

EN TORNO AL CONCEPTO JURÍDICO DE «REPRESENTACIÓN»

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

AUNQUE otra cosa pueda a primera vista parecer, la elaboración de una doctrina de la representación es, en el Derecho privado español un fruto bastante tardío. Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que la figura como tal ni siquiera existía cuando se redactó el Código Civil. Es curioso consignar, que, en él, el nombre de «representación» se utiliza para designar lo que hoy llamamos representación legal. Así, el artículo 1.259 Código Civil dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal», donde se contraponen, notoriamente, «autorización», que es vocablo que no ha logrado doctrinalmente acuñarse frente a representación que es expresamente la legal. El vocablo se utilizaba en 1889 para referirse a la entonces existente representación de la mujer casada que se confería al marido, la de los hijos que siempre ha formado parte de la patria potestad y la de los tutores sobre las personas tuteladas. No existe, en cambio, ningún texto en que se llame representación a lo que hoy conocemos como representación voluntaria. Además de la idea «autorización» que recoge el artículo 1.259, se suele hablar de mandato o de poder, pero no específicamente de representación.

La idea expuesta de que en el código representación es siempre la legal se corrobora si se lee el artículo 439 Código Civil, que, en relación con la adquisición de una posesión, dice que «puede adquirirse por representante legal o mandatario o por tercero sin mandato legal».

Dentro de este conjunto de curiosidades que puede sentir el que lea el texto del código con ojos inocentes, se puede colocar también el hecho de que la expresión «representación», en los índices que suelen acompañar a las ediciones del código, se suele referir, todavía hoy, al llamado «derecho de representación» en cuanto figura específica del Derecho de Sucesiones. Se denomina así a una forma de delación indirecta en los casos de premoriencia de un primero llamado en la sucesión legal o, por decirlo más claramente, la delación por la Ley que los descendientes de un ascendiente premuerto, llamado a una sucesión intestada, experimentan para recibir lo que, de haber vivido, hubiera correspondido al susodicho ascendiente. Es manifiesto que, en el sentido moderno de la palabra, los descendientes no representan al ascendiente. Adquieren directamente de la Ley sus derechos hereditarios y los recursos con independencia del hecho de que en la herencia del ascendiente hayan sido o no sucesores. Habrá que decir, además, que en la genuina representación

malamente se representa a un fallecido. Sin embargo, esta utilización de la palabra, que es muy antigua, porque procede del Derecho Romano, nos da una pista sobre los significados más antiguos. Puede pensarse que hay representación siempre que uno se coloca en el lugar de otro o en el lugar en que este otro debería estar.

Las hipótesis de lo que hoy llamamos genéricamente representación y, más estrictamente, representación voluntaria hay que ir a buscarlas en la regulación del contrato de mandato y en la del contrato de sociedad. En materia de contrato de mandato, no es difícil encontrar el artículo 1.717: «cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con las que el mandatario ha contratado ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo». Hay que proceder a realizar una lectura *a sensu contrario* o, si se prefiere una descodificación, para aislar el esquema que estamos intentando buscar, que sería más o menos éste. Si se dan los requisitos siguientes, que son: a) un mandatario que obra en nombre del mandante, y b) que tiene un mandato y obra dentro de los límites de éste, se produce el efecto jurídico de que el negocio o lo hecho por el mandatario vincula directamente al mandante y al tercero con quien se haya relacionado el mandatario, produce directamente sus efectos para ellos y la persona del mandatario queda fuera.

No obstante, el precepto citado y los concordantes entienden que no se deja de ser mandatario y, por consiguiente, gestor de negocios ajenos, aunque para actuar el mandatario lo haga en su propio nombre y oculte el nombre de aquél de cuyos intereses cuida.

Un esquema muy parecido se puede encontrar, también, en el Código Civil, en materia de sociedad civil. Según el artículo 1.697 CC, «para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, se requiere: 1.º Que el socio haya obrado en su carácter de tal por cuenta de la sociedad; 2.º Que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud del mandato expreso o tácito; 3.º Que haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato».

En la época en que nos hemos situado, que es el momento de la codificación, tampoco fue mucho más expresivo el Código de Comercio. Al regular la mayor parte de las compañías mercantiles a las que el código generosamente reconoció personalidad jurídica y, por tanto, en la vida jurídica tenían que ser representadas, se limitó a aludir al fenómeno que llama «uso de la firma social». En otras ocasiones, habla de gestores de la sociedad y, al regular las sociedades anónimas, la vieja regulación consideraba a los administradores como mandatarios, aunque sin dejar muchas veces en claro si eran mandatarios del conjunto de sus consocios o de la persona jurídica. Hubo que esperar, por consiguiente, a las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada dictadas hacia la mitad del siglo pasado para encontrar una referencia clara a la idea de representación jurídica, a través del esquema de que determinados órganos ostentan la representación de ella, que fue llamada por esto representación orgánica.

La construcción, en el campo del Derecho privado, de la figura de la representación, ha nacido de una evolución que resulta muy difícil rastrear, en lo que se podrían, hablando muy esquemáticamente, encontrar varias líneas. Ante todo se debe señalar que el concepto moderno de representación, sintetizándolo en la idea de que, en determinadas condiciones, la actuación de un gestor o de un agente jurídicamente se puede y se debe identificar, tratar, hacer valer o imputar como si fuera la actuación

del mismo principal, debe haber constituido una exigencia del capitalismo. En otro lugar he recordado la afirmación de un ilustre mercantilista mejicano, Jorge Barrera Graf, de acuerdo con el cual la representación es un complicado mecanismo que posee una importancia fundamental. Señalaba entonces y repito ahora que no me parece exagerado decir que persona jurídica y representación son las dos maravillosas técnicas jurídicas que han permitido el desarrollo económico del capitalismo. La observación, como recordé en el mismo lugar, la había hecho también Ortega y Gasset: «el gerente, el manager, se ha convertido en un elemento que está en primer término, en pieza principalísima del engranaje de nuestra vida económica y jurídica, en algo así como lo que los relojeros denominan, en los relojes, la rueda catalina».

La segunda evolución es la lingüística, pues tampoco nos resulta fácil comprender las vueltas y revueltas que las palabras han ido dando.

Los siguientes datos los tomo de un diccionario de latín en relación con el verbo *repraesentare*:

1.º El primer significado que allí aparece es poner algo ante los ojos, tenerlo presente o presentarlo y reproducirlo. Se cita un texto de Quintiliano: *per quas imagines rerum absentium ita repraesentatur animo, ut eas cernere oculis ac praesentes habere videamur*, lo que significa más o menos que a través de esas (visiones) las imágenes de las cosas ausentes se presentan ante el espíritu con tal nitidez que uno creería estar viéndolas con sus propios ojos y tenerlas ante sí.

2.º En un segundo sentido se señala también que la expresión significa semejar, parecerse y se cita un texto de Plinio: *encardia cordis speciem repraesentat*, que significa más o menos que la piedra preciosa llamada encardia semeja la figura de un corazón. O también otro texto en que se dice: *repraesentare faciem veri maris*, que es más o menos tener el aspecto de un verdadero mar.

3.º En un sentido muy parecido al anterior *repraesentare* significa reproducir algo o ser exactamente la imagen de algo.

Por su parte, en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española en la voz representar (del lat. *Repraesentare*), se dan los siguientes significados: 1.º Hacer presente una cosa con palabras o figuras que la imaginación retiene; 2.º Informar, declarar o referir; 3.º Manifestar uno el afecto de que está poseído; 4.º Recitar o ejecutar en público una obra dramática; 5.º Sustituir a uno o hacer sus veces; 6.º Ser imagen o símbolo de una cosa, imitarla perfectamente; 7.º Aparentar una persona determinada edad; y 8.º antiguamente presentar.

De creer a algunos autores, la palabra representación fue recogida, aparte naturalmente otros ámbitos, en la teología, para explicar la relación de la Iglesia con Cristo o la situación del vicario de éste. No es probablemente la misma relación que existe entre el actor de teatro y el personaje, sino, seguramente más estrecha, aunque la idea de semejarse o de presentarse o de parecer se le puede aplicar al actor que representa el personaje.

Probablemente también en un segundo momento la expresión fue recibida en el campo de las ciencias sociales y políticas y, en el antiguo régimen, el monarca absoluto representaba el Estado, lo que explicaría la famosa expresión de Luis XIV de Francia. De esta suerte, tras la revolución liberal, lo único que se habría hecho es modificar el sujeto del representante pero no la esencia de la representación: los miembros de la asamblea y la asamblea misma está constituida por los representantes del pueblo.

En un sentido contrario a la evolución que en un momento dado puso de relieve Martín Retortillo, que encontró muchas de las primeras piedras del Derecho administrativo en instituciones del Derecho Civil, aquí habría que intuir que el Derecho civil moderno se ha construido con elementos procedentes del Derecho público y de la filosofía social. En mi opinión, ya expresada en otros lugares, esto es cierto en relación con persona jurídica y derecho subjetivo, conceptos nacidos para resolver problemas de la filosofía social y la ciencia política. Y es igualmente cierto en materia de representación, donde puede decirse que los constructores del Derecho civil moderno se sirvieron de ideas previamente acuñadas en las anteriormente mencionadas disciplinas.

El tercer punto en el que la evolución, ya estrictamente jurídica, tuvo que producirse fue la de la práctica sustitución de la regla romana (*per extraneam, per liberam personam nemo adquiri potest*) por la regla cabalmente contraria, que permite la actuación de un tercero para estipular, contratar o adquirir con carácter general, salvo que, por las especiales características del negocio, deba éste considerarse excluido de tal posibilidad. Resulta perfectamente claro que bajo la vigencia de la regla romana el único mecanismo de gestión era el indirecto, puesto que nadie puede estipular por medio de un extraño. El mecanismo indirecto supone que el mandatario se obliga él personalmente y luego transfiere las consecuencias al mandante, reclamándole además que se le libere de aquellos puntos que la ejecución del mandato le hubiera resultado onerosa.

Probablemente, el formalismo y la rigidez de la regla romana habían ido siendo minados en el Derecho común. Según Buchka, ya en la Edad Media el Derecho Canónico hizo quebrar la antigua regla romana y sentó cabalmente la regla contraria, pues en el Código Canónico y en el título de: *De diversis regulis iuris* se dice expresamente que *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*. El mismo autor cita algunos casos de efectos inmediatos de actuaciones de carácter representativo. Por ejemplo, según Buchka cuando se inviste de un beneficio eclesiástico a un clérigo ausente que está sustituido, en el acto de investidura, por otra persona, en principio es necesaria la ratificación, pero el obispo que en ese acto confería el beneficio, no puede después, aun sin ratificación, cederlo o transmitirlo a otra persona.

El tercer punto que hay que destacar es la reelaboración que lleva a cabo la doctrina alemana de finales del siglo XIX que se recoge, finalmente, en el BGB. Se pueden citar sobre todo Buchka («Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen»), Ihering («Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte»), Laband («Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften»), Mitteis («Die Lehre von der Stellvertretung nach Römischen Recht») y, finalmente, el libro de Hupka («Die Vollmacht»), que traducido a la lengua española en los años veinte constituye la base de todos los estudios sobre la materia.

Las características de la doctrina de la representación resultante de la evolución que hemos tratado de escribir en las líneas anteriores, son las siguientes:

a) Para que exista genuina representación debe existir una actuación de una persona que se realice en nombre de ella. Se distingue así, el *alieno nomine agere*, o actuar en nombre ajeno, del propio *nomine agere*, en el cual, cualquiera que sea el interés gestionado, el agente omite declarar el carácter representativo de su actuación.

Para que sea verdadera actuación en nombre ajeno parece necesaria la concurrencia de dos factores. Es el primero, que el agente dé a conocer al tercero su carácter de representante y el carácter representativo de su actuación, bien mediante una declaración expresa o bien a través de una inequívoca situación fáctica. Y es la segunda que el nombre del representado resulte, por las mismas vías, declarado y sea conocido o haya podido ser conocido por el tercero.

En sentido contrario, la actuación es *proprio nomine* cuando falta cualquiera de los dos factores anteriormente enunciados: el agente oculta el carácter representativo de su actuación; o aunque lo manifieste, no da a conocer el nombre de la persona por cuya cuenta actúa.

b) Si bien una actuación es representativa cuando el agente actúa en nombre de otra persona para que se produzcan de manera inmediata los efectos en la esfera jurídica del *dominus negotii*, se requiere que el representante tenga un poder de representación suficiente y que al actuar en relación con el tercero lo haya hecho dentro de los límites del poder de representación.

Si así no fuere, sólo una posterior ratificación del *dominus negotii* permite la producción de los efectos representativos. La ratificación se equipara a la preexistencia del poder de representación.

c) Para que exista verdadera representación se precisa que la sustitución de una persona por otra se produzca en el momento de la producción de la voluntad negocial. Dicho de otro modo, la voluntad negocial nace en el representante y es la voluntad propia del representante la que actúa y no la del representado. En este sentido, no hay representación si el agente se limita a trasladar al tercero una voluntad creada por el *dominus* y ya declarada por él. En estos casos se trata de un simple mensajero o *nuntius* aunque a veces se le ha llamado también «representante en la declaración».

d) La producción de los efectos representativos descansa sobre la existencia de un poder de representación que, fuera de los casos de representación legal, tiene su origen en lo que técnicamente se conoce como apoderamiento. Por regla general se entiende que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral y recepticio por virtud del cual el *dominus* confiere al agente el poder de representación.

Para su eficacia basta la voluntad unilateral del *dominus* y esta eficacia es independiente de las relaciones contractuales que hubieran existido o podido existir entre ambas partes, especialmente el contrato de mandato o cualquier otro tipo contractual por virtud del cual el agente se viera obligado a gestionar los intereses del *dominus*.

e) La suficiencia del poder de representación, en relación con los terceros de buena fe, se mide por los términos del apoderamiento; y para los terceros de buena fe son irrelevantes las internas instrucciones que el *dominus* hubiera podido dar a su agente. Es tercero de buena fe el que no conoce y no tiene por qué conocer tales instrucciones.

f) A su vez, la existencia y la subsistencia del apoderamiento y del poder de representación para los terceros de buena fe son independientes de las vicisitudes por las que pueda haber atravesado la relación jurídica básica que pudiera haber existido entre las partes.

g) Para la eficacia de la función representativa es irrelevante el interés que el agente gestione. Aun cuando debamos considerar como normal el hecho de que el representante gestione el interés del representado, nada impide que pueda otorgar-

se un poder de representación en interés del mismo representante (p. ej., poder conferido por el deudor a los acreedores para que éstos puedan vender sus bienes y cobrarse; o poder conferido por un transmitente a un adquirente antes de haberse llenado las formas existentes para haberse llevado a cabo la transmisión).

No es éste, seguramente, el momento ni el lugar de efectuar una crítica de los postulados de la forma en que se construyó la doctrina de la representación. El inconveniente más grave, en mi opinión, es la escisión tajante que produce entre la figura que se define como representación, caracterizada, según hemos dicho, por la abierta actuación en nombre del representado, y todas las demás formas y variantes de actuaciones de gestión en que la persona del *dominus* permanece oculta o en que el agente se obliga directamente con el tercero.

De acuerdo con los postulados antes referidos, en estos casos, por más que muchas veces se hable de representación indirecta, mediata u oculta, teóricamente no hay representación y tiene que existir otra cosa que algunos han llamado mandato no representativo y otros una pura interposición gestora, cuando en realidad una escisión tan tajante no es aconsejable, ni desde el punto de vista de los intereses que están en juego, ni menos todavía en atención al hecho de que en uno y otro caso los intereses del *dominus* son relevantes. Se ha señalado, asimismo, que el corte tajante entre los efectos directos y los indirectos conduce también a graves anomalías. De acuerdo con los postulados de que se parte el *dominus* tiene que facilitar al agente los medios que éste necesite para cumplir su gestión. Y, a la inversa, cuando en virtud del negocio celebrado con el tercero el agente adquiere derechos debe transmitirlos o hacerlos llegar al *dominus*. Este esquema, a fuer de simple, produce muy claras dificultades, pues no se ve la necesidad, ni la conveniencia de la doble transmisión, que resulta especialmente incómoda en los casos de concurso de acreedores.

Tal vez por ello modernamente, aunque en línea de principio se mantiene la regla de los efectos indirectos, se rompe en los casos de insolvencia y de incumplimiento. Esta regla, que fue acuñada en la Ley uniforme sobre representación que en su momento elaboró UNIDROIT, aparece ahora en los Principios de Derecho Europeo de contratos y se puede resumir así:

Si el representante resultare insolvente, incumpliese las obligaciones que le incumbían o fuese manifiesto que se producirá en el futuro un incumplimiento esencial, debe comunicar al representado, a petición de éste, el nombre y el domicilio del tercero con el que hubiera contratado. Y el representado puede, en tal caso, ejercitar frente al tercero los derechos que el representante había adquirido por virtud del contrato celebrado por su cuenta, sin perjuicio de que el tercero pueda oponer todas las excepciones que de dicho contrato deriven.

En los mismos casos expresados en el párrafo anterior, el representante está obligado también a comunicar al tercero, a petición de éste, el nombre y domicilio del representado, y el tercero puede igualmente ejercitar los derechos que frente al representante el contrato le atribuya, sin perjuicio de las excepciones que puedan oponerle el representado y el representante.