

Apuntes preliminares para el estudio de la representación en el Código Civil

Premisa

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación. Según Coviello¹, el que declara su propia voluntad, o recibe una declaración, en lugar y en nombre de otra, se llama representante. El efecto característico de la representación, según León Barandiarán², es crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

El Código Civil ha llevado el tratamiento legislativo de la representación al Libro II, dedicado al Acto Jurídico, considerándola como una figura típica y autónoma. Sin embargo, tendríamos que advertir, como lo hace Díez-Picazo³, que el fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática del Derecho Privado moderno con el nombre de "representación" y cuyo estudio suele ocupar una gran extensión en la Parte General de los Tratados y de los Manuales de Derecho Civil, es, sin embargo, una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas.

Utilidad práctica de la representación

La representación facilita enormemente la concertación de actos jurídicos, pues permite celebrarlos entre personas ausentes o que por cualquier otra situación de hecho o de derecho les esté impedido celebrarlos por sí y directamente. Además, mediante ella puede suplirse la falta de capacidad de ejercicio. Así, pues, la representación tiene una gran

Fernando Vidal Ramírez.

Profesor del Area de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de las universidades Católica y Lima

utilidad práctica, pues se constituye en el único medio como en algunas circunstancias, y aún en situaciones de hecho y de derecho, las personas pueden celebrar actos jurídicos.

Como expresa García Amigo⁴, la función económico-social que cumple la representación es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y fue por esta misma función y por su utilidad práctica que la representación terminó por imponerse en el Derecho Romano, como lo sostienen la generalidad de romanistas.

Origen y evolución

La representación, tal como se le entiende en el Derecho Moderno, no ha sido una elaboración del Derecho Romano, el que sólo la admitió excepcionalmente. Como ha escrito Hupka, citado por Sánchez Urite⁵: "Si el Derecho Romano hubiera prestado reconocimiento a la representación en general, la mano maestra de los juriconsultos romanos hubiera transmitido con toda seguridad una teoría de la representación tan cuidadosa como finalmente elaborada". Sin embargo, los orígenes de la representación están en el Derecho Romano.

Como se sabe, existe una representación nacida del imperio de la ley, y por eso llamada legal o necesaria; y otra, nacida de un acto jurídico, y por eso llamada voluntaria. la legal o necesaria fue la que apareció primero en el Derecho Romano.

En el ámbito familiar las personas eran *sui juris* o *alieni juris*. Las primeras, las *sui juris*, eran las personas libres de toda autoridad y dependientes de ellas mismas, siendo llamadas *paterfamilias*, cuyo título además de implicar el derecho a un patrimonio

1. Doctrina General del Derecho Civil, pág. 442.

2. Comentarios al Código Civil Peruano, T. I, pág. 73.

3. La Representación en el Derecho Privado, pág. 23.

4. Instituciones de Derecho Civil I. Parte General, pág. 775.

5. Mandato y Representación, pág. 12.

nio implicaba, entre otros, el de la autoridad sobre los esclavos, la patria potestas y la manus maritalis. Alieni juris eran las personas sometidas al poder de otro que ejercía los poderes anteriormente mencionados. El sometimiento de los alieni juris es el origen de la patria potestad, de la tutela y de la curatela, que conllevan representación legal sobre los menores y los interdictos, así como el origen remoto de la representación de la sociedad conyugal.

Pero las personas sui juris no sólo podían hacer valer sus derechos por sí mismas sino que debían así hacerlo. Como explica Petit⁶, no podían adquirir ni obligarse más que por sí mismas. Así, la concepción del contrato de mandato no generaba representación y la relación entre mandante y mandatario era extraña a los terceros, quienes sólo quedaban vinculados al mandatario.

El contrato de mandato, tal como se le concibió en Roma, era un encargo del mandante, que requería de la aceptación del mandatario, para la realización de un acto determinado o un conjunto de operaciones⁷. El mandatario concluía el negocio con el tercero, pero era él quien adquiría los derechos y contraía las obligaciones, necesitando de un acto posterior para transmitir dichos derechos u obligaciones al mandans, quien a su vez lo desligaba de responsabilidad frente a los terceros con los cuales había celebrado los actos o negocios jurídicos. El contrato de mandato no generaba, pues, una representación en virtud de la cual el mandans quedaba vinculado al tercero por los actos de su mandatario. Por eso, la necesidad práctica de la representación la fue imponiendo.

Según Arauz Castex y Llambías⁸, en el Derecho Romano, en un primer momento, para llenar la necesidad que satisface la representación, se recurrió a un doble acto: el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en interés de otra, y el segundo, para trasladarlos del adquirente aparente al verdadero interesado. Pero era un procedimiento desventajoso, porque al exigir dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que éstos llegaran a la mayoría, sometía al peligro de que pudiese sobrevenir la insolvencia del representante con el perjuicio consiguiente para el representado. Por eso, ante lo imperfecto de este procedimiento, sus deficiencias fueron siendo eliminadas paulatinamente.

León Hurtado⁹ considera también que fue la

utilidad práctica de la representación la que la impuso en el Derecho Romano. Al doble acto al que estaban sometidos los tutores y también los mandatarios, y los riesgos e inconvenientes de todo orden que producía el ulterior traslado de los efectos, hicieron que el Derecho Romano aceptara la representación en la adquisición de derechos reales primero y más tarde en materia contractual.

La aceptación de la representación por el Derecho Romano no significó, pues, la formulación de una teoría como la que recién se plantean el Derecho Moderno. Según Ospina y Ospina¹⁰, la admisión de la representación se hizo con base a una organización compleja y defectuosa: el intermediario quedaba obligado por el contrato, o sea que adquiría los derechos y las obligaciones resultantes, al paso que el representado (mandans) no quedaba vinculado directamente al tercero contratante, sino apenas provisto de una acción contra su intermediario para reclamarle el beneficio logrado. Y aún en los últimos tiempos del Derecho Romano, cuando ya se conocieron acciones útiles al representado contra el tercero, y viceversa, no se llegó a prescindir de la idea tradicional de que los actos jurídicos tenían que producir sus efectos sobre el representante, por ser éste el autor material de dichos actos.

Pero además de los orígenes de la representación en el mandato, los romanistas señalan que en el Derecho Romano se conoció la figura del nuntius, que venía a ser un mensajero o portavoz, que no expresaba su propia voluntad, sino la de la persona que lo enviaba y por ello, como señala Arguello¹¹, los efectos del negocio se fijaban en el sujeto que se servía del nuntius. La manifestación de la voluntad por intermedio de un nuncio estaba también muy distante de la figura de la representación, pues en ésta es el representante, con su propia voluntad y no la del representado, la que lleva a la esfera jurídica de éste los efectos del acto celebrado con el tercero contratante.

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que es a los canonistas medioevales a quienes se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizado: a) por la voluntad del representante y no la del representado en la celebración del acto jurídico; y, b) por la desviación de los efectos del acto hacia la esfera jurídica del representado. Según Sánchez Uribe¹², influyó en ello el Derecho Canónico al permitir que se pudiera celebrar matrimonio por medio de representante.

6. Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 415.

7. Ibidem, págs. 412 y sgtes.

8. Derecho Civil. Parte General. T. II, pág. 179.

9. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos, pág. 266.

10. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 345.

11. Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones, pág. 165.

12. Mandato y Representación, pág. 16.

Fueron los juristas de los siglos XVII y XVIII los que estructuraron la teoría de la representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato, dando lugar a confusiones entre dicho contrato y la representación, pese a ser instituciones jurídicas conexas pero distintas entre sí. Se le dió, así, al mandato, una finalidad esencialmente representativa.

Fue con estos antecedentes que el Código Francés de 1804 o Código Napoleón no dispensó a la representación una normativa propia, sino que la trató junto con la del mandato. Este camino fue seguido por los Códigos influenciados por el francés y, así, en la Obra de Vélez Sarsfield se omite la inclusión de una teoría general de la representación, "materia que ha sido legislada con relación al contrato de mandato"¹³.

A mediados del siglo XIX y por obra de la pandectística alemana se inicia la revisión del mandato y la representación.

Como lo destacan Ospina y Ospina¹⁴, contra la concepción de los redactores del Código Napoleón, reaccionaron eminentes juristas, como Ihering, quienes declararon que la representación no es de la esencia de mandato ni tiene necesariamente un origen contractual. Lo primero, porque el mandatario puede obrar en su propio nombre (mandato sin representación), caso en el cual no representa al mandante ni lo obliga respecto a terceros, pues entonces todos los derechos y las obligaciones producidos por el acto recaen directamente sobre el mandatario. Lo segundo, porque, además de la representación emanada de un contrato, como el mandato o la sociedad, también existe la representación legal, impuesta independientemente y aún en contra de la voluntad del representado, como la que corresponde al tutor y, en el sentir de Ihering y otros, al gestor de negocios.

Las ideas de Ihering fueron acogidas y desarrolladas por Laband, a quien la doctrina es unánime en reconocerle la autoría de la separación conceptual de la representación del mandato, produciendo una reacción que fue generalizándose.

Esta reacción ha influido poderosamente en el desarrollo de la teoría general de la representación. La moderna doctrina, como lo veremos más adelante, y los Códigos del presente siglo, se apartan de los lineamientos de la doctrina clásica francesa e influyen en el trato legislativo que en nuestros días se le

dispensa a la representación¹⁵.

La evolución en nuestra codificación civil

El Código Civil, como ya lo hemos advertido en la Premisa, le da a la representación el tratamiento de una figura típica y autónoma, al ubicarla dentro del desarrollo legislativo de la teoría del acto jurídico. Si bien la ha desvinculado del contrato de mandato, en cuanto a la representación voluntaria, la escisión no ha sido radical. En cuanto a la representación legal si bien ha establecido normas básicas, tampoco la ha desvinculado de las instituciones jurídicas a las que tradicionalmente ha estado ligada.

El Código de 1852, siguiendo el modelo romanista y napoleónico, legisló sobre la representación legal en relación a la sociedad conyugal, la patria potestad y la guarda de menores incapaces; y, sobre la representación voluntaria en el contrato de mandato.

El Código de 1936 siguió al del siglo pasado en el tratamiento de la representación, tanto en materia de representación legal como en la de representación voluntaria. Nuestro Codificador de 1936 refirió también el tratamiento de la representación al contrato de mandato y, en cuanto a la representación emanada de la ley a las disposiciones sobre las instituciones de Derecho Familiar. No formuló, pues, el Código de 1936 un tratamiento general de la representación y, por eso, León Barandiarán la consideró como "cuestión complementaria" a la teoría general del acto jurídico, aunque estimando que "la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual"¹⁶.

Iturriaga Romero¹⁷, invocando el art. 1640 del Código anterior, según el cual, el mandatario estaba obligado a expresar en todos los contratos que celebrara que procedía a nombre de su mandante, consideró que el Código de 1936, como también lo hacía el Código de 1852, confundía la representación con el mandato. Consideró, igualmente, que al no tener disposiciones sobre la representación en el artículo referente a la representación legal, había que aplicar, por analogía, las escasas reglas que sobre el particular traía el contrato de mandato¹⁸.

Contra este tratamiento, como lo hemos

15. Díez-Picazo, Luis: "La representación en el Derecho Privado", págs. 30 a 43.

16. Comentarios al Código Civil Peruano. T. I, pág. 72.

17. La representación en el Derecho Privado, pág. 85.

18. *Ibidem*, pág. 86.

13. Arauz Castex y Llambías: "Derecho Civil.", Parte General II, pág. 180.

14. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 346.

señalado, el vigente Código Civil ha planteado innovaciones, unificando los supuestos de representación voluntaria y legal en el Título III del Libro II correspondiente al Acto Jurídico. De este modo, el contrato de mandato no conlleva necesariamente representación, pues puede haber mandato con representación, que se rige por las normas del Título III del Libro II (art. 1806) y mandato sin representación. Consideramos que en la formulación de una teoría general de la representación el Código Civil ha avanzado considerablemente acercándose a las nuevas concepciones de la moderna doctrina.

El concepto de representación

La representación, como lo hemos expuesto al hacer referencia a su evolución histórica, ha sido desligada de las instituciones de Derecho Familiar y del contrato de mandato, para ser conceptuada como una figura típica y autónoma. Así concebida, la representación es una figura en virtud de la cual una persona —el representante— celebra uno o más actos jurídicos en cuatela de los intereses de otra —el representado—.

El concepto expuesto lo es en un sentido amplio y en él quedan comprendidas todas las modalidades de la representación, sea que ésta emane de la ley o de un acto jurídico y que el representante actúe en nombre e interés del representado o actúe en nombre propio pero en interés del representado. En todas estas modalidades el representante actúa con voluntad propia y eso lo distingue del nuncio, que no es sino un portavoz o mensajero del interesado en la celebración del acto jurídico.

La representación en su concepto restringido o estricto supone la actuación del representado actuando a nombre y en interés del representado, y, no obstante dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica en virtud del acto jurídico celebrado con la manifestación de su propia voluntad, los efectos producidos se dirigen a la esfera jurídica del representado.

La conjunción de los sentidos amplio y estricto dan lugar al concepto de representación, como figura típica y autónoma y de ella debemos precisar como características generales el actuar del representante en interés del representado en la relación jurídica entablada con los denominados terceros contratantes.

El Código no ha incorporado una noción de la representación, ni en su sentido amplio ni en el restringido, a norma alguna. El art. 145, en su párrafo primero, se limita a enunciar que "El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria a la ley". La norma fue tomada

del Anteproyecto De la Puente-Zuzman¹⁹, que eliminó la fórmula original que la refería al "representante voluntario", dándole, así, comprensión tanto a la representación voluntaria como a la legal, lo que se confirma por el segundo párrafo del mismo art. 145.

La representación sólo hará posible la celebración del acto jurídico mediante representante cuando no exista disposición legal que la prohíba, esto es, cuando no se trate de los denominados "actos personalísimos", que sólo pueden ser celebrados por el propio interesado, como es el caso del acto testamentario que, conforme al art. 690, debe ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar.

Fundamento de la representación

Habiendo tomado partido por un concepto único, integrado, de la representación, corresponde, ahora, establecer su fundamento, esto es, su base teórica o dogmática.

Creemos que el fundamento de nuestro concepto de la representación es la teoría de la cooperación formulada por el jurista alemán Mitteis y con gran acogida en la moderna doctrina, particularmente la italiana.

Según la teoría de la cooperación y para explicar el fundamento de la representación, la representación se funda en la solidaridad humana. Se presenta como la ayuda que espontánea, casual, convenida o necesariamente se prestan las personas entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo. Se distingue la cooperación material de la cooperación jurídica; la primera es la ayuda que una persona da a otra, directamente, por ejemplo: ejecutar una obra para él. Esa colaboración es exclusiva entre los sujetos, y se agota en las relaciones entre ambos. Es un fin en sí misma y realiza completamente la utilidad perseguida con la cooperación. No es, por consiguiente, susceptible de proyectarse al exterior de los dos sujetos en una vinculación con terceros.

La cooperación jurídica, en cambio, está destinada a concluir asuntos del *dominus negotii* o principal con los terceros. Importa una extroversión, una actuación hacia afuera de los dos sujetos de la cooperación. No se limita, como la cooperación material, a la satisfacción de una necesidad inmediata del principal, sino que vuelca sus efectos hacia afuera de las relaciones internas entre ambos y alcanza a los terceros, para lograr así, pero en forma indirecta,

19. Código Civil, Compilación de Delia R. de Debakey, T. I, págs. 144 y 145

también la satisfacción del interés del principal. El fin de la cooperación jurídica es, por consiguiente, vincular al principal con el tercero, concluyendo, en lugar del principal, actos jurídicos de los que nacen relaciones que tocan a aquél y a los terceros.

La cooperación jurídica puede revestir dos formas: la sustitución y la interposición. Por la sustitución una persona se sustituye a otra para celebrar un acto jurídico con un tercero, pero en nombre y en interés de la persona sustituida. Por la interposición una persona se interpone frente a un tercero para celebrar un acto jurídico, en su propio nombre, pero en interés de la persona a la que se ha interpuesto.

Como puede apreciarse, la cooperación jurídica, como fundamento de la representación, requiere de la existencia de un interés. De este modo, como señala Stolfi²⁰, se puede celebrar negocios jurídicos en nombre e interés de otro, sustituyéndolo, por lo que los efectos se dirigen a la esfera jurídica del sustituido por efecto de haberse efectuado en su nombre; o se puede celebrar negocios jurídicos en nombre propio pero en interés de otro, interponiéndosele, por lo que los efectos se quedan en la esfera jurídica del interpuesto por haber actuado a su nombre.

La teoría de la cooperación fundamenta plenamente a la representación, cualquier que sean sus

modalidades.

Clases de representación

Tradicionalmente, la representación ha sido clasificada en legal y voluntaria o convencional. La primera es la que emana de la ley y, la segunda, de la convención entre las partes. Esta distinción la hace el Código en el segundo párrafo del art. 145, cuando precisa que "La facultad de la representación la otorga el interesado o la confiere la ley". A la "representación que otorga el interesado" preferimos llamarla voluntaria y no convencional.

La representación puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando el representante actúa en nombre e interés del representado y puede, además, ser legal o voluntario. Cuando la representación voluntaria es directa, puede ser con poder o sin poder.

La representación es indirecta cuando el representante actúa en nombre propio, pero en interés del representado. Sólo puede ser voluntaria.

El Código Civil en el Libro del Acto Jurídico sólo se ocupa de la representación directa, legal o voluntaria, y, de ésta, de la con poder y sin poder.

20. Teoría del Negocio Jurídico, pág. 229.