

La representación negocial

Del derecho romano a la codificación latinoamericana

Giovanni Priori Posada

Abogado. Magister por la Università di Roma 'Tor Vergata'.

Profesor de teoría general del proceso en la Pontificia

Universidad Católica del Perú.

Miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*

1 Introducción.

En el ámbito de la ciencia jurídica son diversas las formas de aproximarse a un tema para su estudio. El presente artículo es sólo una forma de aproximación al instituto de la representación, forma que ha implicado el desarrollo de un método de trabajo comparativo a nivel diacrónico y sincrónico. El primero de ellos supone la visión de la evolución de la institución a lo largo del tiempo. El segundo de ellos pretende dar una visión comparada dentro de un mismo espacio temporal del instituto estudiado. Este método pretende brindar mayores elementos de juicio que le permitan al lector una mejor comprensión del instituto bajo estudio.

2 Algunos alcances sobre la noción de representación.

Los sujetos, en ejercicio de su autonomía privada, pueden regular los intereses de los que son titulares. En ese sentido, la titularidad de los intereses se constituye en un presupuesto del negocio jurídico que se celebre para regularlos. De ahí que, por enunciación de principio, un sujeto ajeno a los intereses que se desean regular, no puede hacerlo. Se requiere pues, tener legitimación.

No es ésta la sede para entrar a un estudio profundo del instituto de la legitimación, nos baste solamente decir que ésta es definida por Carnelutti como la "*idoneità giuridica dell'agente ad essere soggetto del rapporto, che si svolge nell'atto*"⁽¹⁾. Asimismo, Betti define a la legitimación como "*una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare*"⁽²⁾.

Ahora bien, la legitimación no sólo se presenta como una calidad originaria en la persona titular de los intereses que se desean regular. Pueden existir casos en los que una persona ajena a dichos intereses, los regule; pero para que ello sea eficaz aquélla debe estar autorizada, y en consecuencia debe tener una legitimación derivada. La legitimación derivada, para el caso que nos ocupa, implica que una persona, a pesar de no ser titular de los intereses a regular, celebra negocios jurídicos que tendrán eficacia directa en la esfera jurídica del verdadero titular de los intereses; siempre que aquélla haya sido autorizada para ello por la ley o por el propio titular de los intereses. Este tipo de legitimación derivada es lo que se conoce como **representación directa** o, a fin de ser más precisos en los conceptos, simplemente como representación.

La representación se presenta entonces, en aquellos casos en los que una persona celebra un negocio

(1) Traducción libre: "idoneidad jurídica del agente para ser sujeto de la relación que se desarrolla con el acto". CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998. Reimpresión de la Tercera edición de dicha obra publicada por la Soc. Ed. Del "Foro Italiano", 1951. p.238. Recomendamos especialmente la lectura de esta obra para estudiar el instituto de la legitimación en el pensamiento de Carnelutti, en especial las páginas 176 y ss; y la 238 y ss.

(2) Traducción libre: "una específica posición del sujeto respecto de los intereses que se desean regular". BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p.221.

jurídico y los efectos jurídicos de éste se producen, no en la persona de quien lo ha celebrado, sino más bien, en la persona del titular de los intereses regulados. Para que ello ocurra es indispensable que concurran un presupuesto y dos elementos. El presupuesto es que exista una fuente de legitimación representativa. Esta fuente puede ser la voluntad del titular de los intereses, el que en virtud de su autonomía privada no sólo puede regular sus intereses, sino que además puede nombrar a una persona para que lo haga; o, la ley, la que atendiendo a una situación de incapacidad de algunas personas y en consideración a la necesidad de que dichas personas puedan regular sus intereses confiere a otros sujetos la posibilidad de regular los intereses de aquéllas. En ambos casos se presenta, entonces, una autorización. Esta autorización, sea voluntaria, o sea legal, otorga un poder representativo al representante.

Sin embargo, no sólo es necesaria esta autorización, sino que además se requiere la presencia de dos elementos: (i) que quien está legitimado celebre negocios jurídicos dentro de los límites del poder que se le ha conferido, ya que sólo dentro de estos límites actuará legítimamente; y además (ii) se hace necesario que los terceros con los que se relaciona sepan que quien actúa lo está haciendo por otra persona, y no a título personal.

La actuación dentro de los límites del poder se hace necesaria a fin de tutelar al representado, en la medida que el representante sólo se encontrará legitimado a realizar aquellos actos que el interesado o la ley le han facultado. Sólo dentro de esos límites su actuación es legítima; fuera de ellos su actuación es una intromisión ilegítima en la esfera jurídica ajena. De ahí que los efectos de la representación, por regla general, sólo puedan producirse en la medida que el representante haya actuado según las facultades conferidas.

La indicación de que se está actuando por otra persona y no por sí mismo se convierte en el elemento que hace manifiesta la presencia del fenómeno de la representación. Lo que ocurre normalmente es que uno actúa para la regulación de sus propios intereses, ya que para ello tiene la normal legitimación ordinaria; en ese sentido, la sociedad presume que quien actúa lo hace para regular sus propios intereses. De ahí que se exija

que el representante ponga en conocimiento de los terceros con los que contrata que en el negocio jurídico específico que celebra no está actuando por sí, sino por otro. No interesa tanto saber quién es el otro, lo importante es que se exteriorice la actuación en calidad de representante; de lo contrario, los efectos del negocio jurídico que celebra el representante recaerán en su esfera jurídica. Lo importante es que el tercero que celebra el negocio jurídico sepa que quien actúa como contraparte lo hace como representante, y para ello el representante tiene el deber de poner en conocimiento de los terceros su calidad de tal. Ahora bien, este conocimiento por parte de los terceros puede deberse a una manifestación del representante en forma expresa, o desprenderse de las circunstancias del caso. Si las circunstancias del caso hacen presumir que quien celebra el contrato no lo hace a nombre propio, ello es suficiente a fin de que se produzcan los efectos de la representación.

Para terminar esta primera parte en la cual se pretende delinear algunas nociones del instituto de la representación, debemos dedicar algunas palabras a aquello que la doctrina conoce con el nombre de **representación indirecta**, que se produce en los casos en los que una persona (el supuesto representante) celebra un negocio jurídico en nombre propio; sin embargo, debido a una obligación asumida previamente con otro sujeto (el supuesto representado), cederá a éste, en un segundo momento, todos los efectos del negocio jurídico celebrado con un tercero. En este caso no se producen directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del supuesto representado los efectos del negocio jurídico, sino que se producen de forma indirecta. Este fenómeno es el que desde siempre ha existido y, en realidad, el representante no es tal, ya que en el negocio jurídico que celebra actúa él mismo como parte material y formal; tanto es así que se verá posteriormente obligado a transferir los efectos del negocio jurídico celebrado a su supuesto representado. De ahí que alguna doctrina -a la cual nos adscribimos- niegue denominar a este supuesto como representación, ya que en realidad ella no se produce. Y es debido a ello mismo que autores importantes como Emilio Betti han preferido dar otro nombre a este instituto: "*interposizione gestoria*"⁽³⁾.

(3) BETTI, Emilio. Op.cit.; pp.550 y ss. Véase también: MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Milano: Giuffrè. pp.139 y ss.

3 Evolución histórica de la representación.

Indagar sobre los antecedentes históricos del instituto de la representación negocial es una tarea que no resulta nada sencilla, ya que el tema ha sido objeto de diversos tratamientos y estudios por parte de los más destacados juristas de nuestra tradición jurídica, lo que nos ofrece una diversidad de posiciones acerca de los alcances de esta institución en su desarrollo histórico. A pesar de ello, nos proponemos esbozar un panorama general del desarrollo del instituto de la representación.

3.1 La representación en el derecho romano.

3.1.1 El desarrollo de la institución

No es unánime la posición de la doctrina sobre el problema fundamental de si existía o no, el instituto de la representación directa⁽⁴⁾ en el derecho romano. Todo lo contrario, al revisar la doctrina que durante años se ha ocupado y se sigue ocupando del asunto, uno se encuentra con diversas posiciones basadas todas ellas en diversas interpretaciones de las fuentes romanas. Un tema sobre el que probablemente exista un cierto consenso es aquél conforme al cual en el derecho romano no se conocía la representación como

un concepto abstracto y general, ya que sabemos que a los romanos le era ajena la elaboración de conceptos abstractos. En ese sentido, Riccobono expresa que: *“La rappresentanza diretta presuppone una tal forza di astrazione che è impossibile possa esistere in un tempo primitivo, in cui tutte le manifestazioni del diritto hanno rilievo in quanto siano percepite dai sensi nelle cause negli effetti”*⁽⁵⁾.

Por lo demás, cuando la doctrina romanista se encuentra con la cuestión de explicar el instituto de la representación en el derecho romano, lo hace a través de una evolución histórica que parte desde el derecho quirritario hasta el derecho justinianeo, la que nos proponemos seguir a continuación.

3.1.1.1 El derecho quirritario: La regla *per extraneam personam nihil adquiri potest*

La doctrina sostiene que toda forma de representación directa era absolutamente desconocida en el derecho quirritario, el que solamente permitía que el *pater familias* pueda adquirir por intermedio de aquéllos que se encontraban sujetos a su potestad, de ahí la regla romana *per extraneam personam nihil adquiri potest* que se encuentra en las Sentencias de Paulo⁽⁶⁾, las Instituciones de Gayo⁽⁷⁾ y cuyos rezagos se encuentran aún en el derecho justinianeo⁽⁸⁾. En ese sentido se expresa Savigny cuando afirma que: *“Originariamente esisteva un principio rigoroso e*

(4) Los romanos sí conocían casos de **representación indirecta**, de esta forma todo lo que a continuación expondremos se referirá a la representación directa.

(5) Traducción libre: “La representación directa presupone tal fuerza de abstracción que es imposible que pueda existir en un tiempo primitivo, en la cual todas las manifestaciones del derecho tienen relevancia en cuanto sean percibidas por los sentidos en la causa y en los efectos” de RICCOBONO, Salvatore. *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*. En: *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, año 1930, vol. XIV. p.392. Aunque vemos que en esta cita Riccobono afirma que esa falta de abstracción se da fundamentalmente en el derecho antiguo, otros autores hacen esa misma afirmación para todas las etapas del derecho romano: ENRIETTI, Enrico. *Contratto per persona da nominare*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo IV. p.667; y ORESTANO, Riccardo. *Rappresentanza (diritto romano)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. p.796.

(6) Paul. Sent. 5, 2, 2: *“Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest”* (Traducción libre: “Por una persona libre que no se encuentra bajo nuestra potestad no podemos adquirir”).

(7) Gai. 2, 95: *“Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus necque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus necque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse”*. (Traducción libre: “Resulta de ello que por medio de hombres libres que no están sujetos a nuestro poder ni son poseídos por nosotros de buena fe, y así por medio de siervos ajenos sobre los cuales no tenemos ni usufructo ni justa posesión, en ningún caso podemos adquirir. Y de ahí lo que comúnmente se dice: no podemos adquirir por medio de un extraño”).

(8) C.4.27.1.: “Es de inconcuso derecho, que exceptuada la causa de la posesión no se puede adquirir nada por medio de una persona libre, que no está sujeta al derecho de otra”. I.2.9.5.: “Resulta, pues, de esto, que por ninguna causa puede adquirirse para vuestros por los hombres libres, que ni los tenéis sujetos a vuestra potestad ni los poseís de buena fe, como tampoco por los esclavos ajenos, sobre los que no tenéis el ni el usufructo ni justa posesión. Y esto es lo que se dice, que nada puede adquirirse por medio de una persona extraña; con la excepción de que por una persona libre, como por ejemplo, por un procurador, está establecido que se adquiere, no sólo a sabiendas, sino aún ignorándolo, según una constitución del divino Severo, la posesión, y por esta posesión también el dominio, si fue dueño el que transmitió, o la usucapción o la prescripción de largo tiempo, si no fuera dueño”.

molto gravoso per il commercio, che una rappresentanza potesse aver luogo solamente per mezzo degli uomini sottoposti al nostro potere giuridico, e anche questa limitata agli acquisti, non estesa alle diminuzioni del patrimonio⁽⁹⁾”.

El motivo de este principio se encontraría en el hecho que durante el derecho quirritario el pueblo romano era un pueblo eminentemente agrícola, en tal sentido la organización familiar era suficiente para satisfacer las exigencias que normalmente habrían sido satisfechas por el instituto de la representación directa⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, se hace necesario aclarar que esta forma de representación que se produce en el derecho quirritario no es una verdadera y real representación directa, como la conocemos hoy en día, y en ese sentido se expresa la mayor parte de la doctrina⁽¹¹⁾. En efecto, esta adquisición del *pater familias* producida por intermedio de las personas sujetas a su potestad se sustentaba en la natural incapacidad de ser titulares de derechos en la que se encontraban los hijos o los esclavos⁽¹²⁾; de forma tal

que éstos podían adquirir para el padre inclusive independientemente de su propia voluntad. De esta forma, siguiendo a Savigny⁽¹³⁾, este efecto era inclusive independiente de la voluntad del representado o del representante; es decir, no sólo el padre podía por su propia conveniencia, dar el encargo al hijo de estipular una *mancipatio* por él, sino que también estos actos eran hechos por el hijo aun sin conocimiento del padre; no obstante ello el derecho así adquirido venía inmediatamente a formar parte del patrimonio del *pater*; en consecuencia, todos los hombres sujetos a tal dependencia eran instrumentos ordinarios de adquisición del jefe de familia común.

3.1.1.2 El derecho clásico: el desarrollo comercial y las excepciones impuestas por el derecho pretorio al principio del *ius civile*.

Luego de las guerras púnicas se produce un gran desarrollo comercial en Roma, lo que determina la necesidad de reconocer algunas formas de representación⁽¹⁴⁾. En ese sentido cabe precisar que el

- (9) Traducción libre: “Originariamente existía el muy riguroso y gravoso principio para el comercio, que una representación solamente podía tener lugar por medio de los hombres sujetos a nuestro poder jurídico; e incluso éste limitado solamente a las adquisiciones, no extendiéndose a las disminuciones de patrimonio” de SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Torino: Utet, 1888. p.111.
- (10) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.796.
- (11) En ese sentido puede verse: BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Torino: Utet, 1998. p.209, para quien los sujetos a potestad se consideran más bien órganos de la comunidad doméstica, mas que representantes del titular de la potestad. También FUENTESECA, Pablo. *Derecho Privado Romano*. Madrid: A Gráficas, 1978. p.39, para quien el hijo y el esclavo eran como órganos de adquisición a favor del *pater* o del *dominus* respectivamente, constituyéndose la familia como un núcleo de adquisiciones en cabeza del *pater familias*. Asimismo, ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.796, para quien la actuación de los sujetos a potestad era una simple representación de hecho, no teniendo nada ver con la representación directa jurídicamente hablando. QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza (diritto romano)*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XXXVIII. Milano: Giuffrè, 1987. p.421, para quien en estos casos el padre se personifica en el hijo, es decir éste se identifica con él. Por su parte ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundation of the Civilian Tradition*. Cape Town: Law and Taxation Publishers & Legal and Academic Publishers, 1992. p.51, sigue la teoría esbozada por Kaser quien denomina a esta forma de representación la “*Organschaft*”. Windscheid tampoco considera que en estos casos pueda hablarse de una verdadera representación: WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*. Torino: Utet, 1902. Vol. I. pp.281-289.
- (12) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.796. En el mismo sentido también puede verse: SCIALOJA, V. *Negozi Giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell' anno accademico 1892 - 1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*. Roma: Foro Italoico, 1933. pp.219-220.
- (13) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. Op.cit.; Tomo III, p.111. En ese mismo sentido puede verse ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.796; BELLO, Andrés. *Derecho Romano. Obras completas de Andrés Bello*. Tomo XVII. Caracas: Fundación La Casa de Bello, 1981. p.80.
- (14) En efecto, en relación al principio del derecho quirritario Savigny sostiene que: “*Un principio così restrittivo non potè mantenersi appena che il commercio divenne più attivo e più complicato*” (Traducción libre: “Un principio así de restrictivo no pudo mantenerse cuando el comercio devino más activo y más complicado”). SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. Op.cit.; Tomo III. p.112. Por su parte, Riccobono se plantea la pregunta: “*Come poterono mai i romani svolgere la loro attività commerciale nel grande Imperio, senza l' istituto della rappresentanza?*” (¿Cómo pudieron los romanos desarrollar la actividad comercial en el gran Imperio sin el instituto de la representación?). RICCOBONO, Salvatore. Op.cit. ; p.391. También puede verse: WACKE, Andreas. *Alle origini della rappresentanza diretta: le azione adietizie*. Traducción de Francesca Lambertí. En: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in “Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos). Università degli Studi di Roma Tor Vergata*. Roma: Centro di Studi Latinoamericani, 1998. Tomo II. pp.145-180.

principio elaborado por el *ius civile* se mantuvo inalterado, siendo el *ius pretorio* el ámbito en el que se comienzan a reconocer a algunas excepciones a ese principio, las que podríamos denominar como algunos casos de representación⁽¹⁵⁾. En ese sentido, el pretor va poco a poco reconociendo la posibilidad de que una persona extraña a la familia, o dicho en otras palabras, no sujeta a la potestad del *pater*, pueda representar los intereses de otro. Así, conforme afirma Orestano⁽¹⁶⁾, la jurisprudencia, manteniendo en teoría el riguroso principio del *ius civile*, se afanó por superar en la práctica las dificultades derivantes de la falta de representación directa a través de una serie de medios indirectos y remedios procesales, los cuales ya en la jurisdicción pretoria, y todavía más en la *cognitio extra ordinem*, realizaron prácticamente los efectos de la representación directa. De esta forma, es la jurisprudencia la que produce esta evolución⁽¹⁷⁾.

3.1.2 Las *actiones adiecticiae qualitatis*.

Sin duda, un rol importante dentro de esta evolución es cumplido por las *actiones adiecticiae qualitatis*. Así es, el principio del *ius civile* conforme al cual *per extraneam personam nihil adquiri potest* y que luego deriva en la afirmación más genérica de *alteri stipulari nemo potest*, determinaba que ninguno podía celebrar un negocio jurídico a fin de que se produzcan inmediatamente efectos en la esfera patrimonial de otro; dicho en otras palabras, una vez celebrado el negocio jurídico nacía una *actio* única y exclusivamente para las personas que habían celebrado el negocio. Ahora bien, de acuerdo a la definición de

Wacke⁽¹⁸⁾, la peculiaridad de estas *actiones adiecticiae qualitatis* radicaba en la sustitución de la persona del demandado: así, en lugar de aquél que ha celebrado el contrato, y que aparece como legitimado pasivo en la *intentio* de la fórmula, se sustituye, en la *condemnatio*, el nombre del *dominus negoti* o del titular de la potestad⁽¹⁹⁾. *Actiones adiecticiae* son, entonces, acciones honorarias con transposición de sujeto pasivo que permitían que se pueda condenar a una persona distinta a aquella que había intervenido en la celebración del contrato, es decir a aquella en cuyo nombre se había celebrado el negocio jurídico.

Dentro de las *actiones adiecticiae qualitatis* estudiaremos la *actio exercitoria*, la *actio institoria* y la *actio quod iussu*.

3.1.2.1 La *actio exercitoria* y la *actio institoria*.

Las acciones *exercitoria* e *institoria* nacen en el ámbito comercial, y a diferencia de la *actio quod iussu* no presuponen una subordinación familiar o dominial con el titular de la actividad (*dominus negoti*)⁽²⁰⁾.

La *actio exercitoria* nace dentro del ámbito del comercio marítimo en los casos en los que un armador (el *dominus negoti* o *exercitor*) pone en marcha una navegación con fines comerciales⁽²¹⁾. Para tal efecto, el armador nombra al capitán de la nave (*magister navis*) a través de la *praepositio* con la cual lo faculta a realizar negocios jurídicos determinados en nombre de aquél de forma tal que los efectos del contrato celebrado se entiendan atribuidos al *exercitor*. De esta forma, la *actio exercitoria* representa el punto más

(15) ENRIETTI, Enrico. Op.cit.; p.667.

(16) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.797.

(17) Ibid.

(18) WACKE, Andreas. Op.cit.; p.147.

(19) Recordemos que la *intentio* y la *condemnatio* son dos de las partes que conformaban la estructura de la fórmula, elemento esencial del proceso formulario romano. En la *intentio* se enunciaba la relación jurídica sustancial en virtud de la cual se daba inicio al proceso; mientras que en la *condemnatio* se establecía la facultad de condena del juez. Lo que normalmente ocurría es que quien aparecía como sujeto en la *intentio* debía también aparecer en la *condemnatio*; lo que comienza a variar con las *actiones adiecticiae*. Las otras partes de la estructura de la fórmula son la *iudicis datio*, *demonstratio*, *adiudicatio*, *praescriptio*, *exceptio*, y la *arbitratus in restituendo*. Para mayor información recomendamos leer: BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Torino: Utet, 1998. pp.92 y ss.

(20) WACKE, Andreas. Op.cit.; p.151.

(21) D.14.1.1.pr. "Nadie hay que ignore, que es patente la utilidad de este Edicto; porque como a veces por la necesidad de navegar contratamos con patronos, ignorando de qué condición o quiénes sean, fue justo que el que destinó patrón para la nave se obligara, como se obliga el que puso al frente de una tienda, o de un negocio, a un factor de comercio; como quiera que haya mayor necesidad de contratar con el patrón, que con el factor de comercio, pues el caso permite que cualquiera se informe de la condición del factor de comercio, y de este modo contrate, pero no así respecto del patrón de la nave, porque a veces el lugar y el tiempo no permiten la determinación de deliberar más detenidamente".

avanzado que se haya alcanzado en la primera edad clásica en el sentido de admitir un valor vinculante al negocio celebrado por otro⁽²²⁾. Por su parte, la *actio institoria* surge en un momento posterior al de la *actio exercitoria*. De esta forma, la *actio institoria* extiende el principio de responsabilidad establecido por la *actio exercitoria* a la actividad empresarial realizada en el mercado interno⁽²³⁾. Con ello, lo que el derecho pretorio había admitido para el comercio marítimo lo extiende ahora al comercio terrestre. La trascendencia de estas dos acciones para el desarrollo del instituto de la representación es fundamental. En efecto, a decir de Pugliese⁽²⁴⁾, es evidente que la *actio exercitoria* comparte con la *actio institoria* el honor de haber abierto la primera brecha en el principio civilístico conforme al cual ninguno podía ser obligado a consecuencia de un contrato o de un negocio celebrado por otro. El paso fundamental que proporcionan las *actiones adiecticiae qualitatis* es el de permitir que una persona se pueda hacer representar por un sujeto libre⁽²⁵⁾.

Sin embargo, se hace preciso aclarar, conforme lo hace Pugliese⁽²⁶⁾, que el hecho que los actos cumplidos por el *magister navis* tuvieran, para el derecho pretorio, el efecto de vincular al *exercitor* o *dominus* no nos autoriza obviamente a considerar al *magister* como un representante en sentido moderno, puesto que en el derecho romano subsistía la esencial diferencia que él no vinculaba solamente al *exercitor*, sino también, en primer lugar, a sí mismo. Sin embargo, debe destacarse el principio común con la representación moderna, según el cual el *exercitor* estaba vinculado sólo en cuanto haya otorgado la *praepositio* al *magister* y éste hubiera actuado dentro de los límites de aquélla. En efecto, la admisión de las *actiones adiecticiae qualitatis* por parte del derecho

pretorio no significa que el derecho romano haya conocido la representación directa conforme la conocemos hoy en día, lo que no desvirtúa la trascendencia que tienen las *actiones adiecticiae qualitatis* en el desarrollo de esta institución, pudiendo ser consideradas como “(...) *il germe della moderna rappresentanza diretta*”⁽²⁷⁾. En ese sentido, las *actiones adiecticiae qualitatis* dieron el paso fundamental de reconocer que los efectos del contrato celebrado por el “representante” se produzcan de manera directa en la esfera del “representado”, siempre que aquél actúe dentro de los límites de las facultades concedidas y a nombre de éste -como ocurre hoy con la representación-; sin embargo aún faltaron algunos pasos importantes, como eran⁽²⁸⁾:

a) conceder al “representado” una pretensión hacia el tercero que había contraído con él el contrato. En efecto, la *actio exercitoria* y la *actio institoria* solamente concedían una *actio* (es decir, una pretensión) a la persona que celebraba el contrato con el representante; pero no concedía una *actio* al “representado” contra su contratante.

b) Liberar de responsabilidad al representante. En efecto, las *actiones adiecticiae qualitatis* facultaban a quien celebraba un contrato con el naviero o con el factor de comercio a plantear una pretensión sea contra el “representado” que contra el “representante”. Esto se ve claramente en D.14.1.1.17⁽²⁹⁾. Ahora bien, la *praepositio* era el acto unilateral a través del cual el armador autorizaba al naviero a celebrar un contrato en su nombre. De esta forma era fundamental determinar la esfera de la actividad fijada en la *praepositio* a efectos de determinar la responsabilidad del armador, ya que la actividad desarrollada por el capitán de la nave sólo obligaba al armador en la medida en que aquél se atenía a los límites establecidos

(22) PUGLIESE, Giovanni. *In tema di "actio exercitoria"*. Napoli: Jovene. p.399.

(23) WACKE, Andreas. Op.cit.; p.157. D.15.3.1.: “Le apreció justo al Pretor, que así como experimentamos beneficios por actos de nuestros factores de comercio, así también quedemos obligados y se nos demande, por contratos de los mismos (...)”.

(24) PUGLIESE, Giovanni. Op.cit.; p.398.

(25) Así para la *actio exercitoria* dicen las fuentes: D.14.1.1.4.: “Mas nada importa de qué condición sea este patrón, si libre o esclavo, o acaso del naviero, o de otro; pero tampoco importará de qué edad sea, debiéndose imputar esto a sí propio el que lo empleó”. Por su parte, respecto a la *actio institoria* las fuentes expresan que: D.14.3.7.1.: “Mas poco importa quién sea el factor de comercio, si un varón o una mujer, un hombre libre o un esclavo, propio o ajeno (...)”.

(26) PUGLIESE, Giovanni. Op.cit.; p.310.

(27) Traducción libre: “el germen de la moderna representación directa”. WACKE, Andreas. Op.cit.; p.168.

(28) WACKE, Andreas. Op.cit.; p.176.

(29) “Mas tenemos la elección de si queremos demandar al naviero o al patrón”.

por éste en la *praepositio*⁽³⁰⁾. Lo mismo puede decirse en los casos de la *actio institoria*⁽³¹⁾.

3.1.2.2 La *actio quod iussu*

Por su parte, la *actio quod iussu* (o acción de encargo o de autorización) nace en los casos en los que una persona contrata con otra que es sujeta a la potestad de otro, siendo consciente de que existe una autorización del titular de la potestad; en estos casos el contratante contrata también con el titular de la potestad⁽³²⁾.

3.1.3 La permanencia de la regla del *ius civile* a la luz del reconocimiento del derecho pretorio.

Como hemos visto hasta el momento, el *ius pretorio* comenzó a establecer algunos remedios procesales que iban en contra del viejo principio *alteri stipulari nemo potest* que regía en el *ius civile*. Esto sin embargo no implicaba una modificación del *ius civile*, algo que el pretor no se encontraba en la facultad de hacer. En efecto, a pesar de los remedios procesales concedidos por el pretor, el *ius civile* se mantenía intacto⁽³³⁾, ello explica cómo, a pesar de los remedios que fue concediendo la jurisprudencia, el principio

alteri stipulari nemo potest se mantuvo aún vigente, aunque sea de manera formal.

Riccobono explica esta situación expresando que: “(...) il diritto classico offre nel campo della rappresentanza due sistemi contraddittorii: da una parte l' esclusione assoluta di essa secondo il “*ius civile*”; e dall' altra parte provvedimenti varii, escogitati dal Pretore, dalla giurisprudenza, dagli Imperatori per conseguire sia i vantaggi della rappresentanza diretta, sia l' efficacia del contratto a favore di terzi⁽³⁴⁾”.

3.1.4 El derecho justiniano.

En el derecho justiniano encontramos una situación similar a aquella que encontramos en el derecho clásico. En efecto, en el *Corpus Iuris Civilis* se encuentran todavía las rigurosas máximas del *ius civile* junto con las excepciones ya admitidas por el derecho clásico unidas a nuevos desarrollos y ampliaciones de aquéllas⁽³⁵⁾. Es precisamente esta situación que se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* la que ha originado las más grandes divergencias de la doctrina en torno al problema de la representación en el derecho romano. La discusión fundamentalmente se plantea en los términos de si la prohibición

- (30) D.14.1.1.7.: “Mas no por toda causa da acción el Pretor contra el naviero, sino por razón de aquella cosa de la que allí hubiere sido encargado, esto es, si hubiera sido puesto para tal objeto, por ejemplo, si se hubiera arrendado el transporte de carga, o si se hubiere comprado algunas cosas útiles para el navegante, o si se contrató, o se gastó algo para reparar la nave, o si los marineros pidieron alguna cosa por razón de trabajo”. Asimismo, D.14.1.1.12.: (...) Pero si fue nombrado para que la dé en arrendamiento para ciertas mercancías, por ejemplo, para legumbres o cáñamo, y él la arrendó para mármoles u otra materia, igualmente se habrá de decir, que no queda obligado; porque ciertas naves son para mercancías, y ciertas otras, como ellos dicen para pasajeros (...). Sobre este punto se puede ver también: WACKE, Andreas. Op.cit.; p.155, y PUGLIESE, Giovanni. Op.cit.; p.316.
- (31) D.14.3.11.: “Mas no todo lo que se trata con el factor de comercio obliga al que lo puso, sino de este modo, si se contrató respecto de aquello para lo que hubiere sido puesto, esto es, solamente para lo que lo puso al frente”; y D.14.3.12.: “Por consiguiente, si le puse para la venta de mercancías, estaré obligado en nombre de él por la acción de compra. Asimismo, si acaso lo hubiere yo puesto para comprar, me obligaré tan solo por la acción de venta. Pero no deberé estar obligado, ni si para comprar, y él hubiere vendido, ni si para vender, y él hubiere comprado; y esto lo aprueba Cassio”.
- (32) WACKE, Andreas. Op.cit.; p.150. D.15.4.1.: “Con razón se da por lo que se hizo por mandato del señor acción contra éste por el todo, porque en cierto modo se contrata con el que manda”.
- (33) GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1965. p.293.
- (34) Traducción libre: “(...) el derecho clásico ofrece en el campo de la representación dos sistemas contradictorios: de una parte la exclusión absoluta de ella según el *ius civile*, y de otra parte varios provvedimenti inventados por el pretor, por la jurisprudencia, por el Emperador para obtener las ventajas, sea de la representación directa, sea la eficacia del contrato a favor de tercero”. RICCOBONO, Salvatore. Op.cit.; p.403.
- (35) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.800. Algunos textos del Digesto se refieren a casos de representación, como es en el caso del mutuo D.12.1.9.8. “Si en tu nombre hubiere yo dado dinero mío, como tuyo, estando tú ausente e ignorándolo, escribe Aristón, que se adquiere para ti la condición. También Juliano, interrogado sobre esto escribe en el libro décimo, que es la verdadera opinión de Aristón, y que no se duda, que si en tu nombre hubiere yo dado por tu voluntad dinero mío, se adquiere para ti la obligación, porque diariamente para dar dinero en mutuo pedimos a otro, que el acreedor lo entregue en nuestro nombre al que ha de ser nuestro deudor”. También podemos encontrar textos sobre el procurador: D.41.1.13.pr: “Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiera sido entregado en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo”. Lo mismo en caso de tutela: D.41.1.13.1: “El tutor de un pupilo o de una pupila, a la manera que el procurador, comprando en nombre del pupilo o de la pupila, adquiere para ellos la propiedad, aun ignorándolo ellos”.

proveniente del *ius civile* que se encuentra aún en el *Corpus Iuris Civilis* es la regla general y las demás disposiciones son excepciones a esta regla; o si por el contrario, las numerosas disposiciones singulares determinaron que la representación se haya convertido en regla en el derecho romano, y la prohibición del *ius civile* era sólo una excepción o un rezagó.

A criterio de Orestano⁽³⁶⁾, en esta discusión doctrinaria ha prevalecido la opinión conforme a la cual la exclusión de la representación directa subsiste aún en el derecho justiniano, y las numerosas reglas en contra de este principio no constituyen sino excepciones, aunque numerosas, a esta regla. Esta opinión predominante se advertía ya en la Glosa de Acursio, quien sin embargo, reporta una opinión distinta de Martino, para quien el complejo de las excepciones constituían la regla⁽³⁷⁾.

La discusión, sin embargo, se traslada muchos siglos después. Así es, durante el siglo XIX, Savigny⁽³⁸⁾ fue partidario de la opinión de Martino, afirmando que el resultado de la problemática de la representación en el derecho justiniano se podía resumir en las siguientes reglas:

a) Los “actos civiles” se encuentran todavía bajo el imperio del antiguo principio conforme al cual *alteri stipulari nemo potest*, sin embargo, sostiene Savigny, los “actos civiles” se reducen en el derecho justiniano a la *stipulatio*.

b) Los “actos naturales” admiten todo tipo de representación, sea a través de los dependientes o a través de personas libres. Aquí se encuentran, siguiendo a Savigny, la mayor cantidad de actos del derecho justiniano.

c) La representación puede ser de dos clases: la necesaria y la no necesaria. La primera es aquella a través de la cual el titular de la potestad adquiere a través de quienes se encuentran sujetos a su poder lo que en el derecho justiniano, según Savigny, se reduce solamente a los esclavos. La segunda puede ser o

voluntaria (es decir otorgada por el sujeto individual); o aquella que se forma en virtud de una relación jurídica general, como el caso de los tutores y curadores.

Nótese, entonces, que para Savigny en el derecho justiniano la regla *alteri stipulari nemo potest* era única y exclusivamente aplicada a la *stipulatio*.

La tesis esbozada por Savigny y la división en “actos civiles” y “actos naturales” que formula se sustentan en D.41.1.53. donde se expresa que: “Las cosas que se adquieren civilmente las adquirimos por medio de los que están bajo nuestra potestad, por ejemplo mediante estipulación; lo que se adquiere naturalmente, como es la posesión, lo adquirimos por medio de cualquiera queriendo nosotros poseerlo”.

La interpretación de las fuentes romanas formulada por Savigny no tuvo acogida en la Pandectística, siendo la opinión dominante en ésta que el instituto de la representación directa constituía la excepción en el derecho romano⁽³⁹⁾. Sin embargo, posteriormente en Italia, Riccobono⁽⁴⁰⁾ sostuvo la misma opinión de Savigny, llegando a afirmar que, en el derecho justiniano, la representación fue naturalmente admitida en todas sus formas, como en el derecho moderno; ya que todos los medios indirectos y las aplicaciones individuales del derecho clásico ya organizadas y unidas al *ius civile*, variaron el antiguo principio negativo. Para el referido autor, los textos del *Corpus Iuris Civilis* que se contradicen son solamente sobrevivientes del antiguo sistema quirritario. Sin embargo, repetimos, ésta es la opinión minoritaria en la doctrina.

3.1.5 Las figuras del *nuntius* y del *procurator*.

3.1.5.1 *El nuntius*.

Es llamada *nuntius* la persona libre o esclava que se limita a ser el medio de comunicación de una voluntad ajena⁽⁴¹⁾. Es decir, el *nuntius* no porta una voluntad propia, sino que es portador de una voluntad

(36) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p. 800.

(37) Orestano cita la afirmación de Acursio en torno a la opinión de Martino: “*sed Martinus dicebat hos casus facere regulam et sic quis casus esset contra illud speciale esset*”. ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.800.

(38) SAVIGNY, Federico Carlo di. Op.cit.; Tomo III. pp.120-122.

(39) ORESTANO, Riccardo. Op.cit.; p.800.

(40) RICCOBONO, Salvatore. Op.cit.; p.393. De la misma opinión es Scialoja: SCIALOJA, Vittorio. Op.cit.; pp.220-227.

(41) BURDESE, Alberto. Op.cit.; p.209.

ajena o, para ser más precisos, de una declaración de voluntad ajena. De esta forma, el *nuntius* no participa en la formación del contrato, sino que, a decir de Zimmermann, es un medio mecánico de transmisión de la voluntad⁽⁴²⁾. Los romanos admitieron la participación del *nuntius* en los casos en los cuales la formalidad de los contratos no exigía la presencia física de las partes⁽⁴³⁾, teniendo una especial participación en los contratos consensuales⁽⁴⁴⁾.

Siendo que el *nuntius* es un simple medio de comunicación de una voluntad que no le pertenece a él, no puede confundirse el uso de este instituto con el del representante. Probablemente la mejor distinción entre *nuntius* y representante sea aquella proporcionada por Windscheid conforme al cual el *nuntius* es un representante en la declaración de la voluntad, mientras que el representante lo es de la voluntad⁽⁴⁵⁾.

Esta distinción sin embargo no ha sido tampoco un punto de encuentro en la doctrina; Savigny, por ejemplo, afirma que no existen razones para establecer la diferencia entre el *nuntius* y el *procurator*, siendo éste uno de los sustentos de su teoría según la cual en el derecho romano la regla general fue la representación directa⁽⁴⁶⁾.

3.1.5.2 El procurator.

Ya en la época antigua el *procurator* se distinguía del mandatario en el sentido que la calidad de *procurator* no tenía en su base una convención, sino más bien la administración de hecho de un patrimonio o de una autorización concedida a una persona que se encontraba en relación de sujeción con el titular⁽⁴⁷⁾. Posteriormente en el derecho clásico el *procurator* presupone siempre un mandato, pero se sigue distinguiendo siempre del mandatario en tanto éste debe concluir un determinado negocio, mientras que aquél administra establemente un determinado patrimonio⁽⁴⁸⁾, de donde el *procurator* típico era el *procurator omnium bonorum* (denominación que se opone a la de *procurator unius rei*)⁽⁴⁹⁾. Esta distinción entre *procurator* y mandatario parece desaparecer en el derecho justiniano⁽⁵⁰⁾ de forma tal que ambas instituciones se funden en una. Los actos del *procurator* son reputados en las fuentes como si fueran hechos por el propio *dominus negotii*⁽⁵¹⁾.

3.2 La representación en el derecho intermedio.

No más sencilla es la tarea de estudiar el instituto de la representación durante el derecho

(42) ZIMMERMANN, Reinhard. Op.cit.; p.50.

(43) BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante*. Tomo IV. Milano: Giuffrè, 1970. p.349.

(44) D.2.14.2.pr. "Dice Labeón que se puede convenir o con la cosa, o por carta, o por mensajero; también se puede entre ausentes. Pero también se entiende que se conviene tácitamente"; D.18.1.1.2: "Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona por el consentimiento, y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero y por carta".

(45) BONFANTE, Pietro. Op.cit.; p.350. Esta misma distinción entre *nuntius* y representante la da Scialoja: SCIALOJA, Vittorio. Op.cit.; p.217. En ese sentido, el *nuntius* es equiparado a la carta, como medio de transmisión de una declaración de voluntad.

(46) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazione*. Tomo II. Op.cit.; pp.55-56.

(47) BONFANTE, Pietro. Op.cit.; p.342.

(48) D.3.3.1.pr. "Procurador es el que administra negocios ajenos por mandato del dueño". D.3.3.1.pr. "Mas el procurador puede ser nombrado para todos los negocios, o para uno solo, o estando presente por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro 24, no consideren procurador al que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad tampoco se llama propiamente procurador al que se encarga de llevar una cosa, o carta o aviso. Pero es más cierto que, que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa". D.3.3.50. "Por cualquier razón que tu procurador haya sido liberado por mí, debe esto aprovecharte a ti".

(49) BONFANTE, Pietro. Op.cit.; p.342. También NICOSIA, Giovanni. "Gestione di affari altrui (storia)". En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XVIII. Milano: Giuffrè. pp.630-631; y GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*. Madrid, 1982. p.372

(50) D.3.3.1.pr. "Mas el procurador puede ser nombrado para todos los negocios, o para uno solo, o estando presente por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro 24, no consideren procurador al que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad tampoco se llama propiamente procurador al que se encarga de llevar una cosa, o carta o aviso. Pero es más cierto que, que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa". D.3.3.50. "Por cualquier razón que tu procurador haya sido liberado por mí, debe esto aprovecharte a ti".

(51) D.41.1.13.pr.: "Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiera sido entregado en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo". D.43.26.6.1: "Si mi procurador hubiere rogado en precario mandándoselo yo, o ratificándolo, se dice con propiedad que yo tengo en precario". D.46.5.5.if. "En todas las estipulaciones pretorias se ha de observar esto, que, si estipulara un procurador mío, me compete, con conocimiento de causa, acción por estipulación (...)".

intermedio. Coing⁽⁵²⁾, al iniciar el estudio de la representación en esta etapa, afirma que el desarrollo del instituto de la representación sobre la base de las regulaciones del derecho romano “debió haber sido un cometido difícil para una ciencia jurídica, que fundamentalmente se concebía como una interpretación de los textos existentes; no podía solucionarse sin nuevos impulsos y estos esfuerzos se dieron en el Derecho Canónico, con la apelación a los *mores hodierni*, y también en el Derecho Natural racionalista”.

3.2.1 El instituto de la representación en el derecho germánico y en el derecho longobardo.

En las leyes de los reinos germánicos de occidente no se encuentran casos de representación directa, debido al carácter aún formal del Derecho⁽⁵³⁾. En el derecho germánico existe la figura del *salmanno* quien intervenía en las tradiciones que se producían entre ausentes, sin embargo esta figura no puede ser equiparada a la del representante en tanto que no actuaba a nombre de otro, sino que lo hacía a nombre propio⁽⁵⁴⁾.

En el derecho longobardo, sin embargo, se produjo una situación en la que las leyes establecidas por los Reyes legisladores no permitieron el instituto de la representación debido al carácter civil y penal de las obligaciones provenientes del contrato, lo que confirió un carácter bastante personal a dichas obligaciones; pero en los territorios conquistados se conservó, en parte, la eficacia de la representación como en el derecho justiniano, por lo que en los territorios ocupados, a decir de Leicht⁽⁵⁵⁾ continuó ininterrumpida la evolución jurídica producida durante el derecho romano en materia

de representación. Paulatinamente, aunque solamente en casos especiales, el derecho longobardo fue conociendo excepciones a la prohibición de la representación, sin embargo la regla general del derecho longobardo conforme a la cual se prohibía el instituto de la representación se mantuvo hasta el siglo XIV⁽⁵⁶⁾.

3.2.2 El derecho canónico.

El derecho canónico tuvo una actitud bastante diferente frente al instituto de la representación. La causa probablemente se deba a que, conforme a la afirmación de Rosshirt⁽⁵⁷⁾, todo el ordenamiento de la Iglesia se basa en el concepto de representación, en el sentido que Cristo dejó en la tierra un Vicario como su representante.

Además de ello, a criterio de Bussi⁽⁵⁸⁾, un elemento fundamental que explica esta diversa concepción del derecho canónico en torno a la representación, es el postulado de la religión cristiana conforme a la cual todos los hombres son iguales ante el Padre, siendo ello así, el derecho canónico no tenía mayores obstáculos para llegar a aceptar que cualquier persona podía adquirir derechos y/o obligaciones a través de la actuación de otro, mas aún teniendo en cuenta que el Cristianismo comienza a proclamar el hecho que la persona no sólo debe actuar por sí y para sí, sino que lo puede hacer también por los demás. A criterio de Escobar⁽⁵⁹⁾, el derecho canónico acogió y amplió el instituto de la representación a consecuencia del desarrollo del principio ético de la buena fe. De ahí los postulados del derecho canónico dados por Bonifacio VIII (1294 – 1303): “*Potest quis per alium quod potest per se ipsum*”⁽⁶⁰⁾ y “*qui facit per alium est proinde ac si faciat per se ipsum*”⁽⁶¹⁾, postulados que

(52) COING, Helmut. *Derecho Común Europeo*. Madrid, 1996. pp.536 – 537.

(53) LEICHT, P. S. *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. Parte terza: Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1948. p.18.

(54) Ibid.

(55) Ibid.

(56) Ibid. Op.cit.; p.19.

(57) “*Die ganze christliche Ordnung beruht auf der Stellvertretung. Christus hat seinen Stellvertreter hinterlassen*” Rosshirt citado por BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti delle obbligazioni)*. Padova: Cedam, 1937. p.296.

(58) Ibid.

(59) ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales. Negocios de Sustitución*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987. p.250.

(60) “Uno puede por otro porque puede por sí mismo” (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco. *Il diritto delle obbligazioni nella Italia nella età del risorgimento*. Vol. 1. Torino: Fratelli Bocca, 1972. p.68).

(61) “Quien hace para otro es como si hiciera para sí mismo” (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; p.68)

conforme a la afirmación de Calasso⁽⁶²⁾ vienen a reemplazar la regla *alteri stipulari nemo potest* que regía en el derecho romano.

De esta forma, el derecho canónico establecía la máxima conforme a la cual era posible que una persona libre represente los intereses de otra, creándose un vínculo obligatorio entre el representado y el tercero; no era necesario para ello que el mandante tuviera algún tipo de impedimento legítimo que haga necesaria la actuación por parte de un representante⁽⁶³⁾.

Por lo demás, el instituto de la representación en el derecho canónico era visto como una necesidad a fin de que los eclesiásticos puedan dedicar su tiempo a sus obras y estudios; de esta manera se hacía necesario el nombramiento de un *procurator* que los represente en sus demás asuntos⁽⁶⁴⁾.

3.2.3 La recepción de los postulados del derecho canónico en los estatutos de las ciudades italianas de la Edad Media.

Son varios los estatutos de las ciudades italianas⁽⁶⁵⁾ que recogen los postulados del derecho canónico en torno a la representación, en clara oposición al principio general enunciado por el derecho romano que establecía *alteri stipulari nemo potest*.

En ese sentido, el Estatuto de Brescia establece que: "*Quod ex omni initio et facto nomine alterius tam de mercato, quam de aliis rebus, acquiratur acto et acquista sit illi vel illis, quorum vel cuius nomine contractus sive promissio factus est vel facta, ac si*

promissio et obligatio esset facta illi vel illis quorum vel cuius nomine contractus vel promissio factus esset vel facta⁽⁶⁶⁾". Es decir, se entendía que el acto o promesa hecho a nombre de una persona se reputaba hecha por ésta; pero dicho Estatuto va más allá señalando: "*sine aliqua cessione*⁽⁶⁷⁾". Con ello pues, se declaraba que a fin de que los efectos de un acto realizado en nombre de una tercera persona se reputaran de ésta, no se hacía necesaria una ratificación o cesión posterior; en otras palabras, se dejaba de lado el instituto de la denominada **representación indirecta** que había sido la práctica común en toda la época anterior, para dar pase al instituto de la representación directa. La misma disposición en el sentido que no era necesaria la cesión o ratificación se encuentra en el Estatuto de Florencia⁽⁶⁸⁾.

Por su parte, el estatuto de Casale del siglo XIV establecía que: "*quod quilibet possit stipulari et acquirere nomine et vice alterius etiam absentis, et quod ex ipsa stipulatione ius acquiratur illi cuius nomine stipulatum et acquisitum fuerit, non obstante aliquo in contrario faciente vel loquente*⁽⁶⁹⁾". Nótese como en este Estatuto se establece de forma expresa que la regla general es aquella conforme a la cual **cualquiera puede adquirir y estipular en nombre de otro**, sentando con ello la regla general opuesta a aquella establecida por el derecho romano conforme a la cual **ninguno puede estipular para otro**.

Estos Estatutos, pues, son de vital importancia para el desarrollo del instituto de la representación, ya

(62) CALASSO, Francesco. *Il Negozio Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1987. p.319.

(63) SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; pp.68-69

(64) E. BUSSI. Op.cit.; p.297.

(65) Schupfer enumera una serie de estatutos en los cuales se produce esta recepción de los postulados del derecho canónico. Ver: SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; pp.68-71.

(66) "Lo que de todo acto y hecho es adquirido en nombre de otro, tanto en el comercio, como respecto a otras cosas; se adquiere para aquél o aquéllos en el nombre del cual o de los cuales se ha hecho la promesa o el contrato; como si la promesa y la obligación se hubieran hecho por aquél o aquéllos en nombre del cual o de los cuales se haya hecho el contrato o la promesa" (Traducción libre del texto en latín citado en SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; p.69).

(67) "sin cesión alguna" (Traducción libre del texto en latín citado en SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; p.69).

(68) "*ex quolibet actu et facto per quemlibet recipientem alterius nomine (...) acquiratur ius quodlibet, etiam sine aliqua cessione (...) seu ratihabitione (...) cuilibet etiam ignoranti, cuius nomine receptum fuit, cui tamen iuri renuntiare possit. Et qui sic receperit teneatur actionem cedere (illi) pro quo receperit*. Traducción libre: "De cualquier acto y hecho a través de cualquier aceptante en nombre de otro (...) se adquiere cualquier derecho, también sin ninguna cesión (...) o ratificación (...) también a cualquiera que ignora en cuyo nombre se haya hecho la aceptación, derecho al cual puede, sin embargo, renunciar. Y aquél que haya recibido en tal modo mantiene el derecho de ceder a favor del cual ha recibido". El texto en latín ha sido extraído de SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; p.70.

(69) "(...) en relación a esto cualquiera puede estipular y adquirir en nombre y en vez de otro, aunque ausente; y de esta estipulación es adquirido el derecho para quien en cuyo nombre se haya estipulado o adquirido, no obstante alguno diga o haga lo contrario" (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco. Op.cit.; p.70).

que contemplan de forma expresa un principio diverso a aquél establecido por el derecho romano⁽⁷⁰⁾.

3.2.4 El derecho castellano.

Las Siete Partidas establecían como principio que ninguna persona podía prometer en nombre de una tercera persona que no estuviera en su poder; si se hacía una promesa de este tipo ni quien la hizo ni la tercera persona en cuyo nombre fue hecha la promesa quedarían obligadas⁽⁷¹⁾. Se admitían, de esta forma, las promesas hechas por los hijos, los siervos, o los sacerdotes que se encontraran bajo la potestad de otra persona. Hasta aquí parecería repetirse la regla romana conforme a la cual *per extraneam personam nihil adquiri potest*, sin embargo a diferencia de ésta, las Siete Partidas exigían el actuar en nombre de **su señor**. La misma ley de las Siete Partidas admitía también que el escribano y el juez puedan recibir promesas en nombre de otro.

Las Siete Partidas, entonces, en líneas generales mantuvieron los postulados elaborados por el derecho romano; en ese sentido, García Garrido expresa que en el régimen de las Siete Partidas “no se admitía la

representación voluntaria, aunque se seguía el sistema romano de admitir la intervención de los hijos y esclavos sometidos a potestad⁽⁷²⁾”.

La situación cambia, sin embargo con el ordenamiento de Alcalá en el que se establecía que “*Pareciendo que se quiso ome obligar a otro por promisión, o por algún contrato, o en alguna manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere decir prometimento con ciertas solepnidades de derecho, o que fue fecha ante escrivano público, o a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno de dar, o de facer alguna cosa a otro: mas que sea valendera la obligación o el contrato que fueran fechos en cualquier manera que paresca que uno se quiso obligar a otro; a fazer contrato con él*⁽⁷³⁾”. Esta misma norma, con algunas pocas modificaciones – ninguna sustancial para el caso que nos ocupa – es posteriormente repetida en la Nueva Recopilación de 1567⁽⁷⁴⁾, y en la Novissima Recopilación de 1805⁽⁷⁵⁾.

Fundamental es entonces este avance que da el derecho castellano en el desarrollo de la permisión del

(70) “*Aggiungeremo anzi non esservi quasi statuto, il quale in qualche modo non metta in luce la grande differenza cha passava tra il nuovo principio e l'antico*”. Traducción libre: “Añadiremos más bien que no existe casi ningún estatuto que, de cualquier manera no ponga en luz la gran diferencia entre el nuevo principio y el antiguo”. SCHUPFER, Francesco Op.cit.; p.70.

(71) Part. 5, tit. 11, ley 7: “*Un ome non puede rescebir promission de otro en nome de tercera persona, so cuyo poder non fuesse. E seria como si dixesse el uno al otro, prometes que me des a fula tal cosa, e el otro respondesse prometo. Ca por tal prometimento, non fincaria obligado, el q lo faze, nin la tercera persona, en cuyo nome fu fecha la promission, nol puede apremiar, nin deue. Ma si el que fiziesse la promission dixesse así: prometo, que de a vos o a fulan tal cosa, si este que fizo la promission, el por si mismo, non feyedo apremiado, quisiessse complir la promission, dando al otro tercero, lo q prometyera a dar dende adelante, no podria demandar aquello, que ouisse dado. Nin el otro non seria tenuto de gelo tornar a el. Mas aquel que recibio la promission puede apremiar, demandando gelo por los judgadores, que torne aquello que recibio por su mandado. Mas aquel que estouiesse en poder de otro, assi como el fijo en nome de su padre. O el fieruo en nome de su Señor. O el religioso en nome de su mayoral, bien puede recibir promission de otro. E valdra la promissio que cada uno destes sobredichos rescibiesse en nome deaquel, so cuyo poder estouiesse. E puede la demandar aql en cuyo nome fue fecha, al que la fizo tabien como si el mismo la ouisse rescibida. E aun decimos que los judgadores e los escribanos, de concejo, que escriuen co ellos, pueden recibir promission en nome de otro. E esto seria, si la rescibiessen en nome de alguno huerfano, e a sus bienes. E si la rescibiese en juycio de la vna parte en nome de otro, sobre algun pleyto, que ouisse entre ellos. O si la recibiesen, tomando tregua de vno en nome de otro. O sobre otro pleyto semejante destes. Ca maguer ninguno destes sobredichos, en cuyo nome fuesse rescebida la promission, non estouiesse delante, cuando la rescibio, vale la promission, e puede la demandar, aquel en cuyo nome fu fecha, tabien como si el mismo la ouisse rescibida. Porque estos en cuyo nome toman estas promisiones son como en poder o en guarda destes oficiales a tales. E aun porque estos oficiales a tales, son como fieros publicos, del consejo do bien, por razon de las cosas que han de fazer, que pertenecen a su oficio*”.

(72) GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalá*. En: VACCA, Letizia (compiladora). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1997. p.184.

(73) Título XVI; ley única del Ordenamiento de Alcalá.

(74) L. 2, tit. 16, lib. 5: “*Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión, o por algún contrato; o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello, a que se obligó, y no pueda poner excepción que non fue hecha estipulación, que quiere decir prometimento con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato, o obligación entre ausentes, o que non fue hecho ante escrivano público, o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro o que haría alguna cosa: mandamos que toda via vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro*”

(75) 10, 1, 1

instituto de la representación. Recordemos que hasta este momento los institutos de la representación y del contrato a favor de tercero van de la mano, no existiendo una diferencia entre ambos supuestos.

3.2.5 La obra de Bartolo.

La intervención de la obra de Bartolo en el desarrollo del instituto de la representación es principalmente considerada en el plano de la utilización de los términos técnicos⁽⁷⁶⁾. En ese sentido, los cambios a la regla romanista en este autor comienzan a diseñarse cuando se afirma que el tercero (es decir aquél en cuyo nombre se ha contratado) tiene una acción útil en los casos en los cuales el representante, a causa de diversas circunstancias, se encuentre en la imposibilidad de cederle la acción⁽⁷⁷⁾. De esta forma, partiendo del instituto de la “representación indirecta” admitido desde el derecho romano, Bartolo afirma que aquéllos derechos que el *procurator* no puede ceder al ‘representado’ son adquiridos de forma inmediata por éste; y es en la explicación de este fenómeno la sede en la cual Bartolo introduce la noción lingüística ‘representación’⁽⁷⁸⁾: “*In his, quae adeo sunt personalia, quae ex persona procuratoris non possunt transire in dominum, procurator rapraesentat personam domini directo sicut nuncius (...) Et ideo, si aliquis desponsat uxorem procuratorio nomine meo, non est dubium, quod illa non est uxor procuratoris, nec est opus, quod per procuratorem cedatur mihi, sed mea directa uxor efficitur*”⁽⁷⁹⁾. Vemos entonces que Bartolo hace corresponder al término ‘representación’ el supuesto en el cual los efectos del contrato se producen de forma inmediata en la esfera jurídica del ‘representado’.

3.2.6 La escolástica española y la escuela del derecho natural.

El aporte de la segunda escolástica española en la historia de la formación del concepto de contrato ha sido fundamental. No es ésta la sede para establecer los alcances de ese aporte, nos basta solamente indicar que la segunda escolástica española, al haber individualizado en primer término la moderna noción de contrato en general, permitía establecer de manera inmediata reglas constantes y comunes aplicables a todos los tipos de contratos⁽⁸⁰⁾. Entre las tantas categorías y tratamientos generales que se podían diseñar entonces, se encuentra aquella de la conclusión del contrato, y es aquí donde se da el desarrollo del instituto de la representación en la segunda escolástica española, y desde el cual se comienza a elaborar el problema del actuar en nombre de otro en la escuela del derecho natural.

En efecto, Grocio, analizando el tema de la aceptación en la conclusión del contrato, afirma: “*Solent et controversiae incidere de acceptatione pro altero facta: in quibus distinguendum est inter promissionem mihi factam de re danda alteri, et inter promissionem in ipsius nomen collatam cui res danda est*”⁽⁸¹⁾. A partir de la aceptación, entonces, Grocio comienza a distinguir entre el instituto de la representación y el del contrato a favor de tercero.

Un momento trascendental, entonces, en el desarrollo del instituto materia de nuestro estudio es la diferenciación de los casos en los cuales la promesa viene aceptada en nombre propio para un tercero, de aquéllos en los cuales la promesa venga aceptada en nombre ajeno⁽⁸²⁾; diferenciación que se da ya en esta época y que se ve claramente

(76) CAPPELLINI, Paolo. “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Milano: Giuffrè, 1987. p.446.

(77) Ibid.

(78) Ibid.

(79) Traducción libre: “En las cosas que son a tal punto personales, que no pueden pasar de la persona del procurador al principal, en estas cosas el procurador representa la persona del principal, directamente como un nuncio. Y por ello, si alguien promete matrimonio con poder a nombre mío no hay duda que aquélla no es mujer del procurador, no hay necesidad de que sea cedida por el procurador, sino que es adquirida por mí directamente”. BARTOLUS. *Commentaria. Tomus Quintus. In Primam Digesti Novi Partem*. Venetis, 1590, ad LXIII. Citado por CAPPELLINI, Paolo. Op.cit.; p.446.

(80) CAPPELLINI, Paolo. Op.cit.; p.452.

(81) “Se suele incidir en la controversia acerca de la aceptación hecha por otro: en las que se debe distinguir entre promesas hechas a mí sobre la cosa para dar a otro; y entre promesas en nombre del mismo a quien es conferida la cosa dada. U. GROCIO. *De jure belli ac pacis libri tres in quibus Jus naturae et gentum, item juris publici praecipua explicantur cum annotatis auctoris ex postrema eius ante obitum cura*. Amstelædami, 1702. Citado por CAPPELLINI, P. Op.cit.; pp.451- 452.

(82) CAPPELLINI, Paolo. Op.cit.; p.453.

reflejada en la obra de Grocio⁽⁸³⁾.

(…) que una persona, a pesar de no ser titular de los intereses a regular, celebra negocios jurídicos que tendrán eficacia directa en la esfera jurídica del verdadero titular de los intereses; siempre que aquella haya sido autorizada para ello por la ley o por el propio titular de los intereses (...) es lo que se conoce (...) como representación

Cabe señalar, sin embargo, que el análisis y las afirmaciones de Grocio continúan sobre la base de la distinción entre representación activa y representación pasiva, distinción que se venía haciendo desde el derecho romano; la concepción unitaria del instituto de la representación pareciera ser plenamente formulada por Christian Wolff⁽⁸⁴⁾. Esta concepción unitaria facilita la admisión de la idea que las acciones de quien actúa en nombre de otro dentro de los límites del mandato son consideradas como si fueran parte del actuar del propio representado⁽⁸⁵⁾, produciéndose entonces la transmisión inmediata de los derechos y obligaciones en la persona del representado. “Con ello quedaba claro que el contrato que concluye el apoderado es un contrato entre el titular del negocio y la pareja contractual del *procurator* y consiguientemente sólo el mandante, como parte, adquiere derechos y obligaciones⁽⁸⁶⁾”; no quedando con ello obligado el mandatario.

Cabe señalar, asimismo, que todo el desarrollo del instituto de la representación hasta este momento reseñado se ha hecho en torno a la figura del mandato, incluyendo las reflexiones hechas por Grocio. No se concibe hasta este momento, entonces, una idea de representación alejada del contrato de mandato. En ese sentido, siguiendo a Cappellini⁽⁸⁷⁾, la descripción de la representación mediante el mandato constituye de todas formas el *proprium* del proceso de abstracción y de unificación que sufre el instituto en este peculiar clima jusnaturalístico-jusracionalista. A nivel legislativo, esta identificación continuará en las primeras codificaciones como veremos a continuación.

3.3 Las codificaciones europeas que influyeron en la codificación latinoamericana.

3.3.1 El *Code Civil*.

En la doctrina francesa que inspiró el contenido de las normas del *Code civil* existía la opinión conforme a la cual, por regla general, sólo podía ser objeto del contrato aquello que las partes podían prometer respecto a sí mismas⁽⁸⁸⁾. De esta forma entonces, se establecía como regla general que una persona no podía estipular sino para sí misma, y nunca para otros; sin embargo, a decir de Pothier⁽⁸⁹⁾, ello debía entenderse en los casos en los que uno actuaba en su propio nombre, no siendo por ello este principio obstáculo para que se admita el instituto de la representación; en tanto que cuando nosotros obramos prestando nuestra obra para contratar por otra persona (es decir indicando que se hace en nombre de ella), en realidad no estamos contratando nosotros mismos, sino

(83) GROCIO, Ugo. Op.cit.; N° XIX. Citado por CAPPELLINI, Paolo. Op. Cit.; pp.453.

(84) COING, Helmunt. Op.cit.; p.54

(85) “*Quoniam mandatarius tuo nominem agit; quod intra fines mandati agit, tu fecisse putandus es, cumque de voluntate tua alteri constare non posse, nisi ex mandato manifesto, quod mandatarius facit intra fines mandati manifesti, id a te factum recte sumit is, cum quo agitur, consequenter promittendo te huic et acceptando hunc tibi obligat*”. (Traducción libre: “Ya que el mandatario actúa en tu nombre; lo que hace dentro de los límites del mandato se considera como si tú lo hicieras; en general los otros no pueden constatar tu voluntad, salvo del mandato manifiesto, lo que el mandatario haga dentro de los límites manifiestos del mandato, ellos son hechos para ti justamente, con lo que ha sido actuado consecuentemente prometiendo o aceptado él te obliga”) WOLFF, Cristian. *Istitutiones Juris Naturae et Gentium*. Parte II. Cap. IX. Halae Magdeburgicae, 1750. Citado por CAPPELLINI, Paolo. Op.cit.; p.454.

(86) COING, Helmunt. Op.cit.; p.54.

(87) CAPPELLINI, Paolo. Op.cit.; p.454.

(88) POTHIER, Joseph. *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*. Parte I. Napoli: Battista Seguin, 1819. p. 58.

(89) POTHIER, Joseph. Op.cit.; Parte I. p.78.

que es esta persona la que está contratando a través de nosotros. Así, cuando uno actuaba en su propio nombre no podía sino, por regla general, obligarse a sí mismo, y eso es lo que expresa el artículo 1119 del *Code Civil*: “Por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo”. De esta forma entonces, podía obrarse en el nombre de otro, y en estos casos los efectos del contrato surgirían en la esfera jurídica del representado, siempre que dicha actuación se encontrase dentro de las facultades otorgadas.

Se admitía de esta forma el instituto de la representación directa, y esta permisión se veía ya en la obra de Domat cuando afirmaba que “*Si possono far convenzioni per coloro che ne han dato potere: ed essi vi restano impegnati a misura del potere che ne hanno dato*⁽⁹⁰⁾”. El poder se hacía entonces necesario a fin de que una persona pudiera actuar por otra lo que lleva a la afirmación de Pothier “*non è in mia facoltà obbligare un altro senza il suo fatto proprio*⁽⁹¹⁾”, de donde sólo puedo obligarlo si me autoriza a hacerlo, y en consecuencia dentro de los límites del poder.

De lo dicho entonces, para la doctrina francesa que inspira la elaboración del *Code Civil* se manifiestan dos elementos importantes que se constituyen como requisitos para que los efectos del negocio celebrado por otro se reputen de él, y ellos son: que se actúe en nombre de la tercera persona, y que se haga dentro de los límites del poder.

Cabe resaltar que antes de la vigencia del *Code Civil*, ya otros dos códigos europeos habían reconocido el instituto de la representación directa: *Codex Maximilianus Bavaricus* (1756) y el *Allgemeines Landrecht* (Código de Prusia de 1794).

Es importante señalar que el *Code Civil* no contiene disposiciones generales sobre la representación; por ello, la doctrina francesa ha buscado establecer una definición del instituto de la representación sobre la base de las normas que constituyen una aplicación de dicho instituto⁽⁹²⁾. En ese sentido, se hace necesario señalar que, el *Code civil*, siguiendo una tradición que viene desde el derecho romano y que continuó posteriormente en el derecho común, regula el instituto de la representación voluntaria con base al contrato de mandato. Ello debido a que el instituto de la representación se confundía con el contrato de mandato. Esta situación ha sido lamentada muchos años después por la doctrina francesa contemporánea la que ha llegado a afirmar que: “Cabe deplorar que el *Code Civil* carezca de una reglamentación conjunta de la representación⁽⁹³⁾”.

3.3.2 El *Codice Civile* de 1865.

En materia del desarrollo del instituto de la representación el *Codice Civile* de 1865, en líneas generales, no se aleja mucho de los postulados y la sistemática del *Code Civil*. En efecto, el *Codice Civile* de 1865, parte del presupuesto general conforme al cual el contrato sólo puede surtir efectos entre las partes que lo han celebrado⁽⁹⁴⁾, presumiéndose que el referido negocio jurídico sólo surte efectos entre éstas y sus causa-habientes⁽⁹⁵⁾. Es en ese sentido, que el primer párrafo del artículo 1128 dispone que: “*Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo*⁽⁹⁶⁾”. De esta forma, dicha norma no hace sino repetir su antecedente francés, en el sentido que, por regla general, cuando uno actúa en su propio nombre sólo podrá obligarse a sí mismo, no pudiéndose

(90) Traducción libre: “Se pueden hacer convenciones por aquellos que nos han dado poder: y ellos quedan obligados en la medida del poder que nos han dado”. DOMAT, Jean. Op.cit.; Tomo I. p.222.

(91) Traducción libre: “No está en mi facultad obligar a otro, sin su hecho propio”. POTHIER, Joseph. Op.cit.; Parte I. p.61.

(92) PETRELLI, Patrizia. “*La rappresentanza nel diritto francese*”. En: VISINTINI, Giovanna. (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. p.107.

(93) CARBONIER, Jean. *Derecho Civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Tomo II. Vol.III. Barcelona: Bosch, 1971. p.421.

(94) Artículo 1123.- “I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate”. Traducción libre: “Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que lo han hecho. No pueden ser revocados sino por mutuo disenso o por causas autorizadas”

(95) Artículo 1127.- “Si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi e aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto”. Traducción libre: “Se presume que cada uno ha contratado por sí y por sus herederos y causa habientes, cuando no se haya pactado expresamente lo contrario, o ello no resulte de la naturaleza del contrato”.

(96) “Nadie puede estipular en su propio nombre, sino para sí mismo”

extender los efectos del contrato a un tercero, sin embargo, cuando uno actúa en nombre de otro, lo podrá obligar, claro está, siempre que lo haga con su autorización y dentro de los límites del poder. Asimismo, al igual que el *Code Civil*, el *Codice Civile* de 1865 regula la representación voluntaria en base al contrato de mandato.

3.3.3 El Código Civil español.

El Código civil español contiene la misma norma de principio conforme a la cual el contrato sólo puede surtir efectos entre las partes que lo han celebrado⁽⁹⁷⁾, norma que se encontraba ya en el Proyecto de García Goyena⁽⁹⁸⁾. Inmediatamente, sin embargo, y a diferencia de lo que hacen el *Code Civil* y el *Codice Civile* de 1865, el Código Civil español contiene una **norma general** sobre la representación⁽⁹⁹⁾, concibiendo con ello el instituto de la representación separado del contrato de mandato. Esta norma es de trascendental importancia, en tanto que a diferencia de sus antecesoras, es una regulación general en materia de representación -aún cuando no llega al carácter de generalidad del BGB-.

La referida norma que se encuentra contenida en el artículo 1259 del Código Civil español se encuentra compuesta de dos párrafos, señalándose en el primero de ellos que: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”. En el citado párrafo, el Código Civil español mantiene el principio general conforme al cual ninguno puede estipular a nombre de otra persona, ya que no se encuentra legitimado para regular los intereses ajenos; sin embargo inmediatamente enuncia dos excepciones,

cuales son: que el propio titular de los intereses así lo autorice; o que sea la ley la que lo faculte. Con estas dos excepciones establecidas por el Código Civil español, no se está sino estableciendo dos tipos de representación: la representación voluntaria por un lado, y la representación legal por otro. De acuerdo a las normas del Código Civil español, entonces, estaremos frente a un caso de representación voluntaria cuando el titular de los intereses que se deben disponer en un contrato autoriza a una tercera persona ajena a dichos intereses a realizar determinados actos jurídicos sobre ellos en su nombre, a fin de que los efectos de los negocios jurídicos celebrados se produzcan en la esfera jurídica del titular de los intereses que se están regulando. Por su parte, estaremos frente a un caso de representación legal, cuando no existe una autorización del titular de los intereses, sino que es la ley la que da la facultad a determinada persona a disponer en nombre del titular de los intereses de éste. Esta norma general en materia de representación que se encuentra en el Código Civil español tiene su antecedente directo en el artículo 980 del Proyecto de García Goyena⁽¹⁰⁰⁾.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil español establece que: “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”. Dicho artículo, conforme con los principios enunciados, según los cuales ninguno puede disponer de los intereses ajenos, establece la nulidad del contrato celebrado a nombre de otra persona, sin contar con la debida autorización del titular de los intereses o sin contar con la facultad legal.

(97) Artículo 1257.- “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada”.

(98) Artículo 977.- “Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan. Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado, y hechólo saber al obligado antes de revocada”.

(99) Artículo 1259.- “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

(100) Artículo 980.- “Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga autorización o su representación legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se le otorgue”.

3.3.4 El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

Un gran paso adelante en materia del desarrollo del instituto de la representación está dado por los trabajos de la doctrina alemana del siglo XIX y por la formulación del BGB que difiere bastante de la sistemática que, como hasta ahora hemos visto, fue seguida por los códigos europeos.

3.3.4.1 La doctrina alemana del siglo XIX.

En efecto, en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX se inaugura una gran polémica en torno a la naturaleza de la representación. Dicha polémica se explica en virtud de la teoría de la voluntad, la que vinculaba los efectos del negocio jurídico a ésta⁽¹⁰¹⁾. La discusión se plantea, entonces, en función a los siguientes términos: “Puesto que la voluntad, como autodeterminación, sólo puede justificar la vinculación del que consiente, se planteó el problema de cómo era posible que por la declaración de voluntad del representante se produjeran consecuencias jurídicas a favor y en contra del representado⁽¹⁰²⁾”.

De esta forma, entonces, se sucedieron a lo largo del siglo XIX una serie de teorías que trataron de explicar el instituto de la representación⁽¹⁰³⁾.

a) La *Zessionstheorie* (Teoría de la cesión).

Esta teoría fue sostenida por Mühlenbruch y desarrollada especialmente por Puchta. Dicha teoría niega la representación directa voluntaria en los contratos obligatorios basándose en el principio de la personalidad de la obligación, conforme al cual, la obligación nacida de un contrato debe recaer necesariamente en la esfera jurídica de quien la ha asumido⁽¹⁰⁴⁾: “No habría que reconocer a la representación como una institución general; en especial es imposible que el representado quede obligado por la

voluntad del representante sobre la base de un negocio jurídico obligatorio⁽¹⁰⁵⁾”. Con ello, dicha teoría no es sino un retorno a la regla *alteri stipulari nemo potest* que regía en el derecho romano, conforme lo hemos visto.

Esta teoría vinculaba la representación al mandato, pero podríamos añadir, a un mandato sin representación. En ese sentido, el mandatario debía transferir los efectos negociales al mandante en virtud de una cesión, sea del lado activo que en el pasivo⁽¹⁰⁶⁾.

La *Zessionstheorie* no tuvo éxito debido a que, a parte de la complicación de sus formulaciones, no respondía a las necesidades prácticas⁽¹⁰⁷⁾. Asimismo, dicha teoría debió enfrentarse a una gran tradición de códigos germánicos que habían reconocido el instituto de la representación directa: *Codex Maximilianus Bavaricus* (1756), *Allgemeines Landrecht* (Código de Prusia, 1794), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil de Austria, 1811), el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (Código de comercio general germánico, 1861) y el SBGB (Código saxon, 1868).

b) La *Geschäftsherrntheorie* (Teoría del *dominus negotii* o teoría del titular del negocio).

Esta teoría que es considerada como la primera teoría, en sentido propio, de la representación voluntaria directa fue propuesta por Savigny. Conforme a esta teoría “en la representación sólo actúa negocialmente el representado. El representante sólo es portador de la voluntad del representado y con ello es el mismo representado el que consiente el negocio representativo⁽¹⁰⁸⁾”. De ahí que Savigny⁽¹⁰⁹⁾ afirme que: “*son sempre io che, colla mia volontà, concludo la convenzione, e il rappresentante non è che il portatore di una volontà mia*”.

En la medida que esta teoría establece que la voluntad que celebra el contrato es la del representado

(101) FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Tomo II. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p.878.

(102) Ibid.

(103) En la siguiente enumeración de las teorías de la doctrina alemana vamos a seguir muy de cerca el excelente trabajo de Valeria de Lorenzi sobre este tema: DE LORENZI, Valeria. “*La rappresentanza nel diritto tedesco. Excursus storico sulla dottrina*”. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. pp.72-93.

(104) Ibid.; p.73.

(105) FLUME, Werner. Op.cit.; p.878.

(106) DE LORENZI, Valeria. Op.cit.; p.73.

(107) Ibid.

(108) FLUME, Werner. Op.cit.; p.878.

(109) Traducción libre: “Soy siempre yo quien, con mi voluntad, concluyo la convención, y el representante no es sino el portador de mi voluntad”. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. Op.cit.; p.55.

y no la del representante, para ella no existe distinción entre representante y nuncio⁽¹¹⁰⁾, ya que en ambos casos la persona está comunicando la voluntad ajena.

Algunas críticas fueron formuladas a esta teoría, entre las que destacan: aquellas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación pasiva ni la representación de los actos unilaterales; aquéllas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación legal impidiendo con ello un tratamiento conjunto y único del instituto de la representación; aquéllas que cuestionan la irrelevancia de la voluntad del representante, lo que no respondía a las exigencias de la práctica comercial⁽¹¹¹⁾.

c) *La Repräsentationstheorie* (Teoría de la representación).

La trascendencia e importancia de esta teoría es señalada en los siguientes términos por De Lorenzi: “*la più grande creazione della giurisprudenza dei concetti della seconda metà del secolo scorso in relazione alla rappresentanza*⁽¹¹²⁾”. Esta teoría es iniciada por Buchka, y posteriormente seguida por Windscheid y Laband.

La *Repräsentationstheorie* se distingue de la *Geschäftsherrntheorie* en la forma, mas no en el fondo; en el sentido que para la *Repräsentationstheorie*, en un negocio jurídico celebrado a través del instituto de la representación, la voluntad que opera es la del representante, no la del representado -como proponía la *Geschäftsherrntheorie*-; lo que ocurre es que en estos casos, la voluntad del representante vale como aquella del representado⁽¹¹³⁾.

En efecto, Windscheid, afirma que “*Il rapporto è più precisamente da concepire, che la dichiarazione di volontà dal rappresentante produce quegli, che si sarebbero verificati, se una dichiarazione di volontà*

della stessa specie fosse stata emessa dal rappresentato. D'altra parte ciò che di fatto esiste, e da cui il diritto fa procedere effetti, è sempre una dichiarazione di volontà dal rappresentante⁽¹¹⁴⁾”.

A fin de simplificar la exposición de esta teoría, su exposición se hizo en términos positivistas, afirmándose que: “el reconocimiento jurídico de la representación hace que causa y efecto se separen, que la declaración de voluntad la hace el representante y la eficacia se produce a favor y en contra del representado⁽¹¹⁵⁾”.

Ahora bien, en tanto que la voluntad negocial en el negocio representativo es aquella del representante, a fin de que los efectos jurídicos puedan producirse en la esfera jurídica del representado, la voluntad del representante debe tener una dirección particular, dirección que se exterioriza con la indicación del nombre del representado⁽¹¹⁶⁾. Es esta indicación del nombre del representado, el punto característico de la representación directa, y elemento que distingue a este instituto de la representación indirecta y del contrato a favor de tercero; institución esta última que termina por separarse de la representación en este periodo⁽¹¹⁷⁾.

Sin embargo, esta teoría no sólo exigía la indicación del nombre del representado para que los efectos del negocio jurídico se puedan producir en su esfera jurídica, sino que además se hacía necesario que el representante tenga la *Vollmacht*, es decir el poder. En ese sentido, la *Vollmacht* es conferida por la voluntad del representado, que está a la base de los efectos representativos; constituyendo de esta forma “*un ponte tra la volontà del rappresentato e gli effetti del negozio, un ponte tra la volontà del rappresentato e la volontà del rappresentante (...)*⁽¹¹⁸⁾”.

(110) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. Op.cit.; pp.51 y ss.

(111) DE LORENZI, Valeria. Op.cit.; p.74.

(112) Ibidem. Traducción libre: “La más grande creación de la jurisprudencia de los conceptos de la segunda mitad del siglo pasado en relación a la representación”.

(113) Ibid. Véase también: FLUME, Wernwe. Op. cit.; p.878.

(114) Traducción libre: “La relación se concibe precisamente como aquél en el que la declaración de voluntad del representante produce aquellos efectos que se hubieran verificado, si una declaración de voluntad de la misma especie hubiera sido emitida por el representado. De otra parte, ello que de hecho existe, y de lo cual el derecho hace proceder sus efectos, es siempre una declaración de voluntad del representante. WINDSCHEID, Bernard. Op.cit.; Vol. I. p.292-297.

(115) FLUME, Werner. Op.cit.; p.879. Véase también: DE LORENZI, Valeria. Op. cit.; p.74.

(116) DE LORENZI, Valeria. Op.cit.; p.75.

(117) Ibid.

(118) Ibid. Traducción libre: “Un puente entre la voluntad del representado y los efectos del negocio, un puente entre la voluntad del representado y la voluntad del representante (...)”.

d) La autonomía de la *Vollmacht* (*poder*) frente al *Auftrag* (mandato).

Ya Jhering había distinguido el lado externo y el lado interno de la relación representativa, es decir la representación y el mandato; llegando a afirmar que ambos lados eran indiferentes entre sí, no teniendo el uno alguna influencia en el otro⁽¹¹⁹⁾. Lo mismo habían hecho Windscheid y Binz.

Sin embargo, este importante desarrollo se debe fundamentalmente a la obra de Laband, un estudioso del derecho público y exponente de la jurisprudencia de los conceptos. Laband, pone como objetivo de la ciencia jurídica el aclarar las relaciones jurídicas a través de conceptos formales al interior del ordenamiento jurídico; adoptando para tal efecto el método de aislamiento-abstracción, que consiste en aislar, abstraer un concepto de una norma, aplicarlo a todas las relaciones y utilizarlo para construir una categoría general⁽¹²⁰⁾. Laband utiliza este método para el estudio del instituto de la representación, sin embargo, lo interesante en él, es que aplica dicho método al estudio de las normas del Código de Comercio Alemán, y no a las normas de las fuentes del derecho romano, como sucedía con la mayoría de los autores de su tiempo⁽¹²¹⁾.

Siguiendo el referido método, Laband afirma que nada era más negativo para poder alcanzar el verdadero concepto de la representación y la formación jurídica de dicho instituto, que la confusión que se operaba entre representación y mandato⁽¹²²⁾. En ese sentido, Laband sostiene, en clara oposición con los enunciados propuestos por Jhering, Windscheid y Binz, que *Vollmacht* y *Auftrag* no son el lado interno y el lado externo de una misma relación, sino que son dos relaciones totalmente diversas por presupuestos, contenidos y efectos; y que sólo por algunas cuestiones de hecho, en muchas hipótesis, coinciden⁽¹²³⁾. De esta

forma, sostiene Laband, así como puede haber *Auftrag* sin *Vollmacht* (como en el caso del mandato sin representación) y *Auftrag* con *Vollmacht* (como en el caso del mandato con representación); así también puede haber *Vollmacht ohne Auftrag* (es decir, poder sin mandato)⁽¹²⁴⁾. En ese sentido, afirma Laband, el *Auftrag* es irrelevante para la *Stellvertretungsbefugnis* (autorización representativa o legitimación representativa); lo único relevante es la *Vollmacht*⁽¹²⁵⁾.

Laband, sin embargo va más allá, y no sostiene solamente la autonomía del poder respecto del mandato; sino que persigue la autonomía del poder en todos sus aspectos: la *Vollmacht* es separada del negocio autorizativo y del negocio representativo⁽¹²⁶⁾. En ese sentido, el representante tiene un poder autónomo en virtud del cual vincula al representado.

En tanto externamente conferida, la *Vollmacht* vale, respecto a los terceros de buena fe, por su tenor formal exterior aparente en el interés de la seguridad del tráfico; llegando con ello a sostener la hipótesis de una legitimación representativa aparente separada de la legitimación representativa sustancial⁽¹²⁷⁾.

La trascendencia de la obra de Laband para el desarrollo del instituto de la representación es expresada por De Lorenzi en los siguientes términos: “*Laband giunge quindi alla fondazione di una formale legittimazione rappresentativa, alla costruzione di una categoria generale astratta formale della rappresentanza, coi caratteri di una rappresentanza commerciale, che risponde ai bisogni della sicurezza dei traffici e della tutela dei terzi propri della rappresentanza commerciale, che applica a tutti i rapporti, in particolare alla rappresentanza civile di volontà*⁽¹²⁸⁾”. La referida autora sostiene por ello que se asiste de esta forma a la comercialización de la representación civil de la voluntad⁽¹²⁹⁾. Asimismo, afirma que se asiste también a un proceso de

(119) *Ibid.*, p.76.

(120) *Ibid.*, p.78.

(121) *Ibid.*

(122) *Ibid.*, p.79.

(123) *Ibid.*

(124) *Ibid.*

(125) *Ibid.*

(126) *Ibid.*, p.81.

(127) *Ibid.*

(128) *Ibid.*, p.82.

(129) *Ibid.*

objetivización que consiste en la separación de la voluntad del representado, en cuanto que el representante no actúa en base a la voluntad del representado; sino sobre la base de la *Vollmacht*, del poder representativo⁽¹³⁰⁾.

A criterio de la jurisprudencia conceptual, el tema de la autonomía de la *Vollmacht* resuelve el problema de la esencia de la representación⁽¹³¹⁾. Sin embargo, a decir de De Lorenzi⁽¹³²⁾, esta autonomía de la *Vollmacht* no constituye en realidad la esencia de la representación, en la medida que el propio Laband reconoce la existencia de una legitimación sustancial. En ese sentido, la autonomía de la *Vollmacht* encuentra explicación en la seguridad que se le desea brindar al tráfico y a la tutela de los terceros de buena fe; es por ello que las hipótesis que son puestas en relevancia para la explicación de la autonomía de la *Vollmacht* son supuestos en los que precisamente existe un desfase del poder representativo, y son precisamente estos problemas de desfase los que pretende resolver la teoría de la autonomía de la *Vollmacht*⁽¹³³⁾. Dicha teoría - sostiene - sirve entonces, más que para explicar la esencia de la representación, para resolver anomalías del funcionamiento de la representación⁽¹³⁴⁾. Por otro lado, De Lorenzi critica a esta teoría en la medida que es una teoría que se aplica a la representación comercial, más que a la representación civil; y que en tal sentido tiende a privilegiar los principios del derecho comercial (como la seguridad del tráfico y la tutela de los terceros), más que los del derecho civil, como la autonomía de la voluntad⁽¹³⁵⁾.

La teoría de la autonomía de la *Vollmacht* tuvo

un gran éxito en Alemania, y devino en un dogma. Posteriormente tuvo otros desarrollos, especialmente debidos a Lenel. De esta forma, por ejemplo, el negocio jurídico a través del cual se confería la *Vollmacht*, llamado *Bevollmächtigung*, fue considerado como negocio abstracto, no en oposición al negocio causal, sino a fin de hacer referencia a su autonomía respecto de la relación interna; siendo fundamentalmente considerada como negocio jurídico unilateral⁽¹³⁶⁾.

Es ésta la teoría que terminó predominando en el BGB.

e) La Teoría de la cooperación.

Dicha teoría fue elaborada fundamentalmente por Lenel y posteriormente por Mitteis, como una posición intermedia entre la *Geschäftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie*⁽¹³⁷⁾. Esta teoría parte del presupuesto que la *Geschäftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie* son unilaterales, debido a que mientras una se funda exclusivamente en la voluntad y sobre la persona del representado, la otra se funda en la voluntad y en la persona del representante. Esta teoría considera, por el contrario, que se deben tener en consideración ambas voluntades y la función que cada una de ellas tiene en la relación representativa⁽¹³⁸⁾.

Conforme a esta teoría “el representante y el representado actúan conjuntamente en la representación, en la medida en que ésta descansa en el poderamiento (...)”⁽¹³⁹⁾. En ese sentido, dicha teoría “*tendeva a valorizzare l'aspetto della cooperazione delle volontà, intesa come concorso dei due soggetti implicati nella vicenda alla determinazione volitiva ex uno latere del negozio rappresentativo*”⁽¹⁴⁰⁾. Es decir, la voluntad

(130) Ibidem. Traducción libre: “Laband alcanza la fundación de una legitimación representativa formal, la construcción de una categoría general abstracta y formal de la representación, con las características de una representación comercial, que responde a las necesidades de la seguridad del tráfico y a la tutela de los terceros, propios de la representación comercial, aplicando ello a todas las relaciones, en particular a la representación civil de la voluntad”.

(131) Ibid.

(132) Ibid., p.83.

(133) Ibid.

(134) Ibid.

(135) Ibid., pp.84-85.

(136) Ibid.

(137) PAPANTI PELLETTIER, Paolo. *Cooperazione e rappresentanza*. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. p.21.

(138) PUGLIATTI, Salvatore. *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. p.21.

(139) FLUME, Werner. Op.cit.; p.879.

(140) Traducción libre: “tendía a valorizar el aspecto de la cooperación de las voluntades, entendida como concurso de los dos sujetos implicados en la tarea de determinación volitiva *ex uno latere* del negocio representativo”. PAPANTI PELLETTIER, Paolo. Op.cit.; p.21.

negocial se encuentra siempre constituida por la cooperación de dos manifestaciones de voluntad⁽¹⁴¹⁾.

Cabe precisar, sin embargo, que de cooperación también se habla en otra acepción queriéndose entender como tal la necesidad que la relación representativa se encuentre fundada sobre una relación de gestión entre los mismos sujetos⁽¹⁴²⁾.

f) La teoría de *Schlossmann*

Cabe, finalmente, dedicar algunas palabras a las formulaciones de Schlossmann en torno a la representación. Dicho autor que pertenece a la jurisprudencia de los intereses propone una crítica destructiva integral a la representación voluntaria directa como categoría jurídica autónoma⁽¹⁴³⁾. De esta forma, la teoría de Schlossmann se presenta como contraria al dogma de la voluntad; a la distinción entre representación directa y representación indirecta; a la indicación del nombre del representado; a la diferencia entre representante y nuncio; y contra la autonomía de la *Vollmacht*⁽¹⁴⁴⁾, siendo probablemente este último el aporte más importante de Schlossman, el que será posteriormente seguido por Pugliatti en Italia⁽¹⁴⁵⁾. En ese sentido, establece como elementos constitutivos de la representación: la existencia de una relación representativa que ligue al representante con el representado; el actuar del representante en interés del representado (interés que sustituye la indicación del nombre del representado); y que el actuar del representante sea de conformidad a las obligaciones derivantes de la relación interna⁽¹⁴⁶⁾.

3.3.4.2 La representación en el BGB.

El primer proyecto del BGB con referencia a la representación establecía que: “Un negocio jurídico puede ser celebrado por medio de o frente a un representante, a menos que lo impidan la Ley o la

naturaleza del negocio jurídico⁽¹⁴⁷⁾”. Sin embargo, dicha disposición fue suprimida argumentándose que “La disposición sólo tiene sentido retrospectivo, porque una vez más hace constar la culminación de una evolución jurídica antigua a la que ya se llegó hace mucho tiempo⁽¹⁴⁸⁾”. Con ello, a decir de Flume, “se aludía a la figura jurídica de la representación en oposición a la regulación en el derecho romano⁽¹⁴⁹⁾”.

Conforme a lo expresado por Flume, los autores del BGB partieron de la *Repräsentationstheorie*, siendo de la idea, en consecuencia, que el supuesto de hecho del negocio jurídico se realiza en la persona del representante, mientras que los efectos del mismo se producen en la esfera del representado⁽¹⁵⁰⁾. Y ello se refleja claramente en la primera parte del párrafo 164 del BGB, el cual establece que: “Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra el representado”. Explicando el fenómeno de la representación, dice Flume que “El que los efectos del negocio representativo afecten al representado se debe a las voluntades de las personas que intervienen y a la Ley, que reconoce estas voluntades⁽¹⁵¹⁾”.

Ahora bien, la cuestión de establecer cómo así un código que pone como uno de sus fundamentos a la autonomía de la voluntad reconoce la posibilidad de que otra persona actúe por otra en regulación de sus intereses, es explicada por Flume en los siguientes términos: “Según el principio de la autonomía privada, el individuo en uso de su autodeterminación establece (...) la regulación mediante la que se configuran las relaciones jurídicas. Si un Ordenamiento jurídico reconoce en general la representación, esto no significa otra cosa que el individuo, en uso de su autodeterminación, también puede autorizar a otro que establezca para él la regla

(141) PUGLIATTI, Salvatore. Op.cit.; p.22.

(142) PAPANTI PELLETTIER, Paolo. Op.cit.; p.21.

(143) DE LORENZI, Valeria. Op.cit.; p.87.

(144) Ibid., p.89.

(145) PUGLIATTI, Salvatore. “*Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*”. En: *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. pp. 60 y ss; en especial la nota a pié de página No.22.

(146) DE LORENZI, Valeria. Op.cit.; p.89.

(147) FLUME, Werner. Op.cit.; p.889.

(148) Ibid.

(149) Ibid.

(150) Ibid.; p.879.

(151) Ibid.

que jurídicamente debe regir. Por eso la representación no está en contradicción con la autonomía privada, sino que es, por el contrario, un desarrollo consecuente de la misma (...) En la representación legal o por razón del cargo no se trata de una cuestión de la autonomía privada. En estos casos entra en juego la representación porque el representado no está en situación de actuar en ejercicio de su autodeterminación. Tampoco se ataca al principio de autonomía privada en la representación legal o por razón de cargo⁽¹⁵²⁾”.

De esta forma entonces, la representación hace que se produzcan efectos inmediatos en la esfera del representado, de acuerdo a lo previsto en la ley; ello determina, a decir de Flume⁽¹⁵³⁾, que no haya lugar a una ficción como lo sugería la *Geschäftsherrntheorie* en el siglo XIX.

Es interesante anotar, sin embargo, que la exposición de motivos del BGB habla de ‘sustitución de la voluntad’, lo que a decir de Flume⁽¹⁵⁴⁾, se encuentra en conexión con la doctrina de la voluntad del siglo XIX. Sin embargo, siguiendo al citado autor, “La representación no es ‘sustitución de voluntad’, sino sustitución en la realización de un negocio jurídico. El representante realiza el negocio jurídico, esto es, cumple en su persona el supuesto de hecho del negocio jurídico, él celebra, por ejemplo, el contrato. El negocio jurídico como supuesto de hecho concluido es, sin

embargo, una regla del representado y no del representante⁽¹⁵⁵⁾”.

La novedad y la trascendencia del BGB en materia de representación se encuentra en la regulación unitaria y general que realiza de todo el fenómeno de la representación, de forma tal que tanto la representación voluntaria como la legal se regulan bajo las mismas reglas, en cuanto, ciertamente, sean aplicables; ya que el BGB hace una referencia específica a la representación voluntaria⁽¹⁵⁶⁾.

De acuerdo a Battistotti, las primeras tres normas del BGB en materia de representación que corresponden a los párrafos 164⁽¹⁵⁷⁾, 165⁽¹⁵⁸⁾ y 166⁽¹⁵⁹⁾ contienen cuatro principios en materia de representación, que son: el principio de la representación (*Repräsentationprinzip*); el principio de abstracción del poder (*Abstraktionprinzip*); el principio de publicidad (*Offenheitsgrundsatz*); y el principio de la tutela de la confianza. En esta sede nos ocuparemos sólo del primero de ellos. Conforme al principio de la representación, sólo los efectos del negocio jurídico concluido por el representante recaen sobre el representado, mientras que los otros elementos (como los vicios de la voluntad) se miran con relación al representante, principio que de acuerdo a lo sostenido por Battistotti vendría parcialmente derogado por las disposiciones de los párrafos 165 y 166⁽¹⁶⁰⁾.

(152) Ibid.; pp.880-881.

(153) Ibid.; p.881.

(154) Ibid.

(155) Ibid.

(156) De ahí que, a decir de Battistotti no se deban menospreciar las diferencias entre los dos tipos de representación, debiéndose tener cuidado al momento de aplicar las normas del párrafo 164 en adelante a la materia de la representación legal. BATTISTOTTI, Adriano. *La rappresentanza nel diritto tedesco moderno*. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. p.95.

(157) Párrafo 164.- “Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra del representado. Es completamente indiferente que la declaración se haga expresamente en nombre del representado o que las circunstancias demuestren que debe realizarse en su nombre. Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio.

Las disposiciones del párrafo primero se aplican oportunamente si una declaración de voluntad que se ha de emitir frente a otro se realiza frente a un representante”.

(158) Párrafo 165.- “La eficacia de una declaración de voluntad emitida por o frente a un representante no resulta perjudicada por la circunstancia de que dicho representante esté limitado en la capacidad negocial”.

(159) Párrafo 166.- “Siempre que los efectos jurídicos de una declaración de voluntad resulten afectados por vicios de la voluntad o por el conocimiento o deber de conocimiento de ciertas circunstancias, no se toma en consideración la persona del representado, sino la del representante.

Si en caso de un poder de representación otorgado por negocio jurídico (poder), el representante ha procedido según determinadas instrucciones del poderdante, éste no puede alegar el desconocimiento del representante en relación a aquellas circunstancias que él mismo conocía. Lo mismo vale de las circunstancias que el poderdante debió conocer, en tanto que el deber de conocimiento se equipare al conocimiento”.

(160) BATTISTOTTI, Adriano. Op.cit.; p.96.

3.3.5 El *Codice Civile* de 1942.

a) La doctrina italiana del siglo XX.

Los estudios en materia de representación de la doctrina italiana del siglo XX que influyeron o comentan el *Codice Civile* de 1942, se encuentran fuertemente influenciados por los desarrollos de la doctrina alemana del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, afirmación que no puede dejar de reconocer el propio aporte de la importante doctrina italiana del siglo XX. De esta forma, en torno al instituto de la representación, se pueden disinguir fundamentalmente dos corrientes de pensamiento en la doctrina italiana del siglo XX: la teoría de la sustitución y la teoría de la cooperación; teorías que, a decir de Trabucchi⁽¹⁶¹⁾, no son sino un reflejo de dos filosofías que se suelen inspirar en la jurisprudencia de los intereses, o en la jurisprudencia de los conceptos. Dichas teorías ponen en evidencia; sea el momento formal del actuar en nombre de otro, sea el requisito sustancial de actuar en el interés ajeno⁽¹⁶²⁾.

- La teoría de la sustitución: siguiendo a esta teoría, el representante se constituye en un sustituto del representado. Partiendo de la idea de negocio jurídico, Emilio Betti⁽¹⁶³⁾, afirma que, éste es un acto a través del cual los individuos proveen a regular por sí mismos relaciones con los otros; sin embargo por razones como la incapacidad de los individuos, o por mera oportunidad para la celebración de un negocio, los individuos no participan en la celebración de dichos negocios que tienen por finalidad la regulación de sus intereses. En estos casos, se produce una “*sostituzione di persona nella conclusione del negozio*”⁽¹⁶⁴⁾. Este fenómeno de la sustitución debe, a decir de Betti⁽¹⁶⁵⁾, ser conforme a la idea de negocio jurídico, y en ese sentido, en tanto que el negocio jurídico tiende a tutelar

la autonomía privada, este fenómeno de la sustitución no puede llegar hasta el punto de proteger o promover la invasión de la esfera jurídica ajena. Es por ello que a decir del referido autor, sólo dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos es que el derecho puede admitir una sustitución de una persona en la conclusión del negocio⁽¹⁶⁶⁾; y para que ello sea así se hace necesario que entre el interesado y aquél que es llamado a sustituirlo exista una relación tal de justificar el destino de los efectos en la esfera patrimonial del primero, siendo en consecuencia necesario que quien concluya el negocio tenga el poder de representación⁽¹⁶⁷⁾.

Para esta teoría -que privilegia la actuación del representante frente al tercero, es decir, el lado formal de la representación-, el poder tendría como caracteres esenciales, la independencia y la abstracción, siendo el poder por sí mismo idóneo a conferir el poder representativo, independientemente de cuál sea la relación interna entre representante y representado⁽¹⁶⁸⁾. De esta forma, la relación jurídica que existe entre representante y representado sólo tiene relevancia en la relación interna de ellos, y es absolutamente diversa al poder, el cual tiene relevancia en la relación que existe entre representante y terceros⁽¹⁶⁹⁾. De ello esta doctrina deduce “*l'autonomia del negozio di procura; il che vuol dire piena indipendenza del medesimo dal negozio cosiddetto sottostante*”⁽¹⁷⁰⁾. Ello no significa solamente que estos dos fenómenos no se identifican, ni se acompañan necesariamente (siendo posible un poder sin una relación de gestión); sino que además, si existiera un negocio de gestión éste no tendría ninguna relevancia en la producción del efecto representativo, sino que se limita única y exclusivamente a regular la relación interna⁽¹⁷¹⁾.

(161) TRABUCCHI, A. *La rappresentanza. L'opera di Salvatore Pugliatti*. En: *Rivista di diritto civile*. Año 1978. No.I. p.580. Citado por: SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: Cedam, 1997. p.3.

(162) SALOMONI, Alessandra. Op.cit.; p.3.

(163) BETTI, Emilio. Op.cit.; p.542.

(164) Ibidem. Traducción libre: “sustitución de la persona en la conclusión del negocio”.

(165) Ibid.

(166) Ibid.

(167) Ibid.; p.543.

(168) Ibid.; p.563.

(169) Ibid.

(170) Traducción libre: “La autonomía del negocio de poder, lo que quiere decir plena independencia del mismo respecto del negocio jurídico que es su sustrato” D' AVANZO, Walter. *Rappresentanza (diritto civile)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. p.805.

(171) SALOMONI, Alessandra. Op.cit.; p.7.

La teoría expuesta es la mayormente aceptada en la doctrina italiana, y es la que normalmente se ha usado para interpretar el *Codice Civile* de 1942.

- La teoría de la cooperación: el más importante defensor de esta teoría es el ilustre jurista italiano Salvatore Pugliatti, para quien “*La rappresentanza è nata dal principio della cooperazione che ha reso possibile il compimento di atti il cui risultato profitti ad una persona diversa da quella che li pone in essere (...)*”⁽¹⁷²⁾”.

En ese sentido, para esta doctrina, el representante es un cooperador del representado en sus relaciones con los terceros, de forma tal que cuando el representante actúa lo hace con el fin de servir los negocios y los intereses de su representado; presentándose por ello ante los terceros como una persona que actúa por y para otro⁽¹⁷³⁾. Por ello, la representación se concreta, para esta doctrina, como una forma de comportarse por parte del representante hacia el exterior, a fin de cumplir el encargo que le ha sido conferido, resolviéndose por ello, en último análisis, en una forma de ejecución del encargo⁽¹⁷⁴⁾. Con ello, a diferencia de la teoría de la sustitución, la teoría de la cooperación pone énfasis en el interés del representado que debe ser atendido por el representante al momento de actuar en su nombre, en consecuencia, esta teoría enfatiza el lado sustancial de la representación. De ahí deriva la estrecha relación que, para esta teoría, existe entre relación de gestión y representación. No se concibe dentro de esta teoría la separación entre representación y relación de gestión, esa abstracción e independencia absoluta que proclama la teoría de la sustitución.

Esta dependencia parte de considerar al fenómeno representativo como un fenómeno compuesto de varios actos, todos los cuales deben verse en su conjunto, a fin de no aislar los diversos momentos de dicho fenómeno, ya que ello no permitiría ver la complejidad de aquél⁽¹⁷⁵⁾. En todo este fenómeno la actuación del representante frente a los terceros es sólo

un momento, mas no el único, momento que se halla concatenado con los demás. En ese sentido, una separación de la relación del representante con el tercero produce una concepción errónea del fenómeno.



b) La representación en el *Codice Civile*.

En la regulación del instituto de la representación en el *Codice Civile* de 1942 se nota una evidente influencia del BGB. En ese sentido, el *Codice Civile* de 1942, al igual que el BGB, contiene una regulación general del instituto de la representación, instituto que, a diferencia de su antecedente, el *Codice Civile* de 1865, no se identifica más con el contrato de mandato. Esta concepción general, producto de la abstracción del concepto al que llegó la doctrina alemana del siglo XIX, y que fue posteriormente recogida por la doctrina y legislación italianas del siglo XX, parte de considerar al fenómeno de la representación como uno solo, independientemente de la fuente de la cual provenga. De ahí que Natoli⁽¹⁷⁶⁾

(172) Traducción libre: “La representación ha nacido del principio de cooperación que hace posible la ejecución de actos que aprovechen a una persona diversa de aquella que los ha hecho (...)”. PUGLIATTI, Salvatore. *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*. En: *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. p.53.

(173) Ibid.

(174) Ibid.

(175) PUGLIATTI, Salvatore. *Idee e spunti sulla rappresentanza*. En: *Studi sulla rappresentanza*. Milano:Giuffrè, 1965. pp.222 y ss.

(176) NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. p.1.

expreses que a diferencia de lo que ocurría con el *Codice Civile* de 1865, el *Codice Civile* de 1942 ofrece al intérprete una base textual aparentemente autosuficiente que, a pesar de tener que ser integrada con base a disposiciones más específicas diseminadas en los varios libros del código, pareciera asegurar la posibilidad de una construcción más manejable y lineal.

Es por ello que la regulación de la representación contenida en el *Codice Civile* de 1942 inicia con la disposición del artículo 1387 en el que se establecen las fuentes del poder representativo: “*Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall’interessato*”⁽¹⁷⁷⁾. Con ello, a decir de Natoli⁽¹⁷⁸⁾, se ha optado por la separación entre la disciplina de la representación y la del contrato de mandato; advirtiéndose así una consideración más amplia del fenómeno de la representación, que se extiende a las hipótesis de fuente legal y no voluntaria.

En ese sentido, afirma Natoli⁽¹⁷⁹⁾, lo trascendente es que, sea cual sea la fuente de la representación, la posición del representante no cambia, ya que su legitimación encuentra siempre justificación en una situación de deber. Asimismo, esta diferencia en la fuente de la representación no diferencia entre la forma de desarrollar la actividad del representante, ni la imputación de los efectos jurídicos en la esfera del representado; de forma tal que también vale para el representante legal la *contemplatio domini*⁽¹⁸⁰⁾. Finalmente, son también aplicables a la representación legal las reglas sobre el conflicto de intereses⁽¹⁸¹⁾.

Otra norma que se hace necesario citar y comentar en esta sede es la del artículo 1388 del *Codice Civile* de 1942, norma que regula la conclusión de un contrato por medio de un representante: “*Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell’interesse*

del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato”⁽¹⁸²⁾. Conforme a lo señalado por Ugo Natoli⁽¹⁸³⁾, dicha norma contiene los presupuestos en base a los cuales se puede decir que la actividad desarrollada por un determinado representante es capaz de producir efectos en la esfera jurídica del representado. Siguiendo la interpretación del referido autor, dichos presupuestos son el haber actuado: en nombre del representado (*contemplatio domini*); en el interés del mismo; y, dentro de los límites del poder. Es el segundo de ellos, el que genera una innovación respecto de las regulaciones anteriores, y el que precisamente origina la discusión doctrinal en Italia acerca de la relación entre relación de gestión y poder.

Conforme a lo anteriormente afirmado, dentro de la sistemática del *Codice Civile* de 1942 descrita, el contrato de mandato ha dejado de ser el punto de referencia central en virtud del cual gira el fenómeno de la representación, aun cuando, probablemente en la práctica sea el medio más común a través del cual se concretiza dicho fenómeno. En ese sentido, el artículo 1703 del *Codice Civile* de 1942 define al contrato de mandato de la siguiente manera: “*Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell’altra*”⁽¹⁸⁴⁾. A continuación, el artículo 1704 regula el mandato con representación, y respecto de él establece: “*Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro*”⁽¹⁸⁵⁾. Es decir, esta norma establece que, además de las regulaciones sobre contrato de mandato, en aquellos casos, se deben aplicar las normas generales sobre la representación. Con referencia a esta relación que existe entre contrato de mandato y representación en

(177) Traducción libre: “El poder de representación es conferido por la ley o por el interesado”.

(178) VISINTINI, Giovanna. *Rappresentanza e gestione*. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Padova: Cedam, 1992. p.8.

(179) NATOLI, Ugo. Op.cit.; p.474.

(180) Ibid.

(181) Ibid.

(182) Traducción libre: “El contrato celebrado por el representante en nombre y en el interés del representado, dentro de los límites de las facultades conferidas, produce directamente efecto respecto del representado”.

(183) Ibid.; p.464.

(184) Traducción libre: “El mandato es el contrato a través del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por otra”.

(185) Traducción libre: “Si al mandatario se le ha conferido el poder de actuar en nombre del mandante, se aplican también las normas del capítulo VI del título II de este libro”.

el *Codice Civile* de 1942, Natoli⁽¹⁸⁶⁾ afirma que; a diferencia de lo que ocurría en el *Code Civil* y en aquellos códigos que lo han seguido muy de cerca, el mandato ya no absorbe todo el fenómeno de la representación, aun cuando tenga una relación muy estrecha, de forma tal que el supuesto de mandato mantiene, entonces, una cierta autonomía, lo que se demuestra por los casos de mandato sin representación el que da lugar a casos de representación indirecta o *interposizione gestoria*; así como por los casos de representación que no tienen su origen en el mandato.

Por otro lado, para el *Codice Civile* es clara la idea conforme a la cual el representante es el sujeto que celebra el negocio, y en consecuencia todos los aspectos relativos a la capacidad⁽¹⁸⁷⁾, a los vicios de la voluntad⁽¹⁸⁸⁾ y a la buena fe⁽¹⁸⁹⁾ serán evaluados respecto de su persona; mientras que los efectos nacidos del contrato se imputarán directamente al representado.

3.4 La codificación latinoamericana.

Hemos seguido hasta el momento el desarrollo histórico del instituto de la representación desde el derecho romano hasta los mediados del siglo XX. Veámos ahora cómo es que este instituto ingresa en las codificaciones latinoamericanas. El instituto de la representación llega a las primeras codificaciones latinoamericanas de la manera como ésta había sido tratada en el *Code Civil*, pero posteriormente, y en muy poco tiempo se irá produciendo una evolución en la regulación de dicho instituto a consecuencia de las

diversas influencias que se producen posteriormente en América Latina, sea por la legislación, que por la doctrina europea.

3.4.1 La sistemática del instituto de la representación en los códigos civiles latinoamericanos.

La admisión del principio conforme al cual una persona puede regular sus intereses a través de otra persona, siempre que ésta actúe en nombre de ella y dentro de los límites del poder de representación se encuentra ya desde los primeros códigos latinoamericanos.

Así, el Código Civil de Bolivia de 1831, siguiendo casi al pie de la letra al *Code Civil* establece en su artículo 710 que: “No se puede obligar ni estipular, si no es en nombre propio, y por sí mismo”. Decimos “casi al pie de la letra” porque si bien es cierto sabemos que el Código Civil de Bolivia de 1831 es en buena parte una traducción del *Code Civil*, en este artículo los legisladores bolivianos parecen haberse apartado del referido código europeo. En efecto, la norma del artículo 1119 del *Code Civil* sería, en su traducción al castellano, exactamente igual al artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831, si no fuera porque en el *Code Civil* el artículo 1119 inicia con la frase “Por regla general (...)”, frase que no contiene el Código de Bolivia de 1831. Siendo ello así, una interpretación literal del artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 nos podría llevar a la conclusión de que dicho artículo quiere decir

(186) NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. pp.4-5.

(187) Artículo 1389.- “Capacità del rappresentante e del rappresentato.- Quando la rappresentanza è conferita dall’interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato”.

Traducción libre: “Capacidad del representante y del representado.- Cuando la representación es conferida por el interesado, la validez del contrato concluido por el representante basta que éste tenga la capacidad de entender y de querer, de conformidad a la naturaleza y al contenido del contrato mismo, siempre que sea legalmente capaz el representado.

En todo caso, para la validez del contrato concluido por el representante es necesario que el contrato no le sea prohibido al representado”.

(188) Artículo 1390.- “Vizi della volontà.- Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo”.

Traducción libre: “Vicios de la voluntad.- El contrato es anulable si la voluntad del representante está viciada. Sin embargo, cuando el vicio tiene relación con los elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable sólo si la voluntad del representado era viciada respecto a estos”.

(189) Artículo 1391.- “Stati soggettivi rilevanti.- Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d’ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato. In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d’ignoranza o di buona fede del rappresentante”.

Traducción libre: “Estados subjetivos relevantes.- En los casos en los cuales son relevantes los estados de buena o mala fe, de conocimiento o ignorancia de determinadas circunstancias, se tendrá en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado.

En ningún caso el representado que se encuentre en mala fe puede beneficiarse del estado de ignorancia o de buena fe del representante”.

que “solamente se puede obligar y estipular a nombre propio y por sí mismo”, lo que en una interpretación a contrario nos podría llevar a sostener que: “no se puede obligar ni estipular por otro y a nombre de otro”. Esta deducción de lo que establece el artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 podría llevarnos a establecer que en el citado código no es posible la estipulación a favor de tercero, y que tampoco es concebible el instituto de la representación; es decir dicha norma sería una traducción casi literal del antiguo principio romano “*alteri stipulari nemo potest*”. Sin embargo, ello no es así. En efecto, a fin de desentrañar el verdadero significado de dicha norma debemos acudir a una interpretación sistemática, la que inmediatamente nos exigiría revisar las diversas normas que, sobre el tema, contiene el viejo código boliviano. En ese sentido, inmediatamente después de establecer dicha regla, los artículos 711⁽¹⁹⁰⁾ y 712⁽¹⁹¹⁾ del Código Civil de Bolivia de 1831 regulan la estipulación a favor de tercero; y más adelante en el artículo 1322⁽¹⁹²⁾ el referido código regula el contrato de mandato con representación, norma esta última que permite expresamente actuar en nombre de otro. Por ello, el verdadero espíritu del artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 debe ser buscado en su antecedente directo, cual es, el artículo 1119 del *Code Civil*, y en las normas que nos proporcionan una interpretación sistemática del mismo; en razón de ello, lo dispuesto en el artículo 710 es, para los legisladores del Código Civil de Bolivia de 1831, el enunciado de una regla general que admitiría excepciones.

Habiendo hecho esta salvedad respecto al Código Civil de Bolivia de 1831, mantenemos nuestra afirmación en base a la cual los códigos latinoamericanos conocieron desde el inicio el instituto de la representación. Ahora bien, la forma en que la han conocido varía. En ese sentido, podemos diferenciar, entre los códigos latinoamericanos estudiados dos tipos de códigos: (i) aquéllos que confunden el instituto de la representación en el contrato de mandato y (ii) aquéllos que los distinguen. En verdad, dentro del primer

grupo, podemos ubicar solamente al Código Civil de Bolivia de 1831, el que no contiene ninguna regulación general en materia de representación, regulándola en su totalidad en la parte relativa al mandato. En el segundo grupo encontramos a los demás códigos latinoamericanos estudiados, los que contienen en su cuerpo una disposición general en materia de representación, distinta a las normas del contrato de mandato. En este segundo grupo, a su vez, podemos distinguir cuatro grupos dependiendo de la forma de la regulación y la ubicación del instituto de la representación en los códigos civiles: (i) aquéllos que contienen sólo una norma permisiva que se encuentra en la parte general de contratos, y el resto se debe buscar en la parte del contrato de mandato; (ii) aquéllos que regulan de forma general el instituto de la representación en la parte general de contratos; (iii) aquéllos que tienen una norma permisiva en materia de representación en la parte general de actos jurídicos pero regulan el resto del instituto en la parte del mandato y, (iv) aquéllos que regulan de forma general el instituto de la representación en la parte de acto jurídico.

Los códigos del primer grupo se encuentran en un momento de transición en el reconocimiento y regulación del instituto de la representación. Estos códigos tienen aún una fuerte influencia del *Code Civil*; sin embargo, luego de establecer la regla general conforme a la cual una persona sólo puede celebrar contratos por sí misma, contemplan una norma que permite la inclusión, en el sistema del código, del instituto de la representación, colocándose por ello esta norma en la parte general de contratos; pero es sólo una norma la que constituye la puerta de entrada de la representación en el sistema; ya que la regulación específica de toda la problemática en torno a dicho tema se contempla en la parte del contrato de mandato. De esta forma, si bien es cierto para estos códigos no se identifica más el contrato de mandato con el instituto de la representación, aún se concibe al referido contrato como fundamental fuente de la representación. A modo de comparación, podemos

(190) Artículo 711.- “Puede hacerlo cualquiera por un tercero, prometiendo el consentimiento de éste, salva la indemnización contra el promitente, que ofreció la ratificación del contrato, si el tercero rehusa obligarse”.

(191) Artículo 712.- “Se puede igualmente obligar en provecho ajeno, cuando el que hace la convención se obliga por sí mismo”.

(192) Artículo 1332.- “El mandato o la procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa, en virtud del mandato y a su nombre. El contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario”.

decir que este grupo de códigos tiene una sistemática, en materia de representación, similar a la que tiene el Código civil español⁽¹⁹³⁾; sin embargo, no podemos decir que éste haya sido la influencia de los referidos códigos latinoamericanos, en la medida que muchos de éstos fueron dictados antes de aquél. La influencia parecería haber sido más bien el Proyecto de Código Civil de García Goyena, cuyo artículo 980⁽¹⁹⁴⁾ contiene la referida disposición general.

El primer código que se ubica dentro de este

grupo es el Código Civil del Perú de 1852⁽¹⁹⁵⁾; al que le siguen los códigos civiles de Chile⁽¹⁹⁶⁾ -y en general, todos los códigos que siguen el modelo del código chileno, como el de Colombia⁽¹⁹⁷⁾-, Argentina⁽¹⁹⁸⁾; México⁽¹⁹⁹⁾; Uruguay⁽²⁰⁰⁾; y, Puerto Rico⁽²⁰¹⁾. En este grupo resulta importante destacar la norma del artículo 1870 del Código Civil de Argentina⁽²⁰²⁾, que tiene como antecedente el artículo 2854⁽²⁰³⁾ del *Esboço* de Teixeira de Freitas, conforme a la cual las normas del contrato de mandato se aplican a los demás supuestos de

- (193) Recordemos la norma del Código Civil español a la que ya hemos hecho referencia:
Artículo 1259.- “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.
El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.
- (194) Artículo 980.- “Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga autorización o su representación legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se le otorgue”.
- (195) Artículo 1259.- “Los que contratan sin representar expresamente a otros, no lo hacen ni se obligan sino para sí mismos. Sin embargo, puede prometer el hecho de un tercero con cargo de indemnización, si este no cumple; y se puede contratar a favor de un tercero aun sin su conocimiento.
En este último caso, los contratantes no son libres para deshacer el contrato, si el tercero ha aceptado la estipulación”.
- (196) Artículo 1448.- “Lo que una persona ejecuta en nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.
- (197) Artículo 1505.- “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo”.
- (198) Artículo 1161.- “Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato”.
- (199) Artículo 1801.- “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley”.
- (200) Artículo 1254.- “El contrato que hiciera una persona a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley, producirá respecto del representado, iguales efectos que hubiese contratado él mismo”.
- (201) Artículo 1211.- “Contrato a nombre de otro.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.
El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.
- (202) Artículo 1870.- “Las disposiciones de este Título son aplicables:
1.- A las representaciones necesarias, y a las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas.
2.- A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública.
3.- A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades, en los casos en que así se determine en este Código, y en el Código de Comercio.
4.- A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este Título, cuando no supusiese necesariamente un contrato entre el representante y el representado.
5.- A las representaciones por gestores officiosos.
6.- A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos.
7.- A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos”.
- (203) Artículo 2854.- “*As disposições deste Capitulo, não havendo disposições especiais em contrário, regem privativamente todas as representações voluntárias que derivarem de contrato, uma vez que os representantes não sejam procuradores em causa propria.* São, todavia, aplicáveis:
1.- As representações necessárias do art. 44 em tudo o que não se opuser às disposições especiais da Seção 2 deste livro.
2.- As representações dos Estabelecimentos de utilidade pública e das Corporações, dando – se os casos previstos no art. 291.
3.- As representações por administradores e por liquidantes de sociedades, nos casos em que assim o determinar o Capitulo 13 deste Código, e o Código de Comércio.
4.- As representações por pessoas dependentes, como o filho – famílias em relação a seu pai, o criado em relação ao amo, o aprendiz em relação ao mestre ou mestra, o militar em relação ao seu superior, as quais serão julgadas pelas disposições do §2 deste Capitulo, que não supuserem necessariamente um contrato entre o representado e o representante.
5.- As representações por gestores officiosos, conforme se determinar o Título e deste Seção.
As representações por testamenteiros o inventariantes, em todo o que não se opuser às disposições especiais do Livro 4 deste Código”.

representación regulados por el Código; constituyéndose de esta forma el contrato de mandato como el centro en torno al cual gira la regulación de todos los supuestos de representación.

Los códigos del segundo grupo se encuentran en un momento en el cual se ha consolidado la separación entre el contrato de mandato y el instituto de la representación. Es por ello que dentro de su sistemática han preferido regular el instituto de la representación con normas generales, de forma tal que éstas se puedan aplicar a todos los tipos de representación. Sin embargo, a pesar de haber concebido dicha diferencia, no han decidido abandonar el modelo del *Code Civil*, y en tanto ello, poniendo siempre como eje de regulación de los negocios jurídicos al contrato, las normas generales en materia de representación, aplicable a todos los casos, se encuentran en la parte general de contratos. Todos estos códigos, siguen pues, el modelo del *Codice Civile* de 1942. Dentro de este grupo de códigos se encuentran el de Bolivia de 1976⁽²⁰⁴⁾, y, el de Venezuela de 1982⁽²⁰⁵⁾.

En el tercer grupo sólo podemos ubicar al Código de Brasil⁽²⁰⁶⁾, el que a pesar de tener una parte general de “*dos fatos jurídicos*” establece en esta parte sólo una norma permisiva de la representación, pero la regulación de ésta se encuentra fundamentalmente en la parte relativa al contrato de mandato. Para este Código el instituto de la representación y el contrato de mandato son absolutamente diversos, de forma tal que por ello establece en la parte general de los hechos jurídicos una norma que permita la adquisición de

derechos a través de representante. A diferencia del grupo anterior, esta norma se encuentra en la parte general de hechos jurídicos, y no en la parte de contratos, debido a la sistemática alemana seguida por el Código del Brasil; sin embargo a diferencia del BGB y de los códigos que a continuación mencionaremos, el Código del Brasil no llega a establecer una regulación completa de la disciplina de la representación en la parte general; sino que para ello se deberá acudir a las normas del contrato de mandato.

Finalmente, los códigos del cuarto grupo que coincidentemente resultan ser los tres códigos más modernos de América Latina, se encuentran en el mismo momento que el segundo y tercer grupo, es decir en el cual se ha logrado establecer el instituto de la representación como un instituto autónomo y distinto del contrato de mandato; sin embargo, a diferencia del segundo grupo y a semejanza del tercero, estos códigos se han apartado del modelo francés que tiene como centro de la regulación al contrato, prefiriendo optar por el sistema alemán, en el que el centro es el negocio jurídico. Sin embargo, a diferencia del tercero, estos códigos no contienen sólo una norma con carácter de principio que permita el instituto de la representación, sino que contienen una regulación detallada de la disciplina. De esta forma, todas las normas generales relativas a la representación no se encuentran en la parte general de contratos, sino más bien en la parte de acto jurídico. En este grupo podemos encontrar al Código Civil del Perú de 1984⁽²⁰⁷⁾; el Código Civil de Cuba de 1985⁽²⁰⁸⁾; y, el Código Civil de Paraguay de 1987⁽²⁰⁹⁾.

(204) Todas las normas relativas a la representación en este código se encuentran en la sub-sección segunda, de la sección primera (referida al consentimiento), del capítulo II (referido a los requisitos del contrato), del título primero (denominado “de los contratos en general”), de la parte segunda (referida a las fuentes de las obligaciones), del libro tercero (denominado “de las obligaciones”).

(205) Todas las normas relativas a la representación en este código se encuentran en la subsección cuarta (denominada “de la representación”), de la sección primera (denominado “de los contratos”), del capítulo I (denominado “de las fuentes de las obligaciones”), del libro tercero (denominado “de las obligaciones”).

(206) Artículo 74.- “*Na aquisição dos direitos observar-se-ão estas regras:*

I - Adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem.

II - Pode uma pessoa adquirir-los para si, ou para terceiros.

III - Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo único. Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbitrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições fálveis”.

(207) En este caso, las normas relativas a la representación se encuentran dentro del título tercero (denominado “representación”) del libro segundo (denominado “acto jurídico”).

(208) En este caso, las normas relativas a la representación se encuentran en la sección cuarta (denominada “representación”), del capítulo tercero (denominado “acto jurídico”), del título cuarto (denominado “causas de la relación jurídica”), del libro primero (denominado “relación jurídica”). Cabe señalar que esta sistemática del código cubano es bastante peculiar y distinta a la de los demás códigos latinoamericanos.

(209) En este caso, la norma se hallan ubicadas en la sección sexta (denominada “de la representación en los actos jurídicos”).

Esta tendencia es seguida también por el Proyecto de Código Civil de Argentina de 1999.

De lo anteriormente expuesto, entonces, podemos llegar a la conclusión de que en materia de la regulación y sistemática del instituto de la representación en América Latina parece advertirse una evolución que va desde el Código Civil de Bolivia de 1831 en el que el instituto se encuentra absolutamente identificado con el contrato de mandato, hasta el Código Civil de Paraguay de 1987, en el que el instituto se separa absolutamente de la sistemática de los contratos para formar parte de la sistemática de los actos jurídicos⁽²¹⁰⁾. Esta progresiva evolución nos podría llevar a concluir también, al menos de manera preliminar, que para los legisladores contemporáneos de América Latina el instituto de la representación se entiende como un instituto atinente a todos los actos jurídicos; y no sólo ello, sino que parecería ser un instituto, cuya fuente voluntaria no sólo es el contrato, lo que como veremos más adelante no resulta ser tan cierto.

3.4.2 La representación en la doctrina latinoamericana.

Acerca del concepto de representación, el profesor colombiano Fernando Hinestrosa expresa que: “La representación implica una legitimación excepcional, mejor aún, puede decirse que consiste en ella, cualesquiera que sean su razón de ser o su origen; poder de disposición para ante los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de negocio jurídico o contrato, y, declarando que obra en nombre

y por cuenta ajenos, sin vincularse personalmente, y sí haciendo que todos los efectos de su actuación vayan a parar directamente al *dominus*”⁽²¹¹⁾.

A decir de Hinestrosa⁽²¹²⁾ y Alessandri⁽²¹³⁾ la doctrina y legislación latinoamericanas han mayoritariamente aceptado la teoría de la ficción, es decir, aquella según la cual el negocio se reputa ejecutado por la voluntad del propio representado, siendo el representante sólo un medio del que se vale el representado. Sin embargo, esto actualmente está quedando refutado. En ese sentido, Alessandri, citando además algunas decisiones jurisprudenciales, afirma que en realidad “el acto en que hay representación es ejecutado por el propio representante, es su voluntad, y no la del representado, la que lo genera⁽²¹⁴⁾”. Es por ello que a criterio de Alessandri⁽²¹⁵⁾ y de Melich-Orsini⁽²¹⁶⁾ la representación es una “modalidad aportada por la ley o por las partes (...) a las consecuencias naturales del contrato celebrado, en virtud de la cual los efectos de ese contrato en lugar de recaer sobre la persona que lo ha consentido (el representante) recaen en la esfera jurídica de otra persona (el representado)”. Esta teoría, siguiendo a Alessandri puede desprenderse además, del artículo 1448⁽²¹⁷⁾ del Código Civil de Chile el que establece que quien celebra el acto es en realidad el representante y no el representado; y además la norma establece que ese contrato será eficaz para el representado “como si hubiese contratado él mismo”, lo que quiere decir que en realidad el representado no ha contratado, sino que quien lo ha hecho ha sido el representante. Lo dicho sobre el Código Civil de Chile se puede repetir respecto del Código Civil de

(210) Sobre la ubicación sistemática del instituto de la representación en los ordenamientos jurídicos en general, creemos importante citar las palabras del profesor colombiano Fernando Hinestrosa, quien afirma que: “(...) por razones varias, la más de ellas remitidas a la evolución histórica de la figura en lo que hace a la llamada ‘voluntaria’, la disciplina de la representación se ha solido colocar en los distintos ordenamientos en la regulación de las figuras de donde emana el poder y, en especial, a propósito del mandato, figura esta que de ordinario se confunde con la representación, que, a su turno, se considera agotada en el mandato. Los códigos de raigambre francesa poco o nada se ocupan de la representación voluntaria como tal. El BGB le dedica diez y ocho párrafos. El Código Civil italiano de 1942 siguió esta pauta”. HINESTROSA, Fernando. *De la representación*. Op.cit. ; p.183.

(211) *Ibid.*; p.182. Para similares definiciones en la doctrina latinoamericana puede verse también: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile. p.120; y, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Negócios jurídicos. Representação, Conteúdo. Forma. Prova*. Tomo III. Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1983. pp.235 y ss.

(212) HINESTROSA, Fernando. Op.cit.; p.182.

(213) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Alejandro. Op.cit.; p.122.

(214) *Ibid.*; p.23.

(215) *Ibid.*

(216) MELICH-ORSINI, José. Op.cit.; p.83.

(217) Artículo 1448.- “Lo que una persona ejecuta en nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

Colombia, cuyo artículo 1505⁽²¹⁸⁾ contiene la misma disposición; así como el artículo 1254⁽²¹⁹⁾ del Código Civil de Uruguay. Lo mismo podríamos decir acerca del artículo 164⁽²²⁰⁾ del Código Civil del Perú de 1984 el que dice que el acto jurídico es celebrado por el representante; o del artículo 58⁽²²¹⁾ del Código Civil de Cuba, el que dice que la declaración de voluntad es emitida por el representante; y los artículos 467⁽²²²⁾ del Código Civil de Bolivia de 1976 y 1169⁽²²³⁾ del Código Civil de Venezuela de 1982, los que contienen una disposición similar a la del Código Civil de Chile.

Siendo que el negocio ha sido celebrado por el representante, debido a que la voluntad por él declarada ha sido la que ha dado origen al negocio, cualquier vicio de aquélla; y la consideración de la actuación conforme al principio de la buena fe, deberán ser estimadas respecto a la persona del representante⁽²²⁴⁾. Así lo establecen de forma expresa el artículo 1172⁽²²⁵⁾ del Código Civil de Venezuela de 1982, el artículo 163⁽²²⁶⁾ del Código Civil del Perú; y, el segundo párrafo del artículo 343⁽²²⁷⁾ del

Código Civil de Paraguay de 1987. Resulta importante resaltar que el referido artículo del Código Civil del Perú establece que será relevante la voluntad del representado a fin de determinar los vicios del contrato si es que el representado ha establecido de manera previa total o parcialmente el contenido del contrato.

Ahora bien, se hace preciso destacar que la legislación latinoamericana vigente, en general, reconoce la distinción entre el negocio de gestión y poder; pero no sólo ello, sino que a partir de ello la doctrina latinoamericana ha establecido también su autonomía. De esta forma, Alessandri sostiene que: “Mandato y representación son dos nociones que, si de ordinario coexisten, pueden presentarse aisladamente. Hay representación sin mandato como hay mandato sin representación⁽²²⁸⁾”. Dicha afirmación va todavía más allá con Pontes de Miranda, para quien: “*O poder de representação, por ser abstracto, independe da relação jurídica causal, ou de outra relação jurídica abstracta, quanto e seu nascimento, a sua extensão e sua extinção*⁽²²⁹⁾”. Continúa el jurista brasileiro diciendo

- (218) Artículo 1505.- “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo”.
- (219) Artículo 1254.- “El contrato que hiciere una persona a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley, producirá respecto del representado, iguales efectos que hubiese contratado él mismo”.
- (220) Artículo 160.- “El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado”.
- (221) Artículo 58.- “La manifestación de voluntad emitida por el representante dentro de los límites de sus facultades es eficaz a favor o en contra del representado como si fuera él mismo quien hubiera obrado”.
- (222) Artículo 467.- “El contrato realizado por el representante en nombre del representado en los límites de las facultades conferidas por éste, produce directamente sus efectos sobre el representado”.
- (223) Artículo 1169.- “Los actos cumplidos en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último.
El poder para celebrar en nombre de otro un acto para el cual exija la Ley instrumentos otorgado ante un Registrador Subalterno, debe ser hecho en esta misma forma. Si el poder se refiere a actos para los cuales es necesaria y suficiente la escritura privada, puede ser hecho en esta misma forma, aunque el acto se otorgue ante un Registrador”.
- (224) Véase en ese sentido: HINESTROSA, F. Op.cit., p.182.
- (225) Artículo 1172.- “No se requiere que el representante tenga capacidad para obligarse, basta que el sea capaz de representar a otro conforme a la Ley y que el acto de que se trate no esté prohibido al representado.
Si la voluntad del representante está viciada, el acto anulable en beneficio del representado.
Si la voluntad del representado está viciada, el acto anulable siempre que el representante no haya hecho sino expresar la voluntad del representado”.
- Nos parece importante señalar que no se deben confundir las hipótesis de los párrafos segundo y tercero de este artículo. La hipótesis del párrafo segundo es la de un representante en sentido estricto, mientras que la hipótesis del párrafo tercero no es en realidad la de un representante, sino la de un nuncio.
- (226) Artículo 163.- “El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido”.
- (227) Artículo 343.- “Podrán celebrarse por medio de representantes los actos jurídicos entre vivos. Los que versaren sobre derechos de familia, sólo admiten representación en los casos expresamente autorizados por este Código.
Las consecuencias de un acto jurídico serán consideradas respecto a la persona del representante, en lo concerniente a los vicios de la voluntad o al conocimiento que tuvo o debió tener de ciertas circunstancias. Aunque el representante fuere incapaz, valdrá el acto que realice a nombre de su representado”.
- (228) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Op.cit., p.124.
- (229) Traducción libre: “El poder de representación, por ser abstracto, no depende de la relación causal, o de otra relación jurídica abstracta, en cuanto a su nacimiento, su extensión y su extinción”. PONTES DE MIRANDA. Op. cit.; p.252.

que: “*Se êsse viola deveres e obrigações com o outorgante, é assunto do outro negócio jurídico, com as consequências do ato ilícito relativo, que de tal violação resulte*”⁽²³⁰⁾.

Por su parte, Hinestrosa insiste en la autonomía de la relación de representación estableciendo que: “Con insistencia en la diferenciación entre las dos relaciones que plantea la figura de la representación, la de autorización o legitimación para obrar y relación subyacente, es preciso distinguir la relación interna, entre representante y representado, de la relación o relaciones externas, entre tercero y representante y representado. Aquella está regida, según el origen de la legitimación por la ley o por el contrato en razón del cual surgió la procura. Estas, por las normas de la representación correspondiente⁽²³¹⁾”. Sigue el referido profesor colombiano afirmando que: “De donde se sigue también la necesidad de distinguir entre el ejercicio eficaz del poder de representación y el cumplimiento o incumplimiento de los deberes y obligaciones surgidos por el gestor de la relación de gestión, y aun del ejercicio abusivo de aquel⁽²³²⁾”.

De una lectura de las opiniones doctrinales anteriormente citadas, y con base a las teorías descritas al momento de desarrollar los estudios de la doctrina italiana acerca del instituto de la representación, podríamos llegar a afirmar que la doctrina latinoamericana pareciera inclinarse más por la teoría de la sustitución que por aquella de la cooperación, en cuanto a la relevancia del negocio de gestión se refiere.

Sin embargo, es importante citar en esta sede el artículo 163 del Código Civil del Perú de 1984, norma conforme a la cual el negocio de gestión tendría relevancia a efectos de determinar la invalidez del negocio representativo: “El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido”. En la hipótesis de esta norma entonces, el negocio de gestión tendría relevancia a efectos de determinar la invalidez del contrato celebrado por el representante, lo que desvirtuaría, en parte, el carácter de abstracción que, de acuerdo a lo que hemos referido, viene afirmado por la doctrina latinoamericana.

Ahora bien, conforme hemos visto, la mayoría de códigos latinoamericanos regula el instituto de la representación voluntaria, alrededor del contrato de mandato. Resulta entonces interesante determinar si, a la luz de esta distinción entre el negocio de gestión y la representación que hace la doctrina, es posible que en estos códigos el poder pueda derivar de un negocio jurídico distinto al contrato. Para poder llegar a una conclusión debemos analizar las normas contenidas en los siguientes artículos de algunos códigos civiles latinoamericanos: 1925⁽²³³⁾ del Código Civil del Perú de 1852; 2124⁽²³⁴⁾ del Código Civil de Chile; 2150⁽²³⁵⁾ del Código Civil de Colombia; 2547⁽²³⁶⁾ del Código Civil de México; 1292⁽²³⁷⁾ del Código Civil del Brasil;

(230) Ibid. Traducción libre: “Si aquél viola los deberes u obligaciones asumidos con el otorgante, eso es asunto de otro negocio jurídico con las consecuencias del acto ilícito que resulte de dicha violación”.

(231) HINESTROSA, F. *De la representación*. En: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in “Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*. Tomo II. Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Roma: Centro di Studi Latinoamericani, 1998. p.193.

(232) HINESTROSA, F. Op.cit.; p.193.

(233) Artículo 1925.- “La aceptación del mandato, aunque no sea expresa, se deduce del cumplimiento que le haya dado al mandatario”.

(234) Artículo 2124.- “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de comercio a diversa persona. De otra manera se hará responsable en los términos del artículo 2167”.

(235) Artículo 2150.- “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes”.

(236) Artículo 2547.- “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato”.

(237) Artículo 1292. - “*A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução*”.

1601⁽²³⁸⁾ del Código Civil de Puerto Rico; 1685⁽²³⁹⁾ del Código Civil de Venezuela de 1982; 806⁽²⁴⁰⁾ del Código Civil de Bolivia de 1976; y, 881⁽²⁴¹⁾ del Código Civil de Paraguay de 1987. En todas estas normas los respectivos códigos civiles reconocen la posibilidad de que el contrato de mandato pueda ser aceptado de forma tácita; y se considera que se ha aceptado tácitamente cuando el mandatario ha iniciado a ejecutar el mandato que le ha sido conferido. Siendo ello así cabe cuestionarse si con una norma como la indicada en la mayoría de los códigos latinoamericanos podría configurarse el instituto de un poder como acto unilateral. Ello debido a que en los casos en los que se conceda un poder como acto unilateral, éste puede ser considerada como oferta; y la ejecución de dicho poder sería considerado como una aceptación tácita a dicha oferta; razón por la cual siempre nos encontraríamos frente aun contrato de mandato; constituyéndose en consecuencia este contrato como la principal fuente de poder voluntario; tanto en los códigos que han seguido una sistemática influenciada por el *Code Civil*, como por aquellos que han seguido una sistemática que gira en torno a los actos jurídicos (veáse que

incluso el código de Paraguay contiene una norma así). Ello podría también llevarnos a concluir, como lo hace Papanti Pelletier para el *Codice Civile* de 1942⁽²⁴²⁾, que para dichos códigos el poder siempre se da en relación de un negocio representativo que estaría constituido por el contrato de mandato. No contienen una norma similar los códigos civiles de Argentina, Perú de 1984 y Cuba de 1985. A pesar de ello, la doctrina latinoamericana define al acto por el cual se confiere el poder de representación al representante como un negocio jurídico unilateral y recepticio⁽²⁴³⁾.

4 Reflexión final.

Son casi tres mil años de historia los que se han pretendido revisar en el presente trabajo con el único objeto de tener algunos elementos de juicio que, con la comparación realizada, nos ayuden a entender mejor el fenómeno de la representación. Sirva este trabajo sólo para reflexionar cuánto del derecho anterior mantenemos hoy en día, y cuánto se puede desarrollar aún a efectos de hacer que este instituto, facilite las relaciones entre los hombres. 

(238) Artículo 1601.- “Expreso o tácito.- El mandato puede ser expreso o tácito.

El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”.

(239) Artículo 1685.- “El mandato puede ser expreso o tácito.

La aceptación puede ser tácita y resultar de la ejecución del mandato por el mandatario”.

(240) Artículo 806.- “El contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario. Su aceptación puede ser sólo tácita y resultar de ciertos hechos, excepto si se trata de hechos de mera conservación y urgencia”.

(241) Artículo 881.- “La aceptación del mandato puede resultar del cumplimiento de los actos encomendados al mandatario. Se la presumirá cuando aquél a quien se propone, recoba el instrumento de un poder para cumplirlo, o los objetos o valores que se refieren a él, sin declinar el ofrecimiento.

Si el negocio encargado al mandatario fuere de los que por su oficio o modo de vivir aceptar regularmente, deberá tomar, aun cuando se excusare, las providencias conservatorias urgentes que exige el negocio”.

(242) Ver el literal e del subtítulo B inmediatamente anterior.

(243) Veáanse en ese sentido: HINESTROSA, F. op.cit., p.189; P. DE MIRANDA. Op.cit.; p.247. También puede verse: MELICH-ORSINI, J. Op.cit.; pp.82-83; y, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Op.cit.; p.125.