

LA CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL A LA DOGMÁTICA GENERAL DE LA REPRESENTACIÓN

José María GONDRA

SUMARIO: I. Introducción.–II. La penetración solapada de la representación directa en el Derecho romano bajo la presión de las necesidades del comercio: los poderes del «institor».–III. La doctrina sobre el «factor» mercantil en el Derecho intermedio, antecedente directo del Derecho moderno de los apoderamientos mercantiles.–IV. El Derecho de la representación mercantil como fuente de inspiración de la Dogmática general de la representación.–V. Las necesidades del tráfico mercantil obligan a revisar los fundamentos de la dogmática tradicional: la aproximación del Derecho continental al anglosajón.

I. INTRODUCCIÓN

TRADICIONALMENTE la doctrina mercantil ha tendido, como es lógico, a resaltar –y, a veces, a hipertrofiar– las especialidades normativas que el Derecho mercantil ofrece en esta materia, por contraste con el régimen general de la representación en el Derecho civil. En este sentido decía Garrigues que «lo que para el Derecho civil es punto de llegada, para el mercantil es punto de partida», queriendo con ello en realidad significar que no es tarea de la doctrina mercantil, sino de la civil, adentrarse en la Dogmática general de la representación.

Sin embargo, aquí como en otras instituciones se hace difícil estudiar lo «especial» sin entrar en lo «general». Al hacerlo, a veces sucede que lo que en un primer momento nos parecía singular, después de estudiar detenidamente el régimen general, no lo es tanto o no lo es ya. Algo de esto creo que pasa aquí, en el Derecho de la representación. En el Derecho mercantil, efectivamente, se han anticipado históricamente soluciones normativas a problemas de representación que se presentaban inicialmente en el tráfico mercantil, pero que con el transcurso del tiempo habrían de desbordar sus confines. Nacieron como especialidades jurídico-mercantiles, pero acabaron convirtiéndose en ideas ordenadoras de vigencia general, aunque los problemas que las suscitaron sigan siendo todavía más frecuentes en el tráfico mer-

AFDUAM 8 (2004), pp. 195-212.

cantil. Serán, todo lo más, rasgos típicos –no exclusivos– del régimen de la representación en mercantil. En efecto, si en algún instituto jurídico se puede comprobar aquella visión autocomplaciente que la vieja doctrina (Goldschmidt, Riesser) tenía del Derecho mercantil como supuestamente llamado a cumplir la misión histórica de «adelantado» del Derecho civil, éste sería sin duda el de la representación jurídica. Es más, el Derecho mercantil no se limitó a avanzar algunas soluciones normativas en este campo, que luego ganarían vigencia general. La ordenación de la representación en la legislación mercantil sirvió de fuente de inspiración a la ciencia jurídica del siglo XIX para construir la Teoría general de la institución que, sigue siendo la que todavía, en buena medida, informa el Derecho de la representación en el continente europeo.

Se ha resaltado poco, en general, esta contribución del Derecho mercantil al proceso de construcción y desarrollo de la Dogmática general de la representación. Me ha parecido, sin embargo, que podía ser oportuno en esta reflexión interdisciplinar en torno al instituto jurídico de la representación destacar esa aportación de nuestra disciplina jurídica al acervo dogmático común, antes que continuar insistiendo en lo que de singular pueda haber en ella, por cierto, bastante menos posiblemente de lo que se suele pensar entre quienes la cultivamos.

II. LA PENETRACIÓN SOLAPADA DE LA REPRESENTACIÓN DIRECTA EN EL DERECHO ROMANO BAJO LA PRESIÓN DE LAS NECESIDADES DEL COMERCIO: LOS PODERES DEL «INSTITOR»

A) *La prohibición de la representación directa en el Derecho romano no impidió alcanzar, por otras vías indirectas, resultados equivalentes: las exigencias del tráfico comercial como factor instigador de este proceso*

1. Es sabido que el Derecho romano no admitía, en principio, la representación directa. La vieja máxima del Derecho quiritarario «*per extraneam, per liberam personam nemo adquire potest*» nunca fue formalmente derogada. De hecho, ni siquiera en la fase bizantina se llegó a reconocer la representación directa de manera «oficial».

Sin embargo, a través del juego combinado de las potestades domésticas y de las acciones adjecticias (*exercitoria* e *institoria*), se pudo llegar en la práctica a resultados si no idénticos, sí muy próximos.

Esto se produjo en un campo específico de relaciones: el comercio (terrestre y marítimo) ejercido, en el marco de la organización familiar, por el *paterfamilias* a través de personas sometidas a su potestad familiar (*filius*) o dominical (*servus*).

El *paterfamilias*, único titular de derechos reales y de crédito en la familia romana, podía siempre, con arreglo al Derecho civil, adquirir a través del hijo o del siervo. Pero, en principio, éstos no podían obligarle con su actuación frente a los terceros. El pretor vino, sin embargo, con el tiempo a otorgar a los terceros acciones adjecticias (*institoria* y *exercitoria*), permitiendo que el *paterfamilias* viniera vinculado obligacionalmente frente a ellos por

los actos realizados y por las obligaciones asumidas por el hijo (o el siervo) colocado por él al frente de la hacienda comercial (o de la explotación del buque), siempre que éste se hubiere mantenido dentro de los límites del encargo.

2. Pronto comenzó, sin embargo, a ensancharse el campo de la *praepositio institoria*, tanto en el aspecto subjetivo, como en el objetivo.

De un lado, la creciente intensificación del tráfico económico planteó la necesidad de admitir la *praepositio institoria* respecto de un «*extraneus*» —un liberto o un siervo de otro—, no sujeto a la potestad familiar ni dominical. Se admitía así la posibilidad de que un sujeto, en virtud de un contrato concluido con una persona libre (o sometida a la potestad de otro) y por él propuesta a una determinada actividad, quedase obligado hacia un tercero, el cual se podría dirigir sea contra el “prepuesto” sea contra el “preponente”. Ciertamente cuando se abrió paso esta posibilidad de proponer como *institor* a personas no sujetas a la potestad familiar o dominical, entonces se producía una representación directa imperfecta, de sentido único. Los terceros tenían acciones contra el *praeponeus*, pero éste no las tenía contra ellos. Los juristas romanos vinieron a corregir esta situación anómala, como lo testimonia un pasaje atribuido a Ulpiano en que éste refiere a Marcelo la decisión de conceder, en caso de necesidad, al “preponente” una acción contra los terceros (*Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint*).

En paralelo, se produjo una progresiva ampliación del campo de acción del instituto, desbordando pronto el ámbito de la actividad estrictamente comercial. Esta evolución fue obra de la jurisprudencia romana, así como de las mismas intervenciones imperiales. Los supuestos en los que se aplicaron las reglas de la *praepositio institoria* fueron aumentando constantemente, lo que llevó a Ulpiano a concluir que «cualquiera que sea encargado de un negocio se ha de llamar rectamente *institor*» (*cuiusque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*). En otros supuestos que aparecían más alejados de los típicos de “preposición institoria”, parece ser que se llegó a conceder a los terceros una *actio utilis* contra el mandante, la llamada por los comentaristas «*ad exemplum institoriae*» o «*quasi institoria*».

De hecho, esta expansión de la *praepositio institoria* hacía pertinente la pregunta, ya planteada por los glosadores antes que por la doctrina moderna, de si realmente las múltiples excepciones, introducidas con el paso del tiempo, habían convertido la prohibición de la representación del antiguo Derecho quirritario en un mero resto arqueológico conservado en el *Corpus iuris*. Lo cierto es que, por unas vías indirectas y como disimuladas, se llegó en el Derecho romano a unas soluciones que, de seguro, no se alejaban mucho de lo que hubiera supuesto el reconocimiento oficial de la representación directa.

B) *Los poderes del institor: fundamento y extensión*

El poder de representación del *institor* encontraba su fundamento en el acto de investidura (*praepositio*), por el que la persona del *praepositus* era colocada por el *paterfamilias* al frente de la administración de la hacienda comercial familiar. La *praepositio* no estaba sujeta a exigencia alguna de forma.

1. En principio, los límites del poder del *institor* derivaban de los confines objetivos del oficio al que era propuesto. En este sentido se afirmaba en las fuentes (D. 14, 3, I, II: Ulp. 28 *ad ed.*) que «*non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est*», es decir, no todo lo que es gestionado por el *institor* obliga a quien lo propuso, sino lo que hace «por causa del asunto (*eius rei gratia*) al que fuera propuesto». Y de conformidad con este principio se decidía, en los diversos supuestos, si el proponente se había de quedar obligado hacia los terceros.

Por aquí apunta, precisamente, un rasgo característico de los apoderamientos mercantiles en el Derecho moderno: la configuración «general» del apoderamiento, con un ámbito predeterminado objetivamente de forma mediata, por referencia a las funciones del cargo u oficio encomendado.

2. Para el caso de que la *praepositio* viniera reflejada por escrito, los juristas romanos se preocupaban especialmente de sugerir los modos en que la *conditio prae-positionis* debía ser redactada y dada a conocer a los terceros.

Esta publicidad debía ser permanente, siendo muy severas las consecuencias de la inobservancia de las medidas necesarias para asegurar la notoriedad de la *praepositio* y de sus límites. En el referido pasaje del Digesto, Ulpiano advertía, por ejemplo, que si el anuncio público (*proscriptio*) expuesto en el negocio, no fuera ya legible por cualquier razón, el *praeponeus* quedaba vinculado frente a los terceros sin posibilidad de invocar los límites establecidos en aquél.

Se pone, con ello, de manifiesto la significación de la publicidad de los poderes y se anticipa la sanción característica de la falta de publicidad: la inoponibilidad a terceros de las limitaciones que recorten el contenido predeterminado del poder del *praepositus*.

III. LA DOCTRINA SOBRE EL «FACTOR» MERCANTIL EN EL DERECHO INTERMEDIO, ANTECEDENTE DIRECTO DEL DERECHO MODERNO DE LOS APODERAMIENTOS MERCANTILES

A) *El factor mercantil, sucesor histórico del institor romano: el poder del factor se fundamenta en el negocio de mandato*

1. La expansión del comercio, en el siglo XIV, protagonizada por los grandes comerciantes y banqueros del norte de Italia –conocidos bajo la denominación genérica de «lombardos»–, condujo a la fundación de establecimientos secundarios en lugares muchas veces muy alejados del establecimiento principal (*filiales, factorías*). Al frente de éstos se solía poner a personas de confianza (*factores*), a los que el capitalista (*commendator*) encargaba la gestión del establecimiento, dotándoles a tales efectos de amplias facultades de representación.

2. La doctrina sobre el «institor» del Derecho romano, por intermediación de la Glosa y con los arreglos de los *consiliatores* –especialmente de Bártolo– se proyectará sobre la figura del «factor» mercantil, al que en las fuentes de la época aparece mencionado indistintamente bajo la denominación de «factor o institor».

De hecho, al tiempo que la representación se expandía, la figura del *institor* se había ido reconduciendo a su ámbito originario: la representación comercial. En la Glosa y más decididamente en los comentarios de Bártolo, cuando ya se puede considerar la representación directa un principio vigente, el *institor* –*ille qui negotiationi quaestuarie praeponitur*– viene diferenciado del *procurator* –*qui certae rei vel negotiationis non quaestuarie praeponitur*–, en razón precisamente del carácter «lucrativo» o no respectivamente del negocio que se le encarga.

La doctrina sobre el «institor» legada por el Derecho romano, comentada y sistematizada por los *consiliatores* (especialmente Bártolo y Baldo) según el método didáctico de la época (el *mos italicus jura docendi*), con ulteriores componentes estatutarios y jurisprudenciales –particular peso tuvieron en esta materia las Decisiones de la Rota genovesa–, formaron un cuerpo de doctrina que aparecerá luego recogido y sistematizado por los primeros tratadistas de Derecho mercantil, con Stracca a la cabeza.

Esta doctrina pasará a nosotros a través de la obra de Hevia Bolaños –concretamente en el capítulo IV del libro II de la *Curia Philipica*, Lima, 1603–, cuyo influjo sobre el pensamiento del codificador mercantil español en esta materia es bien conocido.

B) *En la doctrina sobre el factor mercantil se anticipan algunos de los rasgos más característicos del régimen moderno de los apoderamientos mercantiles*

Interesa aquí entresacar sólo algunos pasajes de la obra de Hevia Bolaños en los que más claramente se pueden apreciar algunos aspectos del régimen del poder del factor que pasarán al Derecho de los apoderamientos mercantiles de los Códigos de comercio.

1. Un rasgo típico de los apoderamientos mercantiles se manifiesta en su configuración.

Fundado el poder de representación del «factor» en el negocio de mandato, su contenido de carácter general venía predeterminado por la esfera de atribuciones del «oficio», a salvo las limitaciones que se hubieren establecido en el «instrumento de factoría», caso de haberse documentado el mandato «otorgado entre el señor y factor». El factor venía, pues, apoderado para realizar cuantos actos negociales exigiera el desempeño normal del oficio, sin necesidad de órdenes o instrucciones expresas al respecto. Por ello, lo actuado por el factor «*conforme a su oficio*», aunque no fuera «sin mandato» específico del principal, vincularía a éste siempre que fuera «*en utilidad suya*», como se desprende del párrafo 32:

«El factor siempre queda obligado por si mismo *en el contrato que hiciera conforme a su oficio*, no le haciendo por mandato del Señor, y no siendo en utilidad de él; más *haciendole* por su mandato, o *en utilidad suya*, aunque sea *sin él*, queda obligado el señor, y no el factor...»

Esta configuración característica del poder del factor –extendida en el Derecho de los Códigos a los apoderamientos de los demás auxiliares del comerciante, dentro de la esfera más restringida de las funciones a éstos atribuidas–, sirve a los intereses del principal y de los terceros. Al primero le permite conferir a sus colaboradores o auxiliares la autonomía necesaria para el cumplimiento de las misiones encomendadas, habilitándoles para ello con los poderes generales que la reali-

zación de aquéllas requieran, sin necesidad de tener que recabar órdenes o instrucciones del principal.

Del lado de los terceros, la predeterminación del contenido de los poderes de los empleados con criterios funcionales objetivos, por referencia a las misiones asignadas a las personas en la organización, presenta la ventaja de hacer evidente la extensión del poder, dada la notoriedad de las misiones asignadas a las personas en la organización mercantil.

2. La institucionalización del poder se manifiesta no sólo en esa predeterminación objetiva del contenido del poder del factor por referencia la función del oficio, sino también en otro rasgo muy característico del régimen moderno de los apoderamientos mercantiles, que también se apunta ya en la vieja doctrina sobre el factor mercantil: la muerte del *dominus*, pese al carácter genuinamente personal que reviste en principio el mandato, no es causa de extinción del poder, como lo expresa el párrafo 47:

«Y aunque el mandato regularmente se acaba por muerte del mandante, o mandatario... Notese mas, que *por la muerte del señor no fenece el oficio del factor...*»

3. Especial significación tiene un pasaje en el que la investidura del factor en el oficio y el apoderamiento general a ella asociado, aunque se dice que descansa en la voluntad del principal, sin embargo, no queda claro que así sea.

El párrafo 2 del referido capítulo II del Comercio terrestre contempla, en efecto, la posibilidad de que la investidura del factor en el oficio –y, por derivación, el poder de representación inherente a éste– pueda tener origen en la voluntad tácita del *dominus*... pár. 2:

«El factor se puede nombrar por el señor *expresamente* por palabras, o ratificando por ellas lo que hiciere. Y *tácitamente administrándolo con ciencia y paciencia del señor, sin él lo contradecir...*»

Pero, a continuación, dice:

«... *esta ciencia y paciencia se prueba por la notoriedad o fama pública, que de ella hay en el Pueblo...*»

La indagación de la voluntad del *dominus* se vuelve, pues, irrelevante para el Derecho. Lo decisivo no parece que sea la voluntad efectiva del *dominus*, sino la notoriedad de la situación, es decir, la significación de los hechos concluyentes en la representación mental de los terceros, en este caso de los hechos negativos, es decir, de la aparente tolerancia del *dominus*, que se desprende del hecho de que el factor venga administrando el negocio «*sin él lo contradecir*». En la edición florentina de esta obra (1797) se añadía una coetilla muy ilustrativa: «sin que de ello pueda pretenderse la ignorancia de aquel» («*absque eo quod possit ignorantia illius praetendi*»). Cuando el «señor» no puede alegar ignorancia de la situación, es claro que su voluntad no cuenta. Lo que cuenta es la «*notoriedad o fama pública que de ella* (de la tolerancia, se sobreentiende) *hay en el Pueblo*», es decir la valoración de los hechos por los terceros. Con ello el acento se traslada del dato interno de la voluntad del poderdante al externo de la significación objetiva de los hechos para los terceros, que es el determinante para que el Derecho, en razón de la confianza despertada por la apariencia nombramiento (tácito), entienda producido el

nombramiento del factor y con ello su apoderamiento. Se insinúa así una tendencia político-jurídica que, inspirada en las exigencias de protección de los terceros en el tráfico, cobra especial fuerza en el ámbito de la representación mercantil y actualmente –como se verá– marca la orientación dominante de la Dogmática general de la representación. Me refiero, naturalmente, al reconocimiento del poder aparente.

Con razón ha visto en este pasaje la doctrina (Uría, Menéndez) el antecedente de la figura del llamado factor «notorio» del art. 286 del Código de comercio vigente.

4. Hay otro pasaje (pár. 33) que reviste interés por cuanto en él se apunta una línea de tendencia en el Derecho actual de la representación relacionada con la exigencia de la *contemplatio domini*. Parece, en efecto, que la exigencia viene relajada, cuando establece que el principal quedará vinculado por la actuación del factor, aunque éste no expresare, al contratar con el tercero, que su actuación guardaba relación con el desempeño del «oficio» («*sin hacer mención del oficio*»), si realmente actúa «*sobre cosa perteneciente a él*». El texto dice como sigue:

«... cuando el factor contrahe, o hace contrato simplemente, sin hacer mención del oficio, siendo sobre cosa perteneciente a él, es visto y se dice contraher en lo tocante al oficio, y por su razón; mas contrayendo, o haciendo contrato sobre cosa diversa, lo contrario se ha de decir...» (p. 33)

No parece que en él se llegue a dar el paso de consagrar la vinculación del principal en razón de la gestión del «interés ajeno». Ello no concuerda con otro pasaje (pár. 27) en que claramente se retiene como presupuesto decisivo, para que opere la representación directa, la expedición del nombre del *dominus negotii* por el mandatario cuando contrata, pues de lo contrario «*es visto ser en su propio nombre, y no en el del mandante, si no lo expresa*».

Más bien parece, por tanto, que en el pár. 33 estamos ante la presunción de una *contemplatio domini* «tácita» cuando el factor contrata «*simplemente, sin hacer mención del oficio, siendo sobre cosa perteneciente a él*». Esta regla se verá reproducida en el artículo 178 de nuestro primer Código de comercio y de él pasa a integrarse en el artículo 286 del vigente, para luego verla generalizada en el artículo 1717, II del Código civil.

IV. EL RÉGIMEN DE LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN DE LA DOGMÁTICA GENERAL DE LA REPRESENTACIÓN

La Teoría general de la representación fue obra, como se sabe, de la pandectística alemana. La institución se apoya sobre dos pilares. De un lado, la necesaria legitimación del representante sobre la base de un poder otorgado voluntariamente por el representado. De otro, la declaración de la voluntad representativa por parte del representante mediante la expedición del nombre del representado.

A) *La fundamentación dogmática del poder en la voluntad negocial del representado: el régimen de la representación en el Código de comercio alemán de 1861 inspirará la famosa tesis de Laband sobre la distinción entre el poder y el mandato*

1. El reconocimiento «oficial» de la representación directa en el Derecho privado no se produjo hasta el ascenso de la Escuela del Derecho natural de la razón en el siglo XVII. En particular, se debe a Hugo Grocio, quien vino a fundamentar el instituto en el negocio de mandato.

Esta fundamentación dogmática se reflejará luego en los Códigos que fueron la obra legislativa del iusnaturalismo racionalista tardío. Tanto en el *ALR* prusiano, como en el Código civil francés o en el austriaco la representación era concebida como un aspecto del negocio de mandato y el poder del representante como una mera derivación de aquél. Venía, pues, embebida en el negocio de mandato.

Este punto de vista sería compartido por la generalidad de la doctrina jurídica europea hasta la segunda mitad del siglo XIX, en que la ciencia jurídica alemana sentó las bases de la Dogmática moderna de la representación, partiendo de la distinción entre el mandato y el poder.

Fue en concreto Paul Laband, prolongando una idea apuntada por Ihering y recogida por Windscheid en sus *Pandectas* –la distinción entre una dimensión «interna» y otra «externa» del negocio de mandato– vino a diferenciar nítidamente dos relaciones jurídico-negociales plenamente diferenciadas:

«Nada ha sido más perjudicial –decía Laband– para el concepto verdadero de la representación y la construcción jurídica de este instituto que la mezcla de la representación con el mandato... los que distinguen con mayor precisión (alude a Windscheid), refieren la voz “mandato” a la relación entre mandante y mandatario, “poder” a la relación del mandato con tercero; mandato designa el lado interno de la relación, poder el externo... no se pueden comprender como el lado interno y externo de una misma relación, antes bien son *dos relaciones diferentes*, que sólo de hecho coinciden en muchos casos... hay mandatos sin poder, poderes sin mandato... la separación nítida de ambos conceptos es una necesidad. Son *dos negocios jurídicos completamente distintos, que tienen diferentes presupuestos, contenido y efectos...*»

2. El régimen de la representación mercantil en el Código de comercio alemán de 1861 (el *ADHGB*) fue la verdadera fuente de inspiración de su teoría.

La vino Laband a exponer en un trabajo publicado en 1866 en la revista señera de la doctrina mercantil alemana (la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*) bajo el título: «La representación en la celebración de negocios jurídicos según el Código de comercio alemán».

En efecto, en aquel Código se manifestaba con nitidez la distinción entre el mandato y el poder, de un modo que ni la teoría ni en legislación anterior habían percibido.

El Código de comercio no sólo diferenciaba ambos conceptos realmente, sino que la terminología era consecuente en su conjunto con tal diferenciación.

Cuando el poder de representación se funda en un negocio jurídico específico dirigido a ese fin entre el principal y el representante, entonces se servía el Código de las expresiones «poder», «apoderado», «poderdante». En la gran

mayoría de los casos el otorgamiento de un poder de representación era denominado «poder» o «autorización», no «mandato».

Era, sobre todo, la fijación en el Código del contenido de los apoderamientos mercantiles la que hacía más evidente la distinción del poder, es decir, de la relación de representación respecto de la relación causal subyacente (mandato, arrendamiento de servicios o de obra, sociedad, etc.).

La predeterminación legal del contenido de los apoderamientos mercantiles revestía, en efecto, diferentes grados de rigidez en el Código alemán. Había supuestos –como el de la *Prokura* o los de representación orgánica de las sociedades mercantiles– en los que la Ley fijaba rígidamente la extensión del poder, sin posibilidad alguna de introducir limitaciones oponibles a los terceros. Había otros (los apoderamientos mercantiles generales contemplados en el § 47 del ADHGB, en línea con los arts. 286 y 292 II de nuestro Código) en que la Ley establecía un contenido presuntivo del poder, limitable en principio por la voluntad del poderdante, pero las limitaciones sólo podían hacerse valer frente a los terceros cuando se probare que éstos las conocían o debieran conocerlas (es decir, su buena fe en sentido subjetivo).

Esa fijación del contenido del poder mostraba, a las claras, la posible falta de correspondencia entre el poder y el mandato, entre lo que el apoderado está legitimado para hacer (*posse, können*) y lo que le es lícito hacer (*licere, dürfen*). La conclusión era obvia según Laband: se trata de dos relaciones negociales totalmente diferentes, con distintos presupuestos, contenido y efectos.

3. La tesis de Laband cosechó rápidamente un éxito enorme, dentro y fuera de Alemania. No sólo se impuso en el Código civil de este país, sino que influyó decisivamente en el desenvolvimiento del Derecho de la representación en todo el continente europeo e, incluso, más allá. Ni siquiera aquellos ordenamientos –como el nuestro– cuyos presupuestos de partida, al menos a primera vista, eran muy diferentes a los del Derecho alemán, permaneciendo todavía la representación asociada al contrato de mandato, quedaron libres del influjo de la tesis de Laband. Se tendió a favorecer una reinterpretación del Derecho positivo desde la nueva perspectiva dogmática abierta por aquél.

Este éxito, tan rápido y generalizado, de la tesis de Laband no se puede explicar sólo por la fuerza convincente de su argumentación. Mucho tuvo que ver en él, sin duda, los fines político-jurídicos que animaban en el fondo aquel esfuerzo constructivo: la necesidad de reforzar la seguridad del tráfico económico. En plena fase de expansión de aquel sistema económico –el de mercado– recientemente instaurado todavía, la protección de los terceros, es decir, la seguridad del tráfico se convertía en una prioridad absoluta, a costa naturalmente de la seguridad individual. El tráfico mercantil, en particular, estaba a la cabeza de esa demanda social.

No fue, en efecto, casual –como piensa Flume– que Laband construyera su teoría inspirándose en el régimen de la representación en el tráfico mercantil. Ciertamente, este tráfico, como tráfico negocial masivo, tiene especial necesidad de una conclusión rápida y segura de los negocios. Y esto se compadece mal con tener que indagar en cada negocio si la contraparte tiene poder, si éste actúa en su condición de representante, si su actuación entra dentro del ámbito del poder y si éste es ejercido conforme a los intereses del poderdante. En este tráfico siempre fue apremiante que el poder de representación se independizara de la relación obligatoria que vincula al represen-

tante. La representación sería impracticable en el tráfico mercantil si solamente se pudiera contar con la eficacia vinculante para el principal de los negocios realizados por el representante bajo el presupuesto de que éste hubiera actuado de acuerdo con lo convenido en la relación contractual interna entre ellos establecida y a la que los terceros no tienen fácil acceso. La celeridad con que se desarrolla el tráfico jurídico-negocial no permite a éstos apreciar si el representante ha actuado de conformidad con su deber. El tráfico mercantil exige evidencia del poder de representación. Esta no se daría, por tanto, si el poder de representación en general sólo existiera dentro de los límites del vínculo obligatorio del representante con el representado. De ahí la necesidad de independizar el poder de representación de la relación contractual subyacente que le sirve de fundamento:

«Mediante la separación del poder respecto del mandato, de la facultad representativa respecto de la relación en concreto existente entre representante y representado, se produce –concluía Laband– la posibilidad de una legitimación para el tráfico autónoma.»

4. La distinción conceptual del poder de representación respecto de la relación obligatoria que está en su base y le sirve de fundamento fue, sin duda, una aportación trascendental de Laband, aunque su mérito venga empañado por la exagerada separación de ambas relaciones que, sobre todo, la doctrina posterior forzó en exceso, incurriendo en un constructivismo que a la larga se acabaría revelando tan artificioso como inadecuado desde el ángulo de los propios fines que, en el fondo, guiaban ese esfuerzo constructivo.

La aportación de Laband, como observa Ballerstedt, al aislar el poder de la «variable» relación negocial subyacente, hizo posible crear la figura jurídica general y unitaria de la representación, a la que, por otros caminos, había llegado mucho antes el *Common Law*.

B) *La exigencia apriorística de la expedición del nombre del representado («contemplatio domini»): la representación «indirecta» no es considerada verdadera representación*

1. Para Laband, como para el resto de la pandectística, la declaración del nombre del representado se consideraba un presupuesto inexcusable para que los efectos de la actuación del representante se proyectaran directamente sobre la esfera patrimonial del representado. La expedición del nombre del representado era el expediente formal en el que el Derecho se apoyaba para referir los efectos del negocio concluido por el representante con el tercero a la persona del representado. Sobre la exigencia de la *contemplatio domini* en este sentido «formal», no había discusión.

Es más, la llamada «representación indirecta» no merecía, a su juicio, ser considerada verdadera representación. Era una «*contradictio in adjecto*». En el Derecho romano tenía sentido como subrogado de la representación directa, dada la prohibición de ésta. Pero en el Derecho actual era del todo innecesaria.

También aquí buscó apoyo Laband en el Código de comercio y no le costó encontrarlo, pues en definitiva aquél, aunque influido por los puntos de vista más pragmáticos de la profesión mercantil, se había gestado en plena hegemonía de la pandectística. No era fácil que en la elaboración de aquél se colaran normas contradictorias con los postulados de aquella ciencia jurídica,

que llegó nada menos que a postularse a sí misma como fuente del Derecho. En otros Códigos de comercio, como el nuestro de 1829, le hubiera sido más difícil no ver algunas normas que se desviaban de aquella Dogmática general.

Ciertamente, en la terminología del Código alemán se podía observar cómo las expresiones «representación», «poder» y similares nunca eran utilizadas cuando alguien contrataba en su propio nombre por cuenta de otro, es decir, en los supuestos de representación «indirecta». Desde esa perspectiva terminológica la expresión «representación indirecta» era, sin duda, incorrecta. Por otra parte, la eficacia directa en la esfera patrimonial del representado de lo actuado por el representante siempre venía condicionado en el Código a la expedición del nombre.

V. LAS NECESIDADES DEL TRÁFICO MERCANTIL OBLIGAN A REVISAR LOS FUNDAMENTOS DE LA DOGMÁTICA TRADICIONAL DE LA REPRESENTACIÓN: LA APROXIMACIÓN DEL DERECHO CONTINENTAL AL ANGLOSAJÓN

A) *El desenvolvimiento del Derecho de la representación en los sistemas de Civil Law y de Common Law: tendencias de aproximación*

1. El desenvolvimiento del Derecho de la representación en el continente europeo ha estado, como bien se sabe, muy intensamente influido por el pensamiento teórico-doctrinal, en particular por aquella ciencia jurídica alemana del siglo XIX, tan obsesionada por el sistema, los conceptos y la coherencia lógico-formal de la argumentación. Esto ha conferido al Derecho continental en este campo una característica rigidez formal, que con frecuencia le ha llevado a soluciones poco acordes con las exigencias reales del tráfico.

Muy diferente ha sido, en cambio, la forma en que se desarrolló la *Law of Agency* en el Derecho anglosajón. Obra de prácticos, alejados de toda pretensión científica, su aproximación a los problemas diarios de la vida económica y social ha sido siempre mucho más pragmática y flexible.

2. Se observan, sin embargo, signos de evolución en el propio Derecho continental que apuntan en la dirección de un mayor realismo, es decir, de una mayor atención a las necesidades e intereses del tráfico, tratando de dar respuesta adecuada a los problemas que plantea la representación en un contexto social y económico cada vez más complejo, aunque para ello haya que revisar algunos de los axiomas, hasta hace poco inamovibles, sobre los que se apoya la Teoría general de la representación.

Wieacker registraba algunos de esos cambios en el Derecho de la representación que se apuntaba ya en la jurisprudencia alemana posterior a la promulgación del Código civil. Por una parte, observaba una tensión entre el deseo de una tipificación objetiva de las relaciones de representación y la preocupación por la justicia del caso individual. Así, de un lado, hay una tendencia a la tipificación de situaciones sociales a las que, en cuanto generadoras de una apariencia de poder, se les atribuye por el Derecho los efectos jurídicos de la representación, separándose así de la voluntad individual aún más que lo

hacía la última pandectística con la abstracción de la representación. Por contra, se individualizan situaciones, inquiriendo en la moralidad de la causa, para impedir que los terceros –en caso de colusión o, simplemente, de conocimiento o evidencia de la extralimitación o el abuso del poder– encuentren una protección inmerecida en la abstracción del apoderamiento respecto de la relación causal subyacente.

Por otra parte, en lo que se refiere al presupuesto de la actuación «en nombre ajeno», se podía constatar también una tendencia a mirar detrás de la persona formalmente legitimada en orden a alcanzar a la parte realmente interesada, aproximando de este modo la representación indirecta a la directa.

Ese cambio de actitud ha sido en gran medida instigado, una vez más, por la presión de las necesidades del tráfico mercantil. Los problemas de representación que en este tráfico se presentan difícilmente podían encontrar una respuesta adecuada en una Dogmática tan rígidamente formal como la construida por la pandectística. De hecho, algunas de las normas contenidas en los Códigos de comercio no encajaban ya, sin forzamiento, en aquella Dogmática. Así, la atribución de los efectos del poder a situaciones de apariencia de poder o la aproximación de la representación indirecta a la directa están detrás de aquellas normas mercantiles, aunque la doctrina hiciera todo lo posible por interpretar los preceptos de forma que pudieran encajar en la Teoría general de la representación, sin que la coherencia lógica de ésta se resintiera. Con el tiempo, sin embargo, la doctrina no tendrá más remedio que admitir la necesidad de revisar las propias bases axiomáticas sobre la que aquella fue construida. Las exigencias del tráfico, sobre todo del tráfico mercantil, ponían a prueba seriamente la consistencia de aquella construcción jurídica. Es así cómo, ese tráfico y el Derecho que lo regula, después de haber servido de fuente de inspiración a la construcción de esta Dogmática, se convertía ahora, paradójicamente, en su principal «destructor».

Consecuencia de todo ello es que los pilares fundamentales sobre los que se apoyaba la Teoría general de la representación en el Derecho continental europeo han perdido, hoy día, la firmeza que en otro tiempo les reconociera la doctrina jurídica, percibiéndose una creciente aproximación de aquél a los sistemas de *Common Law*.

El *Convenio sobre la representación en la venta internacional de mercaderías* (Ginebra, 1983) viene a reflejar esa convergencia. Las soluciones que en él se han adoptado son indicativas de las tendencias de fondo que guían la evolución actual del Derecho de la representación. Por ello nos ha parecido oportuno cerrar la exposición de las tendencias evolutivas con las referencias a las normas de este Convenio en la que se reflejan.

B) *El negocio jurídico deja de ser el único fundamento dogmático del poder de representación: reconocimiento de los efectos de la representación en situaciones de apariencia de poder inducidas o toleradas por el representado*

1. El Derecho anglosajón, que nunca estuvo tan rígidamente confinado por construcciones teórico-doctrinales como el continental, tuvo siempre menores dificultades que éste para reconocer los efectos de la representación en casos en los que podía no haberse otorgado un poder voluntariamente por el principal, pero éste había creado o tolerado una situación de apariencia de poder, que en la representación de

los terceros podía ser tomada como real. En estos casos se entendía que el tercero, que hubiera confiado o podido confiar razonablemente en la realidad de situación aparente, merecía que el Derecho le protegiera, colocándole tal como corresponde a la situación por él supuesta. En estos casos de apariencia de poder de algún modo imputable al principal, los jueces ingleses le impedían sustraerse a la vinculación con el tercero, alegando la falta de poder del *agent*.

Tal es el fundamento de la doctrina de la «*agency by stoppel*» o «*by holding out*» del Derecho inglés, cuyos precedentes se remontan a mediados del siglo XIX. La relación de representación era creada en este caso no por la voluntad tácita del poderdante, sino por la significación que una situación fáctica tiene para los terceros, fundando en ellos la creencia de que el intermediario tenía un poder de representación efectivamente otorgado por aquél. Quien permita a otra persona actuar de un modo que justifique que los terceros crean que ésta es su representante, puede verse vinculado como principal (principio de *holding out*), quedando obligado de la misma manera en que quedaría de haberle otorgado poder para actuar. El Derecho protege aquí al tercero permitiéndole confiar en que las situaciones objetivas de apariencia de poder creadas o corroboradas por el principal se corresponden con la realidad.

Este temprano desenvolvimiento del Derecho inglés respondía a las mismas exigencias que, en el fondo, motivaron la construcción de la teoría de la abstracción en la doctrina del continente europeo. La necesidad de ofrecer seguridad a los terceros en las transacciones comerciales, liberándoles de una carga –la investigación de la existencia y del contenido de los poderes– que en el tráfico mercantil, por su misma celeridad, se hace insostenible. Las vías dogmáticas que se seguían eran, sin embargo, diferentes.

Con la abstracción del poder el Derecho venía a amparar a los terceros aislando la relación de representación de la relación causal subyacente, a la que los terceros normalmente no tienen acceso por desarrollarse en el campo de las relaciones internas entre representado y representante. La relación de representación –la que confiere al representante el poder o legitimación para vincular al principal con los terceros– venía regida por un negocio jurídico abstracto (apoderamiento), totalmente independiente y aislado del negocio causal subyacente. El contenido del poder de representación no venía determinado por la variable relación jurídica subyacente, sino por el negocio abstracto de apoderamiento. En consecuencia, lo pactado por el representado con el representante en el marco de la relación causal interna –límites del poder, deberes en cuanto al uso del poder, etc.– no podía hacerse valer por el representado frente al tercero para sustraerse a la vinculación por razón de la actuación gestora del representante, en tanto no viniera incorporado expresamente en el negocio de apoderamiento, que era el que regía en exclusiva la relación de representación y determinaba en consecuencia al ámbito del poder y el modo de ejercicio de éste. El poder de representación tampoco se veía afectado por los eventuales vicios del negocio causal subyacente –determinantes en su caso de la nulidad o impugnabilidad de éste– y, por tanto, los terceros también quedaban al abrigo de sorpresas por ese lado. En suma, la existencia, la extensión y la extinción del poder no dependían para nada de la relación subyacente. Las vicisitudes por las que atravesara esta relación eran *res inter alios acta* para los terceros. La abstracción del poder operaba así como un escudo protector para los terceros, sobre la base –claro está– de recortar la autonomía privada del representado, al que se le privaba en definitiva de poder alegar frente a los terceros

lo querido por él en el marco negocial en el que el poder de representación tiene su fundamento natural.

Con el reconocimiento del poder aparente la Ley no es que recorte la autonomía privada negocial, sobre la que se funda el poder de representación, sino que realmente lo sustrae por completo a aquella y lo apoya sobre un fundamento dogmático totalmente distinto. Los efectos del poder de representación derivan *ex lege* de una situación fáctica objetiva, generadora de una apariencia de poder. Una situación de apariencia que ha de ser de algún modo referible al principal –por haber contribuido a crearla o a tolerarla indebidamente–, pero sino que esta implicación del principal en la producción de la situación de apariencia suponga una voluntad negocial tácita de apoderamiento. Los efectos del poder, por tanto, se hacen derivar por la Ley, en el caso del poder aparente, de una situación fáctica objetiva que crea en los terceros la apariencia de que una persona está autorizada o apoderada para actuar en representación de otra.

2. La doctrina del poder aparente aventaja, sin embargo, a la de la abstracción, tanto desde la perspectiva de su adecuación a los fines político-jurídicos perseguidos por ambas –reforzar la seguridad del tráfico–, como de su coherencia dogmática.

Desde la primera de esas perspectivas, la abstracción del poder no discrimina, en principio, a los terceros merecedores de protección de los que no lo son. Por ello, la doctrina alemana, valedora tradicional de esta teoría, no ha tenido más remedio que relativizar con el paso tiempo la abstracción del poder de representación y admitir la dependencia de la relación de representación respecto de la relación causal subyacente. No sólo en los casos de abierta colusión del tercero con el representante, sino también cuando éste tuviera conocimiento –o hubiera debido tenerlo en razón de su evidencia– de la inexistencia, la extralimitación o el abuso del poder por parte del representante (Flume).

Al tiempo que sacrifica la autonomía privada negocial en exceso, dando una protección indiscriminada a terceros que no la merecían, la teoría de la abstracción no protege, por contra, suficientemente –como advierte, entre nosotros, Gordillo– a los terceros de buena fe frente a los posibles vicios del propio negocio de apoderamiento, de los que no pueden normalmente tener conocimiento.

En el plano dogmático, es decir, de lógica jurídica, la teoría de la abstracción supuso un enorme esfuerzo constructivo, cuya artificiosidad quedaba en cierto modo disimulada por la coherencia lógico-formal de la construcción. En este sentido, la Teoría de la representación –como la Teoría cambiaria, con la que presenta notables afinidades, de fondo y de forma, que no pasaron por cierto inadvertidas a Laband– es un típico producto intelectual de aquella ciencia jurídica alemana del siglo XIX, tan proclive a unas construcciones dogmáticas de una coherencia lógico-formal impecable, aunque fuera a costa de forzar la realidad vital, cuando no de olvidarse por completo de ella. Con el tiempo, además, la construcción se fue haciendo cada vez más alambicada y artificial, porque la única manera de dar una respuesta a los nuevos y cada vez más complejos problemas de representación que se presentaban en el tráfico económico a medida que éste se desarrollaba, fue a base de complicar cada vez más aquella Teoría general.

Así, la doctrina vino a sentar una distinción que nunca estuvo clara, aunque encontraba apoyo en el *BGB*, entre el poder «interno» –declarado al repre-

sentante– y el poder «externo» –declarado a terceros–, confinando la operatividad de la abstracción del poder en el campo del segundo. El poder interno es siempre causal; sólo el poder externo opera abstractamente.

Al final, algunos (Flume) no han podido menos de admitir que la independencia del poder externo respecto de la relación causal subyacente no debe verse como un dogma, sino como un imperativo fundado en razones de «practicabilidad» y que en esas mismas razones debe encontrar aquella sus límites. Es una manera eufemística de confesar la necesidad de apartarse de aquella Dogmática formal e introducir una perspectiva más funcional, aunque sea a costa de quebrar su coherencia lógica.

Al mismo tiempo que la teoría de la abstracción del poder comenzaba a ser cuestionada, la doctrina de la apariencia comenzaba a ganar adeptos. Y es que –como sostiene Gordillo– ésta permite alcanzar los mismos objetivos que perseguía con la teoría de la abstracción, pero de manera más adecuada y simple, al precio –eso sí– de romper abiertamente con el dogma de que los efectos de la representación sólo pudieran traer origen y fundamento de la voluntad negocial del representado y aceptar que también pudieran derivar de situaciones fácticas externas generadoras de una apariencia de poder. Paso éste que la ciencia jurídica del continente europeo, en particular la alemana, se ha resistido a dar, pero finalmente parece abrirse paso en la doctrina (Niperdey, Larenz, Fikentscher, Canaris, etc.) un estado de opinión que ya no cuestiona que los efectos de un apoderamiento puedan producirse con fundamento en la protección de apariencia, sin que en verdad se haya otorgado un poder expresa o tácitamente.

Este cambio de opinión tiene consecuencias en la orientación de la interpretación del propio Derecho positivo. En este sentido, Canaris postulará una lectura de los §§ 171 y 172 *BGB* y 56 *HGB* en clave de protección de la confianza en la apariencia, que resulta bastante más convincente que la favorecida por la doctrina anterior.

La doctrina del poder aparente se ha abierto, pues, también definitivamente paso en los sistemas del continente europeo, en clara aproximación a los sistemas de *Common Law*. Se puede observar, en efecto, una convergencia sustancial de la doctrina de la *agency by stoppel* o *holding out* en Derecho inglés con el régimen en Derecho continental del *Scheinvollmacht*, del *mandat apparent* o de la *procura aparente*. Aunque partan de presupuestos diferentes, unos y otros sistemas llegan a conclusiones similares o muy próximas.

Permanecen, ciertamente, algunas discrepancias. Así, por ejemplo, en cuanto a las causas de extinción del poder. En particular, los sistemas divergen en cuanto a la consideración a ese respecto del fallecimiento del principal. En este punto, curiosamente, el Derecho inglés aparece anclado en unos presupuestos dogmáticos que le impiden evolucionar en la dirección, sin duda más acorde con las necesidades del tráfico, en que lo ha hecho el Derecho continental.

3. Esa aproximación de los sistemas jurídicos explica que en el *Convenio sobre la representación en la venta internacional de mercaderías* (Ginebra, 1983) se dé entrada al «poder aparente» (art. 14).

Después de establecer, en principio, que la actuación del intermediario «sin poder» o «sobrepasando el poder» no vincula al principal frente al tercero, el párrafo segundo establece una excepción a esa regla general:

«Sin embargo, cuando el comportamiento del representado induce a los terceros a creer razonablemente y de buena fe que el intermediario tiene el poder de actuar por cuenta del representado y que actúa en los límites de este poder, el representado no puede prevalecerse frente al tercero de la falta de poder.»

En esta disposición se viene a recoger, en la práctica, la doctrina de la *agency by stoppel* del *Common Law*. No implica que el poder exista y menos que se equipare al poder emanado de un negocio de apoderamiento. En este precepto se establecen únicamente los efectos jurídicos que se derivan de un estado mental del tercero, de su creencia de buena fe en una situación de apariencia de poder del intermediario, causada por el comportamiento del representado.

Según la doctrina de la *agency by stoppel* en el Derecho inglés, mientras que al tercero se le da la opción de dirigirse o no contra el representado, el representado no puede ejercer una acción contra el tercero sobre la base del contrato concluido entre este último y el *agent*. Sólo en el caso de que el tercero escogiese iniciar un procedimiento contra el representado, podría éste reconvenir, a su vez, contra el tercero sobre la base de dicho contrato.

La protección del tercero de buena fe con fundamento en la apariencia se extenderá también en el art. 19 del Convenio de Ginebra al supuesto de la extinción del poder:

«La extinción del poder no produce efecto respecto de tercero salvo que este conociera o debiera conocer la extinción o los derechos que la han causado.»

C) *La actuación en nombre propio también deja de ser un presupuesto inexcusable de la representación: tendencia a la aproximación de la representación «indirecta» a la «directa»*

1. En este punto las divergencias de partida del Derecho continental europeo y el inglés han sido claras.

En el primero, la exteriorización de la voluntad representativa era condición necesaria para que se produjera la vinculación directa del representado. La eficacia directa de la actuación del representante en la esfera patrimonial del representado presuponía una actuación abierta del representante en nombre ajeno. Se admitía que esa exteriorización de la condición de representante se produjera tácitamente y no se exigía desvelar la identidad del representado, pero sí que quedase claro la condición en la que actuaba el representante. La actuación en nombre propio, aunque fuera en interés ajeno, sólo tenía efectos directos para el representante. Es más, no se consideraba siquiera verdadera representación.

En el Derecho inglés, el concepto de la *Agency* comprende, en cambio, la gestión de negocios ajenos, sea como apoderado, sea como mandatario en nombre propio. De hecho, bajo el influjo de las necesidades del comercio se admitió en éste muy pronto, junto a la «*open agency*», el concepto de «*undisclosed agency*», una forma de representación especialmente importante en las transacciones comercia-

les, en que el agente se presenta ante la contraparte en el negocio como si fuera el principal. En este supuesto, no obstante permanecer oculto el verdadero *dominus negotii* con interés económico real en la transacción, los tribunales comenzaron a admitir reclamaciones tanto a favor suyo frente a los terceros como, en sentido contrario, de los terceros contra el principal. En el Derecho actual se reconoce al tercero un derecho de elección entre el agente o el principal como contraparte en el contrato, al tiempo que se da al principal un derecho a intervenir y exigir el cumplimiento del contrato contra el tercero, con ciertas limitaciones y con sujeción en todo caso a las excepciones que pudiera haber opuesto al *agent* el tercero.

Propiamente hablando, se reconoce eficacia directa a la actuación del agente sólo del lado de la vinculación obligacional del principal. En cuanto a la atribución de derechos, realmente no se refiere directamente al principal, sino que lo que se permite es que éste actúe frente al tercero en sustitución del *undisclosed agent*, es decir, se le otorga un derecho de disposición en el proceso de los derechos atribuidos a éste.

2. Sin embargo, en los sistemas de Derecho continental también se observa un cierto reblandecimiento de este presupuesto.

A esta evolución han contribuido dos factores. Por una parte, la presión de las necesidades comerciales. La ocultación del nombre del principal en las relaciones mercantiles responde muchas veces a intereses perfectamente legítimos. Por otro lado, el vuelco experimentado por la ciencia jurídica con la irrupción de una corriente de pensamiento –la Jurisprudencia de intereses– que pone especial énfasis en los intereses reales que laten en los conflictos de la vida social y económica. La doctrina mercantilista, que había protagonizado este giro, pronto se cuestionó que un expediente puramente formal –la expedición del nombre– condicionara la producción de los efectos directos de la representación. Bajo esa nueva forma de ver el Derecho, Müller-Erzbach en Alemania y Garrigues en España, representantes conocidos de esa corriente de pensamiento, no dudaron en promover una asimilación de la representación indirecta a la directa, sobre la base de la consideración de la situación real de los intereses implicados en la representación. En esa misma dirección se orienta, en la doctrina contemporánea, el pensamiento de Díez Picazo, como es bien sabido.

De un lado, no sólo no se exigirá la mención del representado para que éste quede vinculado con el tercero por la actuación gestora del representante, sino que en algún ordenamiento se llega a admitir que se produzca aquel efecto directo aunque en su actuación el representante no llegue siquiera a exteriorizar la condición de tal.

Así, el art. 32 del Código suizo de las obligaciones establece que, en este caso, pueda quedar directamente vinculado el principal cuando el tercero deba inferir de las circunstancias que había una relación de representación o si le era indiferente tratar con uno u otro.

De otro lado, en razón de la situación real de intereses que subyace a la representación mediata, se tiende a admitir que de la actuación de un intermediario «en nombre propio» se pudieran derivar –por diferentes vías dogmáticas– ciertos efectos inmediatos para el principal.

Así, puede verse cómo se atribuyen en algunos ordenamientos directamente al principal, con la finalidad de protegerle en caso de concurso o quiebra del representante, los derechos de crédito adquiridos por razón de la actuación gestora del representante (art. 392, HGB, 401 Código suizo de las obligaciones; art. 1707 C. civ. ital.). Con esa misma finalidad también se atribuye al representado en algunos sistemas un derecho sobre las cosas entregadas al representante mediato para su venta o adquiridas por éste por encargo del principal, a fin de permitirle separarlos de la masa de la quiebra o concurso del representante (*vid.* art. 1707 C. civ. it.; art. 909, 4.º de nuestro C. com., hoy derogado). En algún ordenamiento, la Ley confiere directamente la propiedad al mandante, atribuyéndole las correspondientes acciones reivindicatorias (art. 1706 I, C. civ. ital. referido al mandato para adquirir cosas muebles). Otras disposiciones se limitan, en cambio, a conferir al *dominus negotii* una legitimación por sustitución, es decir, la facultad de disponer en el proceso de derechos que en realidad son del representante (art. 1705, II y 1706, II Cod. civ. it.), en la línea del Derecho inglés antes referida.

En nuestro Derecho, esta aproximación de la representación indirecta a la directa parece manifestarse en el artículo 1717, II C. civ. («*cuando se trate de cosas propias del mandante*»), aunque puede haber dudas sobre si, más bien, estamos ante un supuesto de *contemplatio domini* tácita. Pero donde no cabe duda alguna es en el artículo 287 C. com., donde la actuación del factor por cuenta del principal, aunque fuera en nombre propio, da derecho –en la línea del Derecho inglés– al tercero a dirigir su acción contra el actor o contra el principal. Claramente nuestro codificador mercantil ha tomado aquí en consideración la situación real de intereses.

3. El Convenio sobre la representación de 1983 (art. 13), reflejando esa tendencia de aproximación del Derecho continental al anglosajón, sitúa el centro de gravedad en el «interés» gestionado.

Comienza por no exigir que en la actuación del representante se declare el nombre del representado. Todo acto realizado por el intermediario «por cuenta» del representado –dentro, por supuesto, de los límites del poder– liga directamente al representado y al tercero. Sólo exige para que se produzcan los efectos directos de la representación que el tercero hubiera conocido o debido conocer –en razón de su notoriedad– la cualidad del intermediario.

Solamente, cuando el tercero no conociera ni debiera conocer la cualidad del intermediario o cuando el intermediario se hubiera obligado personalmente frente al tercero (actuación en nombre propio), el contrato sólo vincula al intermediario y al tercero. Sin embargo, en este caso se admite (apartado 2 del art. 13) que si el intermediario no ejecuta sus obligaciones hacia una de las partes (representante o tercero), ésta pueda ejercitar sus derechos «directamente» contra la otra parte, que a su vez podrá oponer las excepciones que el intermediario habría podido hacer valer frente al demandante. Se permite, en definitiva, a las partes actuar «en sustitución» del representante, es decir, disponer en el proceso de unos derechos que en realidad son «ajenos», del representante.