pp. 373 y ss.; para el derecho italiano, De Marsico, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milán, 1915, p. 50.

¹⁸ V. Mosco, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, trad. esp., Barcelona, 1963, núm. 19, p. 63. Sobre la distinción en el derecho italiano de ambos conceptos, en C. Civ. de 1865 (art. 1744) y no en el C. Co. de 1882 (art. 349), ver Saggese, *cit.*, núms. 47 y ss., pp. 69 y ss.