

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

LA REPRESENTACIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS.

David Stitckin Branover

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile.

1936.

..	1
Carta de Califiación de LUIS BARRIGA ERRAZURIZ .	3
Carta de calificación de Pedro Lira U. .	7
LIBRO PRIMERO. LA REPRESENTACION EN EL DERECHO ROMANO . .	9
CAPITULO PRIMERO. GENERALIDADES . .	9
PARRAFO PRIMERO. Introducción, definición, caracteres esenciales. .	9
PARRAFO SEGUNDO. Situación de la representación en el derecho Romano; principio de la no representación. II. Causas de la no representación; III. Inconvenientes y ventajas que derivan de ese principio. .	11
PARRAFO TERCERO. Excepciones, y atenuaciones al principio de la no representación. I.— Actos conservatorios. II.—Constitución de la familia romana. II.—Mandato y nuntius. .	18
CAPITULO SEGUNDO. DE LA REPRESENTACION EN LA ADQUISICION DE LOS DERECHOS REALES. .	21
PARRAFO PRIMERO. Modos civiles de adquirir el dominio; principio de la no representación; causas de este principio en materia de derechos reales. .	22
PARRAFO SEGUNDO. . .	23
CAPITULO TERCERO. DE LA REPRESENTACION EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES . .	34
PARRAFO PRIMERO. Principio de la no representación. .	34
PARRAFO SEGUNDO. Excepciones al principio de la no representación: los "alieni juris". . .	35
PARRAFO TERCERO .	41
CAPITULO CUARTO. DE LA REPRESENTACION EN LAS TUTELAS Y CURATELAS. . .	49
PARRAFO PRIMERO. Del principio en que se fundan estas instituciones; objeto que persiguen. .	49
PARRAFO SEGUNDO. Modificaciones que introduce el derecho pretorio en esta materia. . .	51
LIBRO SEGUNDO. LA REPRESENTACION EN EL DERECHO MODERNO. .	59
CAPITULO PRIMERO. CONCEPCION Y NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION . .	59
PARRAFO PRIMERO. Concepto, elementos esenciales y definición. .	59

PARRAFO SEGUNDO. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION.	62
PARRAFO TERCERO. El mandato y la representación.	73
CAPITULO SEGUNDO: La representación en el derecho positivo.	77
Párrafo Primero: En el derecho chileno.	77
PARRAFO SEGUNDO. Aplicación de los principios de la teoría moderna de la representación en nuestro derecho positivo.	86
PARRAFO TERCERO. Legislación comparada	91
CAPITULO TERCERO. CONDICIONES DE LA REPRESENTACION	96
PARRAFO PRIMERO. Declaración de voluntad del representante	97
PARRAFO SEGUNDO. LAS PARTES DEBEN CELEBRAR EL CONTRATO "CONTEMPLATIONE DOMINI".	104
PARRAFO TERCERO. EL PODER DE LA REPRESENTACION	114
CAPITULO CUARTO. DE LA REPRESENTACION SIN PODERES	168
PARRAFO PRIMERO	168
PARRAFO SEGUNDO. De la responsabilidad del representado en razón del dolo o culpa de su representante.	197
CONCLUSIÓN	209
BIBLIOGRAFIA	211

*A don Gonzalo Barriga Errázuriz muy afectuosamente A doña Adelina Vicentini con toda
gratitud.*

Carta de Calificación de LUIS BARRIGA ERRAZURIZ

SEÑOR DECANO:

Informando la memoria presentada por don David Stitchkin Branover, titulada "La Representación en los Actos Jurídicos", puedo manifestar lo siguiente:

Contrariando la idea vulgar que hace de la representación convencional una consecuencia del mandato; el derecho moderno tiende a destacarla como una institución autónoma, con caracteres propios, independiente de la causa que la origina. En este sentido ha sido reglamentada por algunas legislaciones modernas y estudiada en obras especiales, entre las cuales una de las más importantes es la de René Popesco Ramniceano, titulada "De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé". La lectura de este libro despertó el interés del autor de la memoria en informe, quien se propuso divulgar su contenido adaptándola al derecho chileno.

El tema ha sido desarrollado en dos Libros de los cuales el I, dividido en cuatro Capítulos, está dedicado a la representación en el derecho romano, cuyo estudio reviste particular interés, pues, da a conocer la evolución del principio de la no representación. En efecto, en el Capítulo I, después de puntualizar la idea de la representación, se pone de relieve su incompatibilidad con las normas rígidas del antiguo, derecho romano, se exponen los inconvenientes y ventajas que presentaba la no representación y se consignan algunas excepciones que la regla comportaba aún antes de que se hiciera sentir la obra del pretor. En los tres capítulos siguientes se examinan las modificaciones que el derecho pretoriano introdujo al principio referido en diferentes dominios: en la adquisición de los derechos reales; en el derecho de las obligaciones; en las tutelas y curadurías.

Dejamos testimonio, desde luego, de que esta parte del trabajo ha sido ejecutada con mucha claridad y eficiencia. Satisface, pues, ampliamente, su finalidad de servir de antecedente histórico de la representación en el derecho moderno que es la materia de la segunda parte, es decir, del Libro II.

De los cuatro Capítulos que también contiene este segundo Libro, el I tiene por principal objetivo examinar la naturaleza jurídica de la representación, o sea, explicar en derecho la repercusión en el representado de los actos del representante. Para ello se exponen y critican las diferentes teorías que se han emitido al respecto:

a).—**TEORIA DE LA FICCION**, según la cual la representación sería una ficción legal en cuya virtud se reputaría que en el acto ejecutado por el representante ha sido el representado quien ha intervenido única y exclusivamente;

b).—**TEORIA DEL "NUNTIUS"**, defendida por Savigny, quien veía en el representante un simple portavoz o mensajero del representado;

c).—**TEORIA DE LA COOPERACION**, formulada por Mitteis. Según esta concepción, "en los actos jurídicos, ni el representante ni el representado puede ser considerado como único contratante. Por el contrario, cada uno de ellos actúa; es la voluntad de cada uno la causa jurídica determinante de la declaración. Así, el acto jurídico resulta de la voluntad misma del representante y del representado y para apreciar su eficacia es necesario remitirse a cada una de esas voluntades" : y

d).—**TEORIA DE LA MODALIDAD**, expuesta por Pilon en su tesis de doctorado y hoy

día la más aceptada. Según Levy-Ullman, uno de sus sostenedores, la representación aparece como "la modalidad en virtud de la cual los efectos del acto celebrado por una persona (llamada representante) por cuenta de otra (llamada representado). se producen directa e inmediatamente en la persona del representado". De acuerdo con esta doctrina, es, por consiguiente, la voluntad del representante la que participa real y directamente en la formación del contrato que producirá sus efectos en la persona del representado

El análisis que hace el autor de las teorías mencionadas, lo conduce a aceptar la última porque, a su juicio, es la que explica en forma más satisfactoria el funcionamiento y efectos de la institución estudiada.

El Capítulo II contiene un resumen de derecho positivo sobre la representación. Se estudia primero el derecho chileno, haciendo resaltar que nuestro Código Civil introdujo modificaciones importantes en su modelo el Código francés: consignó una disposición general sobre la materia en el artículo 1448 y al definir el mandato en el artículo 2116, no incluyó la idea de representación. Fundado en esas y otras disposiciones, se hace un interesante estudio para demostrar que en gran parte son aplicables en nuestro derecho las soluciones modernas que se derivan de la tendencia que considera la representación como una institución autónoma independiente del mandato, y que el mecanismo de esta en la ley chilena, se ajusta, contrariamente a lo fallado por nuestra jurisprudencia, a la teoría de la modalidad.

Enseguida, se expone brevemente en dicho Capítulo el derecho alemán, el inglés y el suizo en relación con el tema y se mencionan las disposiciones pertinentes del Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos que a semejanza del Código Alemán, dedicó a la representación una Sección especial. Atendida la importancia que reviste la reglamentación consignada en este último Código, podría aparecer demasiado rápido el estudio que de ella se hizo en este capítulo, pero, la deficiencia aparece subsanada en el Capítulo siguiente en que el estudio de las condiciones de la representación aparece ilustrado con referencia al Código alemán.

En el Capítulo III, que es uno de los más importantes, se estudian, como acabamos de decirlo, las condiciones de la representación: a) existencia de una declaración de voluntad de parte del representante; b) celebración del acto por el representante "contemplatione domini", es decir, sabiendo las partes que lo celebran que el representante no contrata para sí, sino para otro, y e) poder de representación. Aunque torcido este Capítulo ha sido confeccionado con especial esmero, merece destacarse lo relativo al poder de representación en que se hace notar que aunque el otorgamiento de dicho poder es en estricto derecho un acto jurídico unilateral, en nuestra legislación la representación voluntaria sólo puede derivarse del mandato, de manera que, según la expresión del autor: "puede existir mandato sin representación, pero no puede existir poder convencional de representación sin mandato".

En el Capítulo IV se completa el desarrollo del tema estudiando la representación sin poderes. Objeto de prolijo estudio ha sido la ratificación del interesado, la responsabilidad de éste en caso de dolo o culpa del representante y la del pretendido representante en caso de falta de ratificación.

Termina el trabajo con breves conclusiones en que se hace resaltar, especialmente, el desacuerdo de nuestra jurisprudencia con las modernas ideas en materia de representación, las que, como se ha demostrado en el curso del estudio, pueden armonizarse en mucha parte con nuestros textos legales.

Tal es a grandes rasgos el contenido del trabajo en informe. Para darlo a conocer en forma completa y precisa, sería necesario entrar en detalles que exceden los límites de este informe.

Al emitir nuestro juicio, dejamos testimonio antes que todo, como en otras ocasiones al

informar memorias de divulgación, que trabajos de esta naturaleza son muy útiles en países de escasa bibliografía como el nuestro, especialmente, cuando tienen por objeto dar a conocer instituciones nuevas o aspectos modernos de instituciones conocidas.

No desvirtúa el mérito de esta clase de trabajos la circunstancia de ser adaptaciones, cuando han sido bien ejecutados, como sucede en el presente caso. El autor no se limitó a seguir de cerca la obra que le sirvió de guía, sino que más propiamente se inspiró en ella, asimilando muy bien las ideas utilizadas. Por otra parte, al ponerlas en concordancia con las disposiciones de nuestro derecho, ha fundamentado las soluciones que sustenta y se ha hecho cargo de los argumentos contrarios con que pudieran rebatirse; ha aportado así una contribución eficaz a la interpretación científica de la ley en una materia de gran importancia y aplicación. Podemos agregar también que esta memoria, que demuestra criterio y amplios conocimientos jurídicos, aparece valorizada por una redacción clara y correcta que facilita su lectura.

En consecuencia, el infrascrito al prestar su aprobación a la memoria en examen, la declara de mérito sobresaliente.

LUIS BARRIGA ERRAZURIZ

Director del Seminario de Derecho Privado

Carta de calificación de Pedro Lira U.

Señor Decano:

En cumplimiento de las prescripciones reglamentarias vigentes, me es grato informar a Ud. acerca de la tesis de Licenciatura presentada a la Facultad que Ud. tan dignamente preside, por el egresado don David Stitchkin Branover, y titulada "La Representación en los Actos Jurídicos".

El objeto de la Memoria no parece haber sido otro que el de examinar, a la luz de algunos textos modernos, las teorías en boga sobre la naturaleza de la representación, y confrontar el resultado de ese análisis con las disposiciones legales existentes en nuestro Código y con la aplicación que de ellas ha hecho la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. El autor de esta tesis se ha valido, principalísimamente, de la obra de René Popesco sobre la Representación. Siguiendo la directiva y el plan contenidos en dicha obra, ha hecho proceder a su análisis un vigoroso y completo estudio histórico de la representación en el Derecho Romano, dándose cuenta, con perfecta nitidez, de que los romanos no llegaron a formular una teoría general de la representación, por ser poco partidarios de las generalizaciones, siempre peligrosas en Derecho, como afirma el propio autor.—

En la segunda parte de la Memoria que informamos, su autor se ocupa de pasar en revista las diversas teorías que se han formulado en materia de representación. Particularmente ataca la conocida teoría de la ficción, siendo de observar que si su ineficacia puede ser demostrada, aparece como algo exagerado y equivocado llegar a afirmar que "el espíritu humano requiere explicaciones claras y lógicas y no suposiciones arbitrarias" lo que tiende a negar la importancia del rol técnico que en la elaboración del Derecho han jugado y juegan las presunciones y las ficciones, como elocuentemente lo ha demostrado Gény, en el tomo III de su conocidísima obra "Science et Technique en droit privé positif".

Tampoco acepta la teoría savigniana del "nuntius", ni la de la "cooperación" formulada por Mitteis; encuentra, en cambio, ampliamente aceptable la llamada teoría de la Modalidad, formulada por vez primera con claridad por Pilon, y seguida hoy de una manera casi uniforme. Como es natural, para llegar a incluir la representación en el concepto de "modalidad" se hace indispensable ensanchar esta noción, haciendo suya nuestro autor esta definición inspirada en Levy Ullman: "Modalidad es todo elemento accidental introducido en un acto jurídico, que tiene por objeto retardar los efectos del mismo, hacerlos cesar en una época cierta o incierta o bien hacer producir al acto jurídico efectos distintos de aquellos que ordinariamente produce".

La importancia práctica del estudio iniciado por Pilon y continuado por los modernos tratadistas, según lo expresa la misma Memoria, reside en que ha de aceptarse que es el representante y no el representado quien manifiesta su voluntad y que es esta voluntad exclusivamente, la que, en concurso con la del tercero, dá nacimiento al acto representativo. La manifestación de voluntad del representado, emitida al otorgar poder, no envuelve una oferta contractual frente a terceros; la oferta la hará el representante y su voluntad será la que determine el negocio jurídico, pero a virtud de la modalidad representación, dicho negocio va a afectar al representado.

Particularmente interesante e instructivo, —no conocía el suscrito un análisis tan claro y prolijo de la cuestión como éste — es el capítulo en que se analiza el mandato frente al otorgamiento de poder, representando las diferencias que separan el caso en Francia al nuestro. Y resulta halagador constatar que en esta materia como en tantas otras, nuestro Código Civil

tuvo como un presentimiento de la doctrina moderna, anticipándose a las soluciones aceptadas en la época de su dictación. El artículo 1448 de nuestro Código Civil señala así un avance formidable; no lo es menos la diferencia, algo borrosa si se quiere, pero diferencia al fin, que reconoce nuestro Código entre mandato y poder de representación, mejorando de este modo notablemente al modelo francés. El legislador chileno llegó a admitir la existencia de un mandato sin representación, más no la situación inversa, y por eso afirma el autor que quedó a medio camino la aceptación integral de la doctrina moderna en nuestro, principal cuerpo de leyes. La aceptación de la voluntad del representante es la determinante en nuestro derecho, según nos lo revela el precepto del artículo 678 del Código Civil que dice así: "Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida la tradición".

Largo sería analizar cada una de las disposiciones de nuestro derecho positivo que pasa en revista el autor de la Memoria para confrontar la teoría moderna con el sistema tradicional del Código Civil; toda la parte III de la Memoria, aplicación y fruto del análisis anterior, se ocupa de esta labor meritísima

Por la proligidad y ecuanimidad con que ella está realizada, por la novedad misma del estudio, cree el suscrito que el trabajo del señor Stitckin, redactado en estilo severo y correcto, se hace acreedor a una máxima distinción.

Pedro Lira U.

Santiago, Septiembre 24 de 1936.

AL SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
UNIVERSIDAD DE CHILE.

LIBRO PRIMERO. LA REPRESENTACION EN EL DERECHO ROMANO

CAPITULO PRIMERO. GENERALIDADES

PARRAFO PRIMERO. Introducción, definición, caracteres esenciales.

I.-INTRODUCCION.

El estudio del derecho romano ha tenido siempre indudable importancia en aquellos países que, como el nuestro, han experimentado en su legislación la influencia decisiva de sus concepciones.

Así, es evidente que muchas materias, tales como la teoría de las obligaciones, teoría de la culpa, derechos reales, etc. son la aplicación perfeccionada de principios o instituciones que los romanos ya habían formulado o conocido, por lo menos en sus bases esenciales.

Tratándose de la institución que nos ocupa, el estudio del derecho romano ha de sernos también de suma importancia.

En efecto, si bien es cierto que los romanos, poco partidarios de las generalizaciones, siempre peligrosas, no formularon jamás una teoría general de la representación, llegaron a admitirla plenamente en muchos aspectos de su vida jurídica.

Así, la aceptaron en toda su extensión y desde un comienzo en los actos conservatorios de derechos, como asimismo en la adquisición y alienación de la posesión y, consiguientemente, de la propiedad. Se aplicó la idea de representación, también, en materia de tutelas y curatelas. Y aún en el derecho de las obligaciones se admitió en el mutuo y en el pago de lo no debido, a pesar que fué en esta materia, precisamente, donde el principio de la no representación alcanzó mayor importancia dado, como lo veremos luego, el concepto subjetivo y personal que los romanos tenían de la obligación.

Las modificaciones introducidas por los pretores y la jurisprudencia al principio de la no representación, en este mismo terreno del derecho de las obligaciones, bajo el nombre dado por los comentadores de "actio adiecticiae qualitatis" presentan, asimismo, fundamental importancia para nuestro estudio, porque si bien no aplican la idea de la representación en la forma en que se la concibe hoy día, nos señalan, sin embargo, los elementos esenciales que la componen y que servirán a los juristas modernos para formular una teoría general de la representación en los actos jurídicos.

Así, por ejemplo, el representante debía actuar dentro de los límites de su mandato; debía ejecutar el acto en interés, por cuenta de su mandante y para que a éste le obligase el contrato celebrado por aquel, debía efectuarse "contemplatione domini", esto es, conociendo el tercero que no era su contraparte la que iba a resultar obligada por el contrato, sino otra persona que había autorizado a aquella para actuar en su nombre y por su cuenta. De otro modo el tercero carecía de acción contra el representado.

En esta forma, pues, los romanos nos fueron señalando las bases en que más tarde había de fundarse nuestra institución, por medio de sentencias aisladas, que resolvían casos concretos y de acciones y excepciones creadas también para casos especiales.

El estudio del derecho romano nos permite contemplar, al mismo tiempo, la evolución que nuestra institución experimenta a través del tiempo. Y así vemos como el principio excluyente de la representación, formulado en forma absoluta en un comienzo, va sufriendo considerables atenuaciones merced a la serie de acciones y de excepciones que, cada vez que la necesidad lo exigía, iban creando los pretores al margen del derecho civil.

Y precisamente encontramos en este derecho pretorio los dos objetos primordiales que perseguimos en esta primera parte de nuestro trabajo: el estudio de la representación a través del derecho romano y de las condiciones que en él se exigían para que ésta procediese.

II.-DEFINICION - CARACTERES ESENCIALES.

Aún cuando volveremos a tratar en detalle esta materia al estudiar la representación en el derecho moderno, nos parece indispensable definir y precisar ahora los contornos de

nuestra institución para que podamos distinguir los casos en que verdaderamente existe representación en Roma de aquellos en que se presentan situaciones parecidas, pero que no son una aplicación, por lo menos absoluta, de esa institución.

Para este objeto podríamos definir la representación como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra obligada directamente respecto de un tercero, al cumplimiento de un acto celebrado en su interés por su representante (¹).

Se caracteriza, entonces, la representación, por la existencia de un vínculo que une directamente al representado con el tercero, desapareciendo de la vida jurídica el representante del primero, en lo que se refiere a los efectos del acto. De modo, pues, que celebrado el contrato

por el representante, no es éste quien va a exprimentar en su patrimonio las consecuencias beneficiosas o perjudiciales de él, sino la persona por cuya cuenta actuó.

De aquí se desprende, a su vez, que no cabe hablar de lo que algunos tratadistas han llamado "representación indirecta", que existiría cuando las acciones y derechos nacen en el patrimonio de una persona que hace cesión de ellos a otra, como sucedía en Roma tratándose del mandatario respecto de su mandante.

Precisamente, si es necesario efectuar ese traspaso de acciones es porque no ha habido representación, puesto que de existir, el mandante habría resultado obligado desde el momento mismo en que se celebró el contrato y el mandatario no habría adquirido, ni un solo instante siquiera, los derechos y acciones que cede a su mandante.

Citaremos, en apoyo de nuestra opinión, el comentario autorizado del tratadista alemán Sohm, que se pronuncia al respecto diciendo: "Los apoderados, como los representantes legales, que aún actuando en interés y por cuenta de su dominus, contratan en nombre propio —los llamados representantes tácitos o indirectos— no son verdaderos representantes y sus actos escapan a las reglas peculiares de la representación. Cuantos efectos produzcan —supongámos, por ejemplo, que un amigo compra para mí un libro o que mi agente adquiere por cuenta mía títulos de la Bolsa— afectan exclusivamente al propio contratante —al llamado comisionista— sin interesar todavía, jurídicamente, al dominus negotii. Es necesario que un nuevo negocio jurídico transfiera a éste los efectos nacidos del primero, la adquisición de los títulos, la propiedad del libro, etc. La llamada "representación indirecta" no es, pues, en realidad, tal representación, y cuando se dice que el Derecho Civil romano sólo admite, por lo general, esta clase de "representación" —de la cual no nacen, de momento, derechos y obligaciones sino para el que personalmente contrata— tanto vale afirmar que, en principio, se mantiene adverso a la institución representativa" (²).

PARRAFO SEGUNDO. Situación de la representación en el derecho

¹ Popesco - Ramniceano, René. De la representación dans les actes juridiques, p. 13.

² Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano; Historia y Sistema, 17 éd. corregida por L. Mitteis, trad. W. Roces, Madrid, año 1928.

Romano; principio de la no representación. II. Causas de la no representación; III. Inconvenientes y ventajas que derivan de ese principio.

I.-Situación de la representación en el derecho romano: no representación.

Partiendo de un principio diametralmente opuesto al que inspira a las legislación moderna, el derecho romano no admitía la idea de la representación.

Según los principios romanos, "cada uno debe intervenir y actuar por si mismo en la vida jurídica, pues las consecuencias jurídicas del acto afectan directamente al que lo ejecuta". (³).

Tenemos, de esta manera, que el derecho romano parte del principio excluyente de la representación, formulado en la tan conocida frase "alteri stipulari nemo potest".

De aquí se desprenden dos consecuencias importantes, que inspiran a todos los demás principios en que descansa el derecho privado romano: a) nadie puede estipular por cuenta y a nombre de otro, esto es, se excluye la representación; y b) tampoco se puede estipular, a nombre propio, que un acto o contrato afecte el patrimonio de un tercero, esto es, se excluye la llamada "estipulación por otro".

Nos interesa la primera consecuencia derivada del principio "alteri stipulari nemo potest", pues ella sienta, en forma categórica, el principio de la no representación.

Este principio aparece consagrado en innumerables textos, de los cuales citaremos sólo el más importante y conocido, que dice: "per extraneam personam nihil adquiri potest" (⁴).

El principio de la no representación informaba la legislación romana y siguió imperando en ella hasta épocas muy avanzadas, porque conforme al espíritu de los legisladores de aquel tiempo, se satisfacen las necesidades de la vida jurídica introduciendo modificaciones y excepciones a las reglas existentes, pero sin derogar abiertamente los principios tradicionales.

Esta es, por lo demás, la opinión de la unanimidad de los comentaristas del derecho romano, salvo rarísimas excepciones que han sido ampliamente desvirtuadas, por lo que es inoficioso ocuparse de ellas.

II.-CAUSAS DE LA NO REPRESENTACION.

Entramos, en esta materia, a uno de los puntos más discutidos por los diversos tratadistas que se han ocupado de ella.

Muchas son las razones que se han dado para explicar la causa de la existencia del

³ Ortolán, «Histoire de la legislation romaine», N.o 162, 12 éd. Citado por Teléman, «De la representation en Latieré: e réelle et personelle tu droit romain», Tesis para el doctorado, París 1900.

⁴ Gains, Institutas I. 95, citado por Popesco-Ramniceano, ob. cit p. 26,

principio de la no representación en el derecho romano. De ellas sólo mencionaremos las más importantes, sea por el prestigio de sus exponentes, sea por el fundamento lógico en que se apoyen.

1.º—Los tratadistas que sostienen que la representación es una ficción legal en virtud de la cual se supone celebrando un contrato por una persona que no ha intervenido personalmente en su formación, se apoyan en esta misma premisa para explicar la causa de la no representación en Roma.

Así, M. Eugéne Magnin expresa que "los jurisconsultos de Roma, que no eran avaros en materia de ficciones, sin embargo han retrocedido ante ésta", agregando más adelante que "en la realidad de las cosas, una convención formada entre dos personas no debería producir electos fuera de ellas" (⁵).

Asimismo Labbé se explica el principio de la no representación como una consecuencia del hecho de tratarse de "una ficción, lo inverso de la realidad, una sutileza, un refinamiento contrario a la rudeza de los primeros tiempos" (⁶).

La razón que dan estos autores no es muy convincente, pues los juristas romanos "no eran avaros de ficciones", como lo reconoce M. Magnin y no se ve por qué habían de retroceder precisamente ante ésta, que tan evidentes ventajas reporta a las relaciones jurídicas y comerciales de los pueblos modernos.

Por otra parte, en Roma se aceptaba la delegación de funciones respecto de ciertos magistrados, lo que significa que unos podían ser representados por otros. Por qué había de aceptarse la representación en derecho público y rechazarse ésta ficción en derecho privado?

Descartemos, entonces, esta explicación que en realidad no señala la verdadera causa de la no representación y busquemos otra que reúna caracteres de verosimilitud.

2.º—Yhering cree encontrarla en que "la representación no es otra cosa que la separación de la causa y el efecto del acto; la causa, la acción, concierne a la persona del representante; el efecto, el derecho, concierne al representado; existe, pues, una separación artificial de lo que, en el estado normal de la relación jurídica, es sólo un todo" (⁷).

Este autor ha olvidado, sin embargo, que a pesar de ser la representación una separación artificial del efecto y la causa, fué aceptada absolutamente en la posesión, que podía ser adquirida en Roma por intermedio de un tercero. Su razonamiento implicaría el rechazo del principio de la representación en todo orden de cosas, cuando en realidad sólo fué excluida de ciertas materias; y podríamos agregar, quizás sólo del derecho de las obligaciones.

⁵ (5) E. Magnin, «De la representation a Romo daos les actes extrajudiciaires, specialement dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations», París 1899, página 7.

⁶ Labbé, appendice IX sur Ortolan, tomo III, p. 865, citado por M. Popesco Ramniceano, ob. cita p. 28.

⁷ Yhering, «Esprit do droit romain, tomo IV, p. 171-172.

3.º—Ilustres tratadistas como M. de Savigny, Cuq y Mitteis sostienen que la representación no fué admitida en Roma debido al formalismo imperante en su derecho primitivo.

El primero de estos autores, apoyándose en un texto del Digesto (41.1.53), afirma que la representación se admitía dentro de los modos no solemnes de adquirir y se rechazaba en los solemnes. Sin embargo, se ha demostrado con éxito que tal afirmación es inexacta y que ese texto en que se funda M. de Savigny se refiere a los "hechos" en contraposición a los "derechos"; en los primeros, como sucedía con la posesión, se la admitía, en los segundos, en cambio, se la rechazaba (⁸).

Mitteis, por su parte, sostiene que el formalismo romano tiene por objeto proteger al contratante de la posible mala fe de su contraparte. De este modo, el acto se sustrae del derecho privado y merced a la exigencia de formalidades y solemnidades, se le somete al derecho público. Así sucedía en la mancipatio, en que era necesaria la presencia de testigos y del libripens.

Este fin de protección habría sido burlado si se hubiese permitido a una de las partes actuar por medio de un representante, puesto que las fórmulas que debían pronunciarse y que daban al contratante la medida de la gravedad del acto que ejecutaba, iban a ser dichas por una persona distinta de aquella en cuyo interés se habían creado.

En cuanto a la estipulación, dice el mismo autor, si bien quedaba sometida íntegramente al dominio del derecho privado, puesto que en ella no se exigía la presencia de testigos y del libripens, como en la mancipatio, tampoco admitía la representación. Pero esta vez Mitteis no nos dice cual es la causa de la incongruencia entre ambas instituciones.

Respecto a los contratos consensuales, continúa el mismo autor, debemos recordar que, tal como sucedía en la compraventa, se recurría en ellos a los modos solemnes, mancipatio, estipulación, etc. lo que imponía el rechazo de la representación.

Por último, añaden los sostenedores de esta tesis, una prueba palpable de la verdad de su doctrina es el hecho de que a medida que el formalismo romano va perdiendo terreno, la representación lo gana y que ésta encuentra su último refugio en los contratos no solemnes.

Sin embargo, es de creer que el formalismo romano tampoco ha sido la causa, por lo menos la principal, del rechazo de la representación en Roma.

Bástenos recordar que un "paterfamilias" podía ser representado por las personas alieni juris sometidas a su potestad. Así, un hijo o un esclavo de aquel podían desempeñar el rol de "emptores" en su beneficio; los "extraneam personam" no podían hacerlo.

El formalismo no es, según nuestra opinión, la causa fundamental del rechazo de la representación en Roma. Sin duda alguna que ira, fluyó en ese sentido en cuanto impedía la actuación de una persona libre por otra, pero no es la verdadera causa.

4.º—En efecto, ni la ficción, empleada por los romanos en múltiples ocasiones, ni la

⁸ Savigny, «Le droit dei obligations, éd. 1973. tomo II, párrafo 54

indivisibilidad del acto jurídico, de que habla Ihering y que desaparecía tratándose de la posesión ni el formalismo del primitivo derecho romano, que no impedía, sin embargo, la representación del pater por los alieni juris sometidos a su potestad, son capaces de explicar, por sí solos, la causa de que en Roma se rechazara nuestra institución.

A nuestro juicio, las causas que la explican son de dos clases: de orden jurídico y de orden práctico.

a) Causas de orden jurídico.

Conforme a la opinión de eminentes tratadistas, el principio excluyente de la representación tiene su origen en el concepto que se tenía en Roma de la obligación.

El profesor de Derecho M. Pilón, en su tesis de doctorado, sostiene que "la historia del derecho prueba que una legislación admite o no la representación según el concepto que en ella se tenga de la obligación (⁹).

M. Téléman sostiene en su citada tesis de doctorado, que "la regla prohibitiva de la representación es absolutamente conforme a la esencia de la obligación", de modo que el principio de la no representación no debe aparecer en Roma como una singularidad jurídica (¹⁰).

En efecto, en aquel derecho, la obligación crea un vínculo personalísimo entre las partes que la contraen. Y al decir esto queremos significar: a) que la obligación contraída por una persona no podía traspasarla a otra por su sola voluntad, sin el consentimiento de su contraparte; y b) que la obligación nacida en virtud de una convención sólo podía afectar a aquellos que le dieron nacimiento, a los contratantes.

De este modo, el concepto personal, subjetivo, de la obligación, importa la negación de dos principios: del que permite el traspaso de las obligaciones y del que acepta la representación en los actos jurídicos.

Como dice M. Popesco-Ramniceano, mientras la obligación sea considerada como un vínculo entre dos personas y no como una relación entre dos patrimonios, no puede existir la representación (¹¹).

Se explica, de esta manera, la intervención de los alieni juris, aún tratándose de actos solemnes, si benefician al pater. Quien contrata con un alieni juris, en Roma, sabe que éste no puede obligarse, que jurídicamente carece de personalidad y que cuanto haga ha de redundar en beneficio del pater a cuya "potestas" se encuentra sometido.

En Roma la obligación impone al deudor una verdadera restricción en su libertad jurídica, en cuanto personalmente debe cumplir la obligación contraída. El alieni juris no puede obligarse porque no es dueño de su libertad; consiguientemente si no puede

⁹ Pilón, Enstache, Essai d'une théorie générale de la représentation dans—les obligations. Tesis, Caen 1897, cit. Popesco, ob. cit. p. 41

¹⁰ Téléman, ob. cit. p. 9.

¹¹ Popesco - Ramniceano, ob. cit. p. 40.

ampliarla, mucho menos podrá restringirla.

Si se admite la representación en la posesión es, justamente, porque en ésta no existen las razones que exijan su rechazo. La posesión es un hecho, que cae en el campo del derecho de las cosas, en el cual no encontramos las limitaciones que, como vemos, imponía el concepto subjetivo de obligación, vínculo entre dos personas y no entre dos patrimonios.

b) Causas de orden práctico.

Pero esas razones de orden doctrinario no habrían bastado para detener la aceptación de una institución que hoy día es indispensable, máxime si se trata de un pueblo tan eminentemente práctico como fué el romano.

El hecho de que el principio de la no representación se mantuviese en su integridad tan largo tiempo ha debido tener una explicación más sólida que la de simples razonamientos jurídicos. Y esa explicación la encuentra Téleman, y nos satisface plenamente, al decir: La verdad es que los romanos no consagraron la representación porque permanecieron largo tiempo sin experimentar su necesidad" (¹²).

A continuación, el mismo Téléman agrega las razones y causas que permitieron a los romanos satisfacer sus necesidades sin acudir a la representación, que serían:

1.— La no actividad comercial.—La amplitud de las relaciones comerciales es la que hace que un individuo necesite personas que actúan para él y le representen, .que atiendan sus negocios y que los lleven a cabo conforme a sus instrucciones. No se concibe a un ciudadano yendo de uno a otro lado del inmenso Imperio Romano, a concluir personalmente una serie de negociaciones aisladas.

Los romanos, pueblo de agricultores, no desarrollaron actividades comerciales durante largo tiempo, o por lo menos, las que tuvieron eran bastante escasas, por lo que es harto comprensible que el legislador no haya pensado en darles una reglamentación especial.

2.º—Constitución de la familia romana.—Esta ha sido, sin duda, la razón principal de la persistencia del principio excluyente de la representación. En los casos en que en nuestro derecho, el contratante puede actuar por intermedio de un mandatario que le representa, en Roma podía hacerlo por las personas sometidas a su potestad, por "personas in potestate manu mancipione"; el paterfamilias podía, pues, ser representado por sus hijos; el dóminus, por "liberos et servos".

Respecto a los esclavos, eran objetos de derecho y lo que adquirían era para sus dueños. En efecto, tales adquisiciones podían efectuarlas merced a la personalidad jurídica del amo, que se extendía sobre ellos; de este modo el dóminus, prácticamente, era representado por el esclavo.

Lo mismo podemos decir respecto de los hijos, cuya situación se traducía en el conocido aforismo "vox filij, vox patris" (¹³).

¹² Téleman, tesis citada, p. y siguientes.

III.-INCONVENIENTES Y VENTAJAS QUE PRESENTA EL PRINCIPIO DE LA NO REPRESENTACION.

Indudablemente pronto había de hacerse sentir la necesidad de permitir a los ciudadanos efectuar negocios mediante la intervención de otras personas.

En primer término, las conquistas guerreras extienden rápidamente el territorio del Imperio y, junto con ello, aumentan las relaciones comerciales entre Roma y los países conquistados y fronterizos.

Por otra parte, la organización de la familia romana, que en un principio atenúa la rigidez del principio de la no representación, se torna, con el tiempo, insuficiente para suplir las necesidades que van apareciendo.

En efecto, si bien los *alieni juris* y esclavos pueden representar al *pater* o *dóminus* en la adquisición de bienes, no pueden, en cambio, obligarlo porque ello significaría empeorar jurídicamente la situación de aquel, lo que no era lícito dentro de los principios de la legislación romana. Y nosotros sabemos que los actos que se celebran más frecuentemente son aquellos que imponen obligaciones a ambas partes; aquellos en que se obtiene una prestación mediante una contraprestación. Los actos que otorgan beneficios a una sola de las partes, sin imponer un gravámen correlativo a la otra, son excepcionales y dado que sólo respecto de estos actos cabía la representación del *partefamilias* por sus esclavos e hijos, eran asimismo excepcionales los casos en que aquella procedía.

De este modo, pues, se hizo sentir en forma, aguda la necesidad de permitir que los individuos pudiesen celebrar actos y contratos por intermedio de otras personas y así el pretor fué ideando medios que permitiesen la representación, por lo menos respecto de determinados actos y contratos, sin derogar abiertamente el principio general que la excluía.

Debemos advertir, sin embargo, que el principio de la no representación reporta ventajas evidentes que no podemos desconocer y que han sido consideradas aún por los legisladores de nuestra época.

Desde luego, produce firmeza en las relaciones comerciales, puesto que los contratantes saben que son sus respectivos patrimonios los que resultarán afectados por el acto que celebran. No tienen que averiguar, en consecuencia, el estado de solvencia del patrimonio de un tercero, ni la extensión de los poderes en virtud de los cuales obra el representante, ni la validez de los mismos.

¹³ En este sentido se pronuncia Shom, *Instituciones de Derecho Privado Romano*. 17. éd. corregida por L. Mitteis, trad. W. Roces, Madrid 1928. Espresa este autor que el «criterio restrictivo en materia de representación, de que no se libra el mismo derecho pretorio, obedece, principalmente, a razones prácticas. Toda la vida económica romana gira en torno a la institución de la esclavitud y se basa en un régimen de acusada economía doméstica. El *paterfamilias*, para hacerse representar en los actos y contratos que no celebra personalmente, se vale, por lo general, de un esclavo o de una de las personas sujetas a su patria potestad. Y así, los vínculos de sujeción dominica o paterna facilitan la adquisición de derechos y el tráfico jurídico, bastando, para hacer efectivas las obligaciones ontraidas, las «*actiones adjecticiae qualitatis*», p. 223 y nota al mismo párrafo.

Pero las ventajas de la no representación, no alcanzan ni con mucho á contrapesar los beneficios que el principio contrario significa en la vida jurídica, social y económica de los pueblos.

Como muy bien lo dice M. Levy Ullmann, "la representación responde a grandes ventajas. Desde el punto de vista individual, extiende la radiación de la personalidad de cada uno, facilitando, gracias a la intervención de otro, la buena gestión de sus intereses materiales. Desde el punto de vista social asegura, por una mejor, utilización de las fortunas, la prosperidad general y contribuye al desarrollo del esfuerzo en común, base de la civilización" (¹⁴).

Se explica, de esta forma, que el principio excluyente de la representación evolucionara hasta convertirse, en nuestro tiempo, en una regla excepcional que tiene cabida en rarísimos casos.

PARRAFO TERCERO. Excepciones, y atenuaciones al principio de la no representación. I.— Actos conservatorios. II.—Constitución de la familia romana. II.—Mandato y nuntius.

I.—ACTOS CONSERVATORIOS.

Sin que hubiese sido necesaria la intervención del pretor para modificar el principio de la no representación, el derecho romano ya había sentado una excepción de este principio.

En efecto, el jurisconsulto Paulo consigna un texto que dice: "Per procuratorem non semper adquirimus actiones, sed retinemus", estos es, mediante los procuradores, si bien no podemos adquirir derechos podemos conservarlos, principio que puede hacerse extensivo, según M. M. Téléman y Popesco, a todos los derechos (¹⁵).

M. Téléman explica la causa por la cual se admitía en Roma la representación en los actos conservatorios de derecho y se rechazaba tratándose de actos adquisitivos en la diferencia que, según él, existe entre ambas situaciones.

En efecto, todo acto conservatorio de derechos ajenos no puede beneficiar sino al titular de los derechos protegidos; en cambio, tratándose de un acto de adquisición de derechos, estos podrían beneficiar tanto al representante como al representado.

Así, mientras que en el primer caso, el que observa objetivamente la ejecución de un acto conservatorio sabe quien es la persona en cuyo beneficio se realiza, en el segundo podría ser inducida a error, haciéndose creer que la adquisición era en beneficio del que aparecía celebrando el acto cuando en realidad existía un tercero que, escudado en la personalidad de aquel, gozaría de los beneficios de ese acto.

De aquí, entonces, que en Roma se admitiese conservar la posesión por medio de

¹⁴ 1 I. Levy Ullmann, la contribution esentielle do droit anglais á la théorie générale de la representation daos les actas juridique, extraida de las Acta academieae universales jurisprudentiae comparativas, vol. I, Londres, 1928, p. 343.

¹⁵ D. 3. 3. de proc. 72; Télérriai, tesis citada, p. 19 y Popesco R. ob, cit. P. 49.

un representante, que podía ser un colono, inquilino, usuario, procurador, amicus, etc. (¹⁶).

Asimismo, el acreedor que debía requerir al acreedor para constituirlo en mora, podía efectuar la interpelación por medio de un representante, produciéndose idénticos efectos como si hubiera sido efectuada personalmente, por el primero.

Numerosos textos admiten, pues, la representación en los actos conservatorios de derechos. Era ésta, sin duda, una excepción lisa y llana al principio de la no representación. Las causas de ello las acabamos de exponer y aunque el razonamiento de M. Téléman es harto sutil, como lo reconoce el mismo, nos parece de todos modos muy convincente.

Pero aparte de esta verdadera excepción encontramos en el derecho romano algunas instituciones que no siendo precisamente, como ésta, una excepción al principio que excluía la representación de los actos jurídicos, por lo menos lo atenuaban considerablemente. De ellas nos ocupamos en seguida.

II.-CONSTITUCION DE LA FAMILIA ROMANA.

Como ya lo habíamos observado al estudiar las causas que explican el principio de la no representación en Roma, el paterfamilias podía ser representado, en ciertos casos, por las personas que se encontraban sometidas a su potestad, sea dominica o paterna. Consiguientemente, podía adquirir créditos, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, por las "personas in potestate manu mancipione".

De esta manera, lo que adquiría el hijo era para su padre, lo que adquiría el esclavo, para su dueño; los derechos que esclavo o hijo obtenían por la ejecución de actos se radicaban en el patrimonio del respectivo Pater o dóminus.

En esta forma el principio de la no representación rige en Roma en forma absoluta sólo para las personas libres: "nihil per extraneam personam nihil adquiri posse".

De modo, pues, que si bien los alieni juris no podían representar al Pater para obligarle, pues existía el principio de que no podían empeorar la situación de éste, eran sus verdaderos representantes desde el punto de vista de la adquisición de derechos.

Advertiremos, sin embargo, que se llega a éste resultado sin que por la mente de los romanos haya pasado la idea de representación.

En efecto, si el pater se beneficia con los derechos adquiridos por los alieni juris sometidos a su potestad es porque estos no tienen patrimonio propio que beneficiar. En Roma existía un solo patrimonio, que podríamos llamar individual y colectivo a la vez; lo primero, porque era el pater quien podía disponer de él arbitrariamente y lo segundo, porque de ese patrimonio dependía la existencia de la familia y, en consecuencia, era de interés común el conservarlo.

Luego, la regla de que los créditos adquiridos por los alieni juris se radicaban en el patrimonio paterno tenía por objeto fomentar el patrimonio de cuya existencia dependían

¹⁶ D. 3. 3. 72, cit., Podesco, ob cit. p. 49.

todos.

La representación, en cambio, se basa en el interés exclusivo del representado; el representante actúa en beneficio de aquel sin aprovechar en nada del acto que celebra o ejecuta en tales condiciones. De modo que si se llegaba a resultados análogos a los que produce hoy día la representación, las causas que los motivaban, así como el objeto que se perseguía, eran diferentes de los que inducen a los legisladores de épocas más avanzadas a admitir y reglamentar la representación.

III.—MANDATO — NUNTIUS.

Antes de entrar al estudio del mandato romano debemos advertir que nos ocupamos de él en este párrafo por considerarlo un medio de atenuar los efectos del principio de la no representación, pero no porque pueda estimarse una verdadera excepción a ese principio. Por el contrario el mandato es en Roma la aplicación más genuina de la regla excluyente de la representación.

En efecto, el mandatario que celebra un contrato en Roma, se obliga personalmente al cumplimiento del mismo y, correlativamente, adquiere todos los derechos que de él emanan. El mandante es un extraño respecto del acto o contrato que el mandatario celebró por encargo suyo.

Del contrato de mandato nacía la "actio mandati directa" y la "actio mandati contraria". Por la primera, el que había encargado la ejecución del negocio podía exigir al mandatario el traspaso de los derechos y obligaciones que habían nacido del contrato que se le encargó; por la segunda, el mandatario podía exigir del mandante el reembolso de los gastos hechos en razón del mismo contrato.

De modo que en definitiva se producen los efectos del contrato en la persona del mandante en virtud de un traspaso de los derechos y obligaciones que emanan de él, pero antes de que este traspaso se efectúe, el mandante es un extraño al contrato.

Esto significa, precisamente, el rechazo de toda idea de representación, la que supone una relación directa entre el tercero y el representado, vínculo que nace en el mismo momento de la celebración del contrato y que une a dichos terceros con el representado por encima de la persona del representante.

o-o-o

Tampoco podemos considerar que el empleo de un nuntius en la celebración del contrato, cosa permitida en Roma, sea una excepción al principio de la no representación.

El nuntius era un simple mensajero encargado de transmitir verbalmente la orden conferida por su amo.

Mientras que el representante juega un rol jurídico en la consumación del acto y debe manifestar su voluntad para darle nacimiento, el nuntius o mensajero no hace otra cosa que repetir mecánicamente el recado que le encargó una de las partes. Suponer que el nuntius es un representante equivale a decir que también lo es el cartero que entrega una nota escrita a la otra parte, puesto que la única diferencia entre este y el nuntius consiste

en que aquel no repite oralmente las palabras que dice su comitente; pero ambos desempeñan igual papel en la formación del contrato.

Como dice Sohm, "el nuntius límitase a servir de instrumento mediador, mecánicamente, lo mismo que podría hacerlo una carta, sin. intervenir personalmente en la contratación", mientras que la misión del representante consiste en "declarar la voluntad constitutiva del negocio jurídico en sustitución del representado — el cual no formula la menor declaración — y recibir también por él las declaraciones de la otra parte" (¹⁷).

Es evidente, a nuestro juicio, que cuando el encargado de transmitir un recado no tiene facultad deliberativa, por restringida que sea, no es un representante; y esto es lo que sucedía en Roma con el nuntius.

Sin embargo existen autores, encabezados por M. de Savigny, que con más o menos exageración, pretenden asimilar el nuntius o mensajero al representante. Creemos, no obstante, que los razonamientos en que se fundan son errados y así esperamos demostrarlo al estudiar la naturaleza jurídica de la representación en la segunda parte de nuestro trabajo.

o-o-o

Como aparece a primera vista, las excepciones y atenuaciones al principio de la no representación son demasiado débiles para que las consecuencias que de él se derivan no se hiciesen sentir con fuerza a través de las múltiples necesidades que iba creando el desarrollo territorial, político y económico de Roma.

De aquí que el pretor, sin derogar abiertamente el principio de la no representación, fuese introduciéndole excepciones y modificaciones que, a la larga, iban a convertirse en la regla general.

Tal como dice M. Téliéman, "si ellos sabían temperar, por motivos de utilidad o de equidad, el rigor de sus principios, no por eso les eran menos fieles; ellos los atenuaban, aún los paralizaban, pero los conservaban" (¹⁸).

Toda la historia de la representación en Roma no es otra cosa. pues, que la relación de los medios de que se valieron los pretores: para atenuar los efectos perniciosos del principio de la no representación.

Su estudio será materia de los capítulos siguientes.

CAPITULO SEGUNDO. DE LA REPRESENTACION EN LA ADQUISICION DE LOS DERECHOS REALES.

¹⁷ Sham, ob,cn t. p. 220.

¹⁸ Téliéman, ob. cit. p. 21.

PARRAFO PRIMERO. Modos civiles de adquirir el dominio; principio de la no representación; causas de este principio en materia de derechos reales.

En el derecho clásico encontramos tres modos de adquirir el dominio: la mancipatio, la in iure cessio y la tradición.

Los dos primeros, provenientes del derecho civil, son los que ocupan ahora nuestra atención. En ellos se aplica, en toda su integridad, el principio general de la no representación a que nos hemos referido en el capítulo anterior. "Per extraneam personam nihil adquiri posse", dice Gayo en la segunda mitad del siglo segundo, frase en que se resume la regla excluyente de la representación.

II.—CAUSAS DE ESTA REGLA EN MATERIA DE DERECHOS REALES.

Sin duda alguna es en esta materia donde el formalismo romano ha ejercido una influencia más profunda.

En efecto, el formalismo romano tiende a la objetivización del derecho; pronunciándose determinadas palabras se producían efectos jurídicos en las personas que las habían formulado. En consecuencia, el que pronunciaba las palabras sacramentales de la mancipatio por ejemplo, era el que experimentaba en su patrimonio las consecuencias del acto. Su intención no se tomaba para nada en cuenta porque el derecho romano sólo miraba el aspecto externo de las cosas; el que había pronunciado la fórmula sacramental es el que se obligaba, el que desempeña el papel de emptor en la mancipatio es el que adquiere la cosa objeto de ella.

En este sentido se pronuncia M. Huc, quien al respecto expresa lo siguiente: "La cuestión de saber cual de los dos (representante o representado) sería reconocido en definitiva como propietario habría dependido, en tal caso, de la apreciación de un elemento intencional, siempre difícil de determinar. Y hemos visto que la mancipatio había sido introducida, precisamente, para evitar toda incertidumbre o todo error que pudiese resultar de la apreciación de la intención de las partes; así, pues, era contrario a la naturaleza misma de la mancipatio que el adquirente pudiera figurar en ella por intermedio de un representante" (¹⁹).

Tratándose de la in iure cessio, no cabía aplicar, tampoco, la idea de la representación. Este modo de adquirir consistía en un juicio simulado, análogo a un juicio reivindicatorio, en que comparecían adquirente y cedente; el primero demandaba, el segundo debía defenderse. Este no oponía excepciones a la acción del primero y el juez se veía obligado a fallar dando lugar a la acción deducida.

Caemos de lleno, entonces, en el campo de la representación judicial y esta, en principio, no existía en Roma; por el contrario, imperaba el principio de "nemo alieno

¹⁹ Huc, Le formalisme dans l'ancien droit romain. Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, tomo X, p. 115, citado por Popesco Ramniceano ob. cit. p. 54.

nomine lege agere potest". O sea, no podía ejercitar su derecho sino el titular del mismo, excluyéndose así aún a los alieni juris, puesto que la injure cessio simulaba un juicio reivindicatorio y las personas sometidas a potestad no podían ejercitar la actio reivindicatoria, puesto que no podían ser titulares del derecho de propiedad, ya que carecían de patrimonio.

Advertimos que en caso excepcionales, en lugar de conceder la "actio judicati" contra el cognitor o a su favor, el pretor podía concederla directamente al representado por quien actuaba aquel. Pero esto sucedía, advertimos, en casos excepcionales, en que el pretor procedía con conocimiento de causa, "cognita causa" y siempre que no se tratase de un "procurator in rem suam" (²⁰).

No existe, pues, en Roma, verdadera representación judicial, salvo el caso excepcional que hemos indicado. Consiguiente no la encontramos tampoco en la injure cessio, proceso ficticio pero al que se aplicaban todos los preceptos legales que regían a los verdaderos.

PARRAFO SEGUNDO.

I.-DE LA TRADICION.

Mientras que la mancipatio y la injure cessio eran actos solemnes, modos de adquirir que tenían su origen en el derecho quirritario, la tradición era un modo convencional, no solemne, nacido en el derecho de gentes y apoyado en la posesión, cuyo estudio iniciaremos enseguida, puesto que ambas instituciones se completan en tal forma que vienen a constituir en realidad un sólo todo.

Al respecto, expresa Téléman que "estos cuatro modos no formales (de adquirir el dominio), de los cuales tres, la ocupación, la usucapione y la longi temporis possessio no podían producir sino una utilidad excepcional, presentan el carácter común de basarse en la posesión, es decir, en un simple hecho" (²¹).

De este modo, la derogación del principio excluyente de la representación introducida al terreno de los hechos, en la posesión, había de acarrear consecuencias de trascendental importancia para la tradición, que cada día adquiría mayor influencia en la vida jurídica romana.

"Por la tradición, dice Labbé, se efectúa, entre vivos, una alienación perfecta de las cosas nec mancipi y una alienación imperfecta, pero ya muy eficaz, de las cosas mancipi" (²²).

En efecto, el accipiens adquiría el dominio sobre la cosa cuya posesión le había sido transferida, cumpliendo con los siguientes requisitos: 1) calidad de propietario y

²⁰ Cup. Manuel des Institutions juridiques des Romains, Paris 1917, P. 870871.

²¹ Téléman u, tesis citada, p. 49 y 50.

²² Citado por Popesco Ramniceano, ob. cit p. 87.

capacidad para enagenar, de parte del tradente; 2) una "justa causa traditione", esto es, la intención de enagenar de parte del tradente y de adquirir de parte del accipiens; y 3) la calidad de res nec mancipi de la cosa tradida.

Si se trataba de una cosa mancipi el accipiens adquiría la propiedad bonitaria, que prácticamente ofrecía las mismas ventajas que la quiritaria, puesto que si ésta se hallaba protegida por la acción reivindicatoria, aquella lo estaba por la acción publiciana. Las diferencias entre ambos dominios eran pequeñas y más sensibles respecto de terceras personas que necesitan actuar por medio de representantes.

Admitida la representación en la posesión, la tradición pasa a ser el modo de adquirir a que recurren todos aquellos que desean o necesitan actuar por medio de representantes.

De aquí que M. Popesco Ramniceano diga que "si Justiniano ha reproducido en sus Institutas, la antigua regla "per extraneam personam nihil adquiri posse" no lo ha hecho sino por hábito, sobre todo porque en ese tiempo la mancipatio y la injure cessio habían desaparecido. Siendo la tradición en esta época el solo modo de adquirir, puede decirse, sin temor a error que la representación existía plenamente en materia de derechos reales, tal como existe en nuestros días, con efectos así tan completos, así tan absolutos" (²³).

Veamos, entonces, la suerte que corre nuestra institución en la posesión, ya que tan trascendental importancia había de acarrear su evolución dentro de esta materia, en lo que se refiere a la adquisición y enagenación de los derechos reales.

II.-POSESION.

Consiste la posesión en la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, con la intención de hacerla suya.

En los primeros tiempos no puede adquirirse la posesión de las cosas en Roma, sino personalmente o por intermedio de las personas que el dóninus tenía bajo su potestad. De esta manera, el pater podía adquirir la posesión por intermedio del hijo y el dóninus por intermedio del esclavo, puesto que ambos, hijo y esclavo, eran objeto de una verdadera posesión que el pater ejercía sobre ellos.

La regla general es, entonces, que la posesión no puede adquirirse por intermedio de una persona extraña.

Así Javolenus, solucionando un problema que se somete a su decisión, sostiene que no puede adquirirse la posesión "per extraneam personam" atendiendo a que es contrario a la naturaleza de las cosas poseer por intermedio de una persona que no poseemos (²⁴).

Gayo sienta igual regla, aún cuando en su época la cuestión ya era controvertida, y expresa: "per extraneam personam nihil adquiri posse" (²⁵).

²³ Ob. cit. p. 88.

²⁴ D. 41. 2. 23. 2. citado por Téléman, tesis citada, p. 24.

Para que el paterfamilias pudiese ser representado era menester, como dice Javoleno, que ejerciera una verdadera posesión sobre el representante, como sucedía respecto de hijos y esclavos, que le pertenecían "in dominium". Consiguientemente, no podían representarlo las personas "in manu" o "in mancipacione", puesto que si bien el pater tenía sobre ellas un "jure potestatis", no consistía éste en una verdadera posesión.

Esta era la regla que regía para la representación en materia de posesión. Pero esta norma, como todas las que no se ajustan a las necesidades que va creando el progreso, debió ir cediendo y evolucionando en el sentido que aquellas necesidades indicaban.

Así comienza, pues, la evolución en favor de nuestra institución en la vida jurídica romana. El primer paso hacia ella consiste en mostrarse menos exigentes respecto de la posesión que el pater debía ejercer sobre el representante, ya que sólo se exige que éste preste sus servicios o dedique sus actividades al servicio de aquel. En consecuencia, de acuerdo con este nuevo criterio, las personas in manu o in mancipione pueden adquirir la posesión en beneficio del pater y representarlo.

Se exige siempre, eso sí, un "jure potestatis" del pater sobre el intermediario, pero ya no es menester, como al comienzo, un "jure possessionis".

Esto es, sin embargo, un paso tímido en el desarrollo de nuestra institución. Los ciudadanos romanos, que miran el trabajo como una actividad degradante, pero que necesitan incrementar o por lo menos mantener su patrimonio, emancipan a sus esclavos y les encomiendan la gestión de sus negocios. Y se encuentran con que tal emancipación les perjudica, porque si bien su gestor, como esclavo adquiría para él y le representaba, ahora, como liberto, es un "extraneam personam" cuyos actos no le afectan.

Ante esta situación los juristas comienzan a ceder en sus exigencias y ya Neratius admite que se puede adquirir la posesión por intermedio de un procurador (²⁶).

Por fin, una constitución de los emperadores Septimio Severo y Caracalla, año 196, soluciona el problema en forma definitiva permitiendo la transferencia y adquisición de la posesión por intermedio de una persona extraña.

Se ha discutido, no obstante, entre los tratadistas de derecho romano, el alcance de esa constitución, que dice así: "Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem; et postquam scientia intervenerit, usucapiones conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est".

Se ha creído que era menester que el representante fuese un procurador de aquel para quien se adquiría la posesión; no bastaría, entonces, que fuese una persona libre cualquiera.

Seguramente la innovación no tuvo otro objeto, en los primeros tiempos, que permitir a los libertos (liberam personam), adquirir la posesión en beneficio de su ex dñus, con quien llegaba a no tener otra relación que la de "procurator" de sus negocios.

Pero no es posible admitir que la evolución del principio haya quedado estagnada

²⁵ Gains 11-95 citado por Popesco R., ob. cit. p. 59:

²⁶ D. 41. 3 41, citado por Popesco R., ob. cit. p. 64.

aquí. De aceptar la adquisición de la posesión por un procurador encargado de los negocios de su ex dónus a admitirla respecto de toda persona libre en favor de otra no hay sino un paso que indudablemente se dió en pro de nuestra institución.

Advertiremos, no obstante, que este punto es discutido. Así, Schlossmann no admite esta situación ni aún en la época de Justiniano. M. Popesco, en cambio, estima que la constitución de Severo y Caracalla, anteriormente citada, resolvía ya la situación en forma definitiva, lo que a nuestro juicio es lo más lógico si se tiene en cuenta que se trataba de una cuestión que había sido largamente discutida y resuelta por la jurisprudencia en el sentido de admitir plenamente la representación por cualquiera persona libre. Natural es, entonces, que la citada constitución, al resolver el problema, se pronunciara en el mismo sentido.

Cada autor defiende en este problema su punto de vista con toda pasión. Nosotros no seguiremos la discusión, que para nuestro estudio carece de importancia, porque sea tiempo ántes o tiempo después, lo cierto es que se terminó por aceptar en Roma la adquisición de la posesión por intermedio de una "extraneam personam" en favor de otra, sin restricciones de ninguna especie.

III.—CAUSAS QUE EXPLICAN LA REPRESENTACION EN ESTA MATERIA.

No deja de parecer extraño que la legislación romana, tan contraria al principio de la representación en los actos jurídicos, la aceptara en forma tan decidida tratándose de la posesión. De aquí que todos los tratadistas hayan buscado la explicación de ello, dándose, entre otras, las siguientes razones.

Desde luego, las que la misma constitución de Severo y Caracalla aduce en apoyo de la nueva disposición legal y que consisten en razones de utilidad y necesidades de la vida práctica, sobre las cuales creemos innecesario insistir.

En cuanto a las razones de orden jurídico, son muy simples y se desprenden de las que ya hemos señalado al analizar las causas que explican el principio de la no representación en Roma.

En efecto, la posesión, por su propia naturaleza, queda fuera del campo de las obligaciones y hemos visto que es el concepto que de ellas tenían los romanos lo que impedía aplicar la idea de representación en los actos jurídicos.

Así pues, como dice M. Popesco, si se admite la representación, en la posesión es porque ésta se hallaba en el dominio de los derechos reales, del derecho de las cosas, fuera de la esfera de las obligaciones, (²⁷). Y más que fuera del terreno del derecho de las obligaciones, podríamos decir que rebalsa el campo de los derechos, puesto que la posesión implica la existencia de simples hechos que producen consecuencias jurídicas.

Más bien, como dice M. Téléman, los romanos sustraían de la, regla prohibitiva de la representación una materia que jamás debió haber quedado comprendida en ellas (²⁸).

²⁷ Ob. cit. p. 40.

²⁸ Ob. cit. p. 27.

Tal es la opinión que sustenta, asimismo, M. E. Magnin en su citada tesis de doctorado (²⁹).

IV—ROL JURIDICO QUE DESEMPEÑA. EL REPRESENTANTE EN LA POSESION.

El hecho jurídico de la posesión es el resultado de la conjunción de dos elementos que la componen: el corpus y el animus. Consiste el primero en la aprehensión material de la cosa y el segundo, en comportarse, respecto de ella, como verdadero dueño.

Evidentemente, y en ello están de acuerdo todos los tratadistas, la representación fué aceptada plenamente en Roma en lo que respecta al primero de esos elementos. De ello no puede caber la menor duda en vista de textos tan rotundos como una sentencia de Paulo, citada por Téléman, que dice: "Possesionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno" (³⁰).

Pero en lo que respecta al animus, la cuestión se presta a discusiones y su solución es en verdad delicada.

En efecto, durante los primeros tiempos la representación no tenía cabida en Roma en lo que se refiere al animus, el cual debía encontrarse exclusivamente en la persona del representado. Esa es la opinión de Téléman: el ánimo debe ser personal, debe buscarse y existir en la persona en cuyo beneficio se posee; para ello se funda en el texto de Paulo, citado más arriba.

No obstante, se admitían excepciones a ese principio en vista de la necesidad de solucionar ciertos problemas que suscitaba su aplicación.

Así se permitía a un tutor adquirir la posesión para su pupilo; al curador para el loco sometido a su cuidado y al administrador para el municipio cuyas rentas manejaba. De no admitirse estas excepciones esas personas, desprovistas de voluntad, no habrían podido adquirir jamás la posesión por intermedio de sus representantes, puesto que carecían de voluntad y por consiguiente, de animus.

Asimismo se admitía la adquisición de la posesión por un hijo de familia o por un esclavo, en beneficio de su pater o dóninus, "expeculari causa", siempre que esa adquisición se produjese dentro de la administración de un peculio, aún cuando el pater ó dóninus hubiese ignorado esa adquisición y careciera, por consiguiente, del animus possidendi.

En este caso se trata, sin duda alguna, de un verdadero representante cuya voluntad suple la del representado y dá nacimiento a un hecho que producirá consecuencias jurídicas en el patrimonio de éste.

Más el problema consiste en saber si posteriormente se continuó aplicando la misma regla "animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno", pues surge la duda a causa de una expresión que aparece en muchísimos textos y acerca de cuyo significado no se han

²⁹ Ob. cit. p. 18.

³⁰ Paulo, sentencia 5. 2. 1. citada por Téléman, tesis cit. p. 28.

puesto de acuerdo los comentadores.

En efecto, diversos textos de juristas romanos, como Ulpiano, libro cuarto de sus reglas (D.41.2.42.1.), Modestino (D.41.1.53) exigen que el representante que adquiere la posesión en beneficio de su representado actúe con un mandato expreso de éste o bien que exista una ratificación posterior; en una palabra, se exige la intervención de la voluntad del representado, sea precediendo a la aprehensión del corpus, sea posterior mediante la ratificación.

Sin embargo en otros textos romanos aparece la expresión a que nos referíamos más arriba y que parece dar a entender que un procurador puede adquirir la posesión de una cosa en beneficio del representado, ignorándolo éste. En tal caso es evidente que no podría decirse que existe "animus possidendi" en el representado, puesto que ignoraría el hecho de la posesión y habría que concluir que no era necesaria la intervención de la voluntad del representado para hacerle adquirir la posesión de la cosa tomada a su nombre por el representante.

Tendríamos, entonces, que mientras unos textos exigen formalmente la intervención de la voluntad del representado para dar eficacia a la posesión de la cosa adquirida para él por su representante, otros la eliminan y permiten que la voluntad de este último supla a la del primero. En resumen, estos textos permitirían la representación en la posesión tanto respecto del corpus como del animus.

Veamos, ahora, que opinan los tratadistas y comentadores que se han preocupado de estudiar detenidamente esta materia.

M. Eugéne Magnin es de opinión que la representación sólo tiene cabida en Roma respecto del corpus, expresando que "bastaba, en consecuencia, que yo tenga el animus personal; un tercero podría prestar, su corpus" y agregando más adelante que "los romanos no admitieron que el animus de una persona sea equivalente al de otra" (³¹).

Según este mismo autor, la frase "etiams ignorans" (esto es, ignorando el representado el hecho de la posesión), que los juristas aplican al representado, se explicaría por la doctrina denominada del "ánimo preventivo". Así, al otorgar un mandato el poderdante estaría expresando el ánimo de adquirir la posesión de las cosas por intermedio de su apoderado, ánimo de adquirir que estaría latente hasta el momento en que se verifica la aprehensión del corpus por el representante.

Se explica de esta manera, dice M. Magnin, que el dueño o el padre adquiera la posesión de los bienes que el esclavo o el hijo ingresan a su peculio, desde el momento mismo en que estos efectúan la aprehensión de esas cosas. En efecto, al constituir un peculio el padre en favor del hijo o el amo en favor de su esclavo, está expresando implícitamente el "animus possidendi" respecto de los bienes que estos adquieran en la administración de su peculio. En este mismo sentido se pronuncia M. Téléman, (³²)

No obstante, el mismo Magnin agrega que tratándose del representante de un

³¹ E. Magnin, tesis citada, p. 18 y siguientes.

³² Téléman, tesis citada, p.29 y siguientes.

ausente, infante, loco o de una persona moral, no cabe hablar de tal ánimo preventivo, sino que, lisa y llanamente, existe representación en el sentido de que la voluntad del primero suple la de que carecen los segundos.

Téléman, aceptando esta misma teoría, en sus líneas generales, dice: "El representado, es decir, el que quiere poseer por intermedio de otro, debe tener personalmente el animus rem sibi habendi para que la aprehensión hecha por su mandatario le haga adquirir la posesión de las cosas. Y más adelante agrega: "la intención de adquirir la cosa, manifestada antes de la aprehensión realizada por el representante, basta para adquirir la posesión desde el momento mismo de la aprehensión, aún cuando ésta sea ignorada del representado".

En una palabra, adopta la doctrina del ánimo preventivo, de que hablaba Magnin y así lo confirma en una nota que agrega a este párrafo en su citada tesis (³³).

Pero, a diferencia de lo que cree M. Magnin, Téléman no acepta que tratándose del representante de una persona que carece absolutamente de voluntad, sea la de aquel la que interviene exclusivamente en el acto. Así, sostiene que el animus precede al corpus (ánimo preventivo), no sólo en el caso de un mandato especial, en que hay manifestación de voluntad (o sea, ánimo) de parte del representado, sino "aún en el caso de un mandato general y especialmente las veces en que la administración de un conjunto de bienes es entregada a un mandatario". De manera que, según Téléman, existe ánimo preventivo, preexistente, en todo caso en que la ley o una persona encarga a un mandatario la administración de un conjunto de bienes.

No estamos de acuerdo en este punto con M. Téléman, pues creemos, simplemente, que en este caso los romanos, como de costumbre, zanjaron la dificultad en forma práctica, admitiendo lisa y llanamente la representación tratándose de personas incapaces de manifestar su voluntad. De otra manera los absolutamente incapaces se habrían visto en la imposibilidad de adquirir la posesión de las cosas.

Volviendo ahora al caso normal, corriente, en que el representante adquiriría la posesión para su representado "etiam ignorans", observaremos que también M. Popesco es partidario ferviente de la doctrina sustentada por M. Magnin, del ánimo preventivo.

En efecto, la expresión "etiam ignorans" significaría, pues, que el representado ya habría manifestado su voluntad de adquirir y que la ignorancia suya se refiere al momento mismo en que se efectúa la aprehensión material de la cosa. De otro modo, dice M. Popesco, esa frase equivaldría a decir que el representado adquiere la posesión sin ánimo, lo que va contra aquellos textos que expresamente exigen voluntad en la persona de éste.

Schlossman, citado por M. Popesco, estima, en cambio, que el procurador representa de una manera completa a aquel a quien presta sus servicios, tanto en lo que respecta al corpus como al animus. Esto habría sido, según Schlossman, lo que estableció la ya citada constitución de Severo y Caracalla.

Cita este mismo autor, en apoyo de su tesis, un texto de Neratius (D.41.1.13.1) en el

³³ Téléman, tesis citada, p. 29.

cual se asimila los tutores a los procuradores, quienes adquieren la posesión para sus representados "etiam ignorantibus". En consecuencia, piensa Scholossman, que si los tutores prestan su ánimo, o sea, su intención de adquirir, a los infantes que carecen en absoluto de voluntad, también pueden hacerlo los procuradores, cuando la persona a quien presta sus servicios el procurador carece de ánimo por ignorar el hecho de la posesión; ambos, tutores y procuradores, están equiparados ante la ley para este efecto, (³⁴).

La discusión es larga y difícil, puesto tanto los que admiten la existencia de la representación en forma completa como los que sostienen la tesis del ánimo preexistente, aducen razones de peso en pro de su respectiva doctrina.

Así, se dice por una parte que los textos en que se funda Schlossmann están interpolados, que de haber sido introducida una modificación de ésa naturaleza por la constitución de Severo y Caracalla, se habrían ocupado extensamente de ella los juristas de la época, como Ulpiano y otros, quienes, sin embargo, han guardado silencio al respecto.

Nosotros creemos, siguiendo en esto a M. Popesco, que seguramente el principio general habría sido el de no representación en lo que se refiere al animus, pero que se admitieron excepciones en los casos en que la aplicación de ese principio impedía el desarrollo normal de la vida económica y jurídica de los ciudadanos.

De esta manera, se habría permitido la representación perfecta del tutor respecto del infante, del curador respecto de loco puesto a su cuidado, etc. Y la expresión "etiam ignorans" se habría referido sólo al momento de la aprehensión material de la cosa que el mandatario adquiriría para su representado.

Se explicaría así, entonces, que algunos textos romanos exijan voluntad en el representado y que otros hablen de su ignorancia respecto de la posesión que para él adquiere el mandatario.

V.—REQUISITOS QUE HA DE CUMPLIR EL REPRESENTANTE EN LA ADQUISICION DE LA POSESION.

Desde luego y conforme a los principios generales que informan esta materia, es necesario que el representante tenga el poder de representar; así, el hijo y el esclavo tienen esta facultad, de pleno derecho, respecto del pater o dóninus; el extraño a la familia necesita, en cambio, de un mandato expreso, o bien, si actúa como agente oficioso, necesita de una ratificación posterior del interesado.

Es menester, además, que el representante, al adquirir el corpus para su representado, lo haga con "animus tenendi pro alio", este es, con la intención de adquirir para otro.

Sería necesario, también, que el representante comunicara a su contraparte el nombre de la persona para quien adquiriría? Este requisito parece desprenderse de la expresión "alieno nomine agere" que señalan los textos romanos al determinar la forma

³⁴ Schlossmann, citado por M. Popesco Ramniceano ob cit. p. 76 y siguientes

en que debía actuar el representante.

Sin embargo, gran parte de los tratadistas y comentaristas entienden que ese "alieno nomine agere" significa, solamente, que en el representante debía existir la intención de actuar en beneficio de su representado, conociendo esta intención su contraparte, pero no significa que debía manifestar el nombre aquel.

Wendt, Holder y Lenel, citados por M. Popesco, creen que la actuación a nombre de otro no era necesaria cuando al tercero contratante le era indiferente que su contraparte fuese el mismo interesado o bien un representante suyo.

Completando el pensamiento de los dos primeros, piensa Lenel que no hay que averiguar concretamente, en cada caso, si existe o a nó interés en el tercero en contratar con el verdadero interesado. Bastaría, según ese autor, con señalar un principio general que estableciera hasta que punto existiría interés en el tercero de saber si contrata con un representante o directamente con el representado en cuyo patrimonio se van a radicar los efectos del acto, (³⁵).

Popesco, siguiendo a Schlossman, está por admitir también que la expresión "alieno nomine agere" sólo significa que en el representante ha de existir la intención de actuar para su representado, sin que ello signifique que deba manifestar el nombre de éste a su contraparte.

Se cita, en apoyo de esta tesis, un texto de Pomponius que dice "Lo que por mi voluntad tu darás a Tito, se reputará haber sido dado por mí". He aquí, pues, un representante que actúa en su propio nombre y por cuenta de su mandante.

En el caso inverso, piensa Popesco, debe darse igual solución y así la donación que reciba el representante de Tito en su propio nombre, se reputará haber sido hecha al representado, esto es, a Tito, aún cuando el representante no haya manifestado el nombre de la persona para quien recibía. Basta, pues, la intención del representante de adquirir para su representado, sin que sea menester que aquel exprese el nombre de este último.

En este último caso surge, sin embargo, la cuestión de saber a que elemento debe recurrirse para determinar quien es el beneficiado con la adquisición cuando el representante actúa sin manifestar que adquiere para otro.

En efecto, era posible, siguiendo con el ejemplo anterior, que el representante de Tito reciba la donación que el tercero pretende hacer a este Atino, sin manifestar que recibe para Tito y, todavía, con animo de hacerla suya, de adquirirla para si mismo. En otras palabras, el mandatario de Tito pretende hacerse dueño de una donación hecha, a su representado y, con ese objeto, al recibir la cosa donada, no expresa para quien adquiere, sino que guarda silencio al respecto. Quién adquiere la donación, el donatario o su representante?

La cuestión fué ampliamente discutida porque existen, al respecto, dos textos contradictorios: uno de Juliano (D.41.1.37.6). y otro de Ulpiano (D.39.5.13).

Si el mandatario pretende poseer para sí la cosa adquirida, no adquiere ni él ni su

³⁵ Citado Popesco, página 396 y siguientes.

mandante, dice el primero; adquiere la cosa el verdadero donatario, o sea, el representado, dice el segundo.

M. Téléman, si bien reconoce que existieron controversias al respecto, se está al elemento intencional del representante y sostiene, en consecuencia, que no será el representado quien adquiera la posesión. Agrega, además, que como lo normal es, precisamente, la no representación, existe una presunción en favor del representante en el sentido de que adquirió la cosa para sí (³⁶).

M. Popesco, en cambio, siguió a Ulpiano y dice que el representado adquiere la posesión, aún cuando el representante manifieste su voluntad contraria. Para ello se basa en que toda transferencia de posesión implica una causa anterior: la causa traditionis, y es a ésta a la cual debemos recurrir para determinar quien es el que adquiere la posesión de la cosa.

Así en el ejemplo resuelto en forma contradictoria por Juliano y Ulpiano, éste acepta que es el representado quien adquiere la posesión porque la voluntad del representante nada puede contra la causa traditionis. Mientras que la posesión del primero se apoya en una "causa traditionis", la del segundo carecería de fundamento.

Aceptar la tesis contraria, dice Yhering, significaría admitir que la voluntad del representante puede influir en la adquisición de la posesión en perjuicio, del representado, lo que vendría a destruir la institución de la representación que, dependiendo en cada caso de aquella voluntad, produciría efectos absolutamente inciertos (³⁷).

VI.—PERDIDA DE LA POSESION CONSERVADA POR INTERMEDIO DE UN REPRESENTANTE.

La posesión, cuyos elementos esenciales son el corpus y el ánimos, se pierde en Roma, no cuando desaparece uno de estos elementos, sino cuando se manifiesta claramente la voluntad de no continuar poseyendo o bien cuando un obstáculo material impide la posesión.

De aquí, entonces, que para conservar la posesión el representado deba persistir en el ánimos possidendi, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el principio que acabamos de formular, la sola ausencia de voluntad no basta para perder la posesión; es necesario, repetimos, una manifestación de voluntad que signifique intención expresa de no poseer.

En cuanto al representante, hemos visto que debía tener la posesión material de la cosa (corpus, y el "ánimo tenendi pro alio", esto es, la intención de adquirir o poseer para otro.

Se pierde la posesión, entonces, de acuerdo con lo expuesto, cuando cesan el corpus o el animus del representante y esta cesación aparece de un acto que implica voluntad contraria a la posesión: "in contrarium acta".

³⁶ Téléman, tesis citada, p. 3.5 nota 3.

³⁷ Yhering, R. von, Du Role de la volouté dans la possession, p. 177

Así, en lo que se refiere al corpus, la posesión no se pierde para el representado cuando su representante se halla imposibilitado de tener la cosa, por un hecho ageno a su voluntad. De aquí que se haya resuelto que cuando el representante muere sin dejar heredero, el representado no pierde la posesión en el tiempo que media entre la muerte de aquel y el momento en que éste adquiere o recupera la aprehensión de la cosa (el corpus), sea personalmente, sea por medio de otro representante.

La situación se presentaba más complicada, sin embargo, cuando la pérdida de la cosa provenía de la voluntad del propio representante.

La cuestión fué controvertida y resuelta en forma análoga al caso en que el mandatario recibe la cosa con intención de hacerla suya. O sea, la posesión continúa a beneficio del mandante aún cuando el mandatario se desprenda voluntariamente de la tenencia de la cosa (³⁸).

En todo caso, se perdía la posesión siempre que la cosa era aprehendida por otra persona con ánimo de hacerla suya; pero mientras que tratándose de cosa muebles la posesión se perdía inmediatamente para el interesado, tratándose de inmuebles la pérdida no se producía sino desde el momento en que el representante tenía conocimiento de la usurpación sin efectuar las gestiones necesarias para hacerla cesar.

Cuando la posesión terminaba por la pérdida del animus era necesario, como hemos dicho, que existiera un "animus in contrarium actus". Este tenía lugar cuando el representante manifestaba su intención de adquirir para una persona distinta del representado o bien para si mismo.

No obstante, en vista del peligro que podía significar para el que adquiriría la posesión por medio de un representante, los caprichosos cambios de intención que éste podía experimentar, haciéndole perder la posesión por la mutación de un elemento tan difícil de determinar, como es la voluntad subjetiva del representante, los romanos consagraron un principio que evitaba tales consecuencias y que se traducía en el aforismo: *nemo ipse mutare potest causam possessionis*, nadie puede por su propia voluntad, cambiar el carácter de la posesión.

Pero si ese cambio de ánimo del representante se manifiesta por un "animus in contrarium acta" o se produce por una causa agena a su voluntad, se pierde la posesión para el representado. Lo que se pretendió evitar es que el simple cambio de intención, efectuado en la mente del representante, pudiese alterar el carácter de la posesión en perjuicio del representado.

Terminamos, con esto, el estudio de la posesión, materia que tanta importancia había de tener en el desarrollo del derecho de las cosas.

En efecto, admitida la representación en ella, también había de admitirse, naturalmente, en la tradición que, como ya lo habíamos manifestado, había de ser, con el tiempo, el único modo convencional de adquirir el dominio.

³⁸ Se pronuncian en,este sentido M. M. Eugéne. Magnin, tesis citada páginas 7 y 8; Téléman, tesis citada, p. 128; Popesco Ramniceano, ob. cit. p. 119; M. Levy Ullman, cit. páginas 342 - 343.

CAPITULO TERCERO. DE LA REPRESENTACION EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

PARRAFO PRIMERO. Principio de la no representación.

Evidentemente, el principio de la no representación, que inspira todo el derecho romano, alcanza su mayor extensión en el derecho de las obligaciones.

En efecto, dado el carácter que el vínculo "obligación" tiene en este derecho, ella no debe producir efectos sino entre las partes que la crean; una adquiere, respecto de otra, un crédito que no puede ser exigible sino por aquella ni pagado sino por ésta.

De aquí que no puedan tener cabida en Roma ni la estipulación por otro, en que una persona se obliga personalmente a que otra efectúe una prestación, ni la estipulación en favor de un tercero, en que el contrato ha de beneficiar a una persona que no ha sido parte en el mismo, ni la representación, en que una persona actúa por cuenta de otra, en cuyo patrimonio se van a radicar los efectos del contrato-celebrado por la primera.

Existen autores, sin embargo, que creen encontrar en Roma la representación en forma análoga a la que reviste en el derecho actual, pronunciándose en este sentido, entre otros, Hellman y Savigny. Pero estos autores son la minoría y se ha demostrado con éxito que los textos en que se apoyan son interpolados, como sucede respecto del primero de los tratadistas citados, o bien que parten de una premisa falsa, como es la de asimilar el nuntius al representante, fundamento de la doctrina del segundo.

Al estudiar la naturaleza jurídica de la representación, en la segunda parte de nuestro trabajo analizaremos la doctrina de M. de Savigny. Por ahora diremos solamente, con M. Téléman, que "la teoría de M. de Savigny no goza de favor en nuestros días".

La mayoría de los autores y tratadistas están de acuerdo, pues, en que el principio de la no representación adquiere toda su importancia, precisamente, en el derecho de las obligaciones y esto por las razones que a continuación vamos a exponer, (³⁹).

II.-CAUSAS QUE EXPLICAN EL PRINCIPIO DE LA NO REPRESENTACION.

Al estudiar, en el Capítulo primero, la situación que tenía la representación dentro del derecho romano, examinamos detenidamente los motivos jurídicos que excluían su aplicación en ese derecho, como también las diversas doctrinas que se habían formulados para explicarlos.

De esas doctrinas aceptábamos la sostenida por M. Pilon en su tesis de doctorado admitida, también, por M. Popesco y que funda el principio de la no representación en el concepto eminentemente subjetivo y personal que los romanos tenían del vínculo

³⁹ Se pronuncian en este sentido M. M. Eugéne. Magnin, tesis citada páginas 7 y 8; Téléman, tesis citada, p. 128; Popesco Ramniceano, ob. cit. p. 119; M. Levy Ullman, cit. páginas 342 - 343.

obligación.

En efecto, ésta implicaba en Roma la dominación de un individuo sobre otro; basta recordar que en los primeros tiempos el acreedor podía encadenar al deudor que no cancelaba su obligación, para pagarse así con su trabajo. No era, entonces, un patrimonio que debía a otro una prestación sino un hombre que se hallaba encadenado hacia otro hasta el cumplimiento de lo prometido.

Dada la naturaleza de este vínculo jurídico, que importaba una verdadera restricción a la libertad del que lo contraía, nada más natural que el legislador romano no comprendiese y aún prohibiera que la voluntad de una persona pudiese colocar a otra en situación tan desmedrada. Agréguese a esto, como dice Schlossmann, la preocupación constante del legislador romano de salvaguardar la independencia económica de las personas libres, el temor de verlas caer en un estado análogo al de la esclavitud y esto, todavía, por manifestación de voluntad que no provenían directamente de la persona obligada.

Por esto podemos decir con M. Popesco, que mientras la obligación fué considerada exclusivamente como un vínculo entre dos personas y nó, además, como una relación de derecho entre dos patrimonios, no pudo hablarse de representación en Roma.

o-o-o

Del principio de la no representación se seguía que si una persona encargaba a otra la celebración de un acto, aquella no se beneficiaba con los efectos del mismo mientras ésta no le hacía una cesión formal de derechos.

Tal era el mecanismo del mandato romano, en el cual, siguiéndose el principio de la no representación, el mandante resultaba un extraño respecto del contrato celebrado por su cuenta por el mandatario. Aquel sólo tenía en su patrimonio la "actio mandati directa" contra éste, a fin de que le cediera los derechos y obligaciones emanados del contrato que encomendó a, su mandatario.

Existían, no obstante, algunas excepciones al principio de la no representación, admitidas ya por el derecho civil; otras fueron creadas por el derecho pretorio, como las acciones adjectivae qualitatis. Todas estas excepciones llegaron a constituir un conjunto bastante homogéneo, cuyo estudio nos será provechoso porque merced a él iremos fijando los caracteres esenciales de la representación, mantenidos hasta nuestros días.

Nosotros, para la mejor comprensión de ese estudio, trataremos en un párrafo las excepciones a ese principio de la no representación, que regían en favor de los "alieni juris" y en otro, las que se refieren a las "extraneam personam".

PARRAFO SEGUNDO. Excepciones al principio de la no representación: los "alieni juris".

Era un principio general de la legislación romana que el pater familia pudiese adquirir créditos por intermedio de los alieni juris sometidos a su potestad; era indiferente el medio por el cual el alieni juris adquiría el crédito, como lo era, también, el contrato celebrado o la forma de la estipulación. El pater llegaba a ser acreedor aún cuando hubiese prohibido

expresamente al alieni juris la celebración de contratos.

Pero el caso inverso no se admitía; era un principio general, también, que las personas sometidas a potestad sólo podían mejorar la situación del pater (adquirir créditos, derechos, etc.), pero no podían empeorarla. Consiguientemente, el pater no podía llegar a ser deudor de un tercero en virtud de un contrato celebrado por un alieni juris sometido a su potestad.

Esta regla, aparentemente beneficiosa para el pater, en realidad era perjudicial. En la vida ordinaria son escasísimos los actos que benefician en forma absoluta a una persona, sin imponerle, a su vez, un gravamen correlativo. De aquí que el pretor, plegándose a las necesidades de la vida, hubiera de introducir serias reformas a un sistema tan imperfecto como el que cabamos de ver, creando acciones útiles en favor de los terceros que hubieran contratado con "alieni juris", respecto del pater a cuya potestad se hallaban sometidos; éstas son las acciones conocidas con el nombre de "actio adjecticiae qualitatis". Se las denomina así por la circunstancia de que el que contrae la obligación adquiere la calidad de deudor "jure civilii" y el pater familias, la de deudor "jure pretorio"; o sea, hay dos deudores frente al acreedor común, que es el tercero contratante.

Ahora bien, hasta que punto se obligaba el pater familia por los actos de su hijo o esclavo?

Para responder debemos formar dos grupos de acciones: aquellas que persiguen la responsabilidad "in solidum" del pater y aquellas en que sólo se persigue una responsabilidad restringida del mismo.

En un comienzo, el pretor concede a los terceros que han contratado con el alieni juris, una acción insólida contra el pater. Tenían este carácter las acciones "quod jussum", "excercitoria" e "institoria".

Actio quod jussum:—Esta acción tenía lugar cuando el esclavo había contratado con un tercero en virtud de un "jussum" otorgado por el dóninus al esclavo: Como el tercero había contratado con aquel en virtud de aquella especie de poder (jussum) otorgado por el dóninus; es lógico que éste resultase obligado por los efectos del acto.

Como según el derecho civil, el tercero contratante carecía de acción contra el pater (aplicación del principio de la no representación), el pretor introdujo a la acción que concedió altercero una "adjectio" donde expresaba que podía tener lugar esa acción directa por cuanto el contrato se había celebrado por el tercero "jussu domini", de donde derivó el nombre de "actio quod jussu" por ser éstas las palabras con que comenzaba el edicto.

El jussum era, como vemos, una especie de poder en que el pater expresaba su consentimiento de obligar su patrimonio, a los efectos del acto o contrato que iba a celebrar su esclavo.

Nacía la acción contra el pater siempre que éste fuera persona capaz de otorgar ese poder y que el esclavo hubiese actuado dentro de los límites del mismo. La capacidad del pater para otorgar el jussum se resolvía en la calidad de dueño del, esclavo y en la capacidad ordinaria de obligarse.

Encontramos así, en estas exigencias, las condiciones que, en líneas generales exige

el derecho moderno para que haya representación: existencia de un poder, que el representante actúe dentro de los límites de él, que el mandante sea capaz de obligarse en los términos en que autoriza al mandatario.

Actio exercitoria:—Cuando los ciudadanos romanos quisieron comerciar y equiparon naves por su cuenta, poniendo al mando de ellas a sus hijos o esclavos, se encontraron con que estos no podían contratar obligándolos, por cuanto la ley no concedía acción contra el comitente a los terceros que contrataban con un *magister navis*. Consecuencia de ello es que ninguna persona quisiera contratar con aquellos, ya que los hijos o esclavos carecían de fortuna personal en que hacer efectivos los derechos adquiridos por los terceros en virtud del contrato.

El pretor vino a remediar esta situación creando la "actio exercitoria", en favor de los terceros que contratasen con *magister navis*, contra el armador de la nave. Estimó el pretor que el *magister navis* celebraba contratos en interés del "exercitor" en virtud de una especie de "jussum" general, que iba envuelto implícitamente en la designación que éste hacía de aquel. Y en vez de llamarla "actio quod jussum" la denominó "actio exercitoria", derivada del nombre de la persona contra quien se dirigía la acción: el exercitor o naviero.

Para que tuviese lugar esta acción era necesario que el tercero supiese que su contraparte no actuaba por cuenta propia, sino en interés de otra (el exercitor). Más no era necesario que el *magister navis* pronunciara el nombre de la persona por quien actuaba; era suficiente que el tercero supiera que actuaba para otro. Recordemos, a este respecto, que en Roma, tratándose de la adquisición de la posesión por un representante, se exigía que éste actuara "alieno nómine agere" y que los comentadores están de acuerdo en interpretar esa expresión en el sentido de que el representante debía manifestar, solamente, que adquiriría para otro, sin expresar el nombre.

Actio institoria:—Evidentemente, lo que se había avanzado en esta materia dentro del campo del derecho comercial marítimo debía aprovecharse en el del derecho comercial terrestre.

Así nace la actio institoria, en favor de aquellos que trataban con esclavos encargados de comerciar para su respectivo *dóminus*. Esta acción, que nació como una aplicación de la actio exercitoria al derecho comercial terrestre, era análoga a esta última. En consecuencia se requería, como en ella, que el institor actuara por cuenta de otro y que así lo supiera el contratante: la convención debía celebrarse, pues, "contemplatione domini".

El *dóminus*, para atajar esa acción, podía impedir que los terceros contratasen con su esclavo, sea notificándolos personalmente o bien mediante carteles.

Existe, sin embargo, una diferencia importante entre la actio exercitoria y la institoria: mientras que el *magister navis* podía hacerse sustituir por otra persona para la ejecución de un negocio determinado, obligando de todas maneras al exercitor, el institor, en cambio, necesitaba del consentimiento expreso de su amo para que el tercero que contrataba con el delegado pudiese gozar de la actio institoria en contra del amo.

Las tres acciones que hemos comentado, actio quod jussum, exercitoria e institoria, contienen elementos comunes que nos han permitido formar con ellas un grupo que, en

consecuencia, presenta los siguientes caracteres:

Desde luego, no cabe hablar en ellas de una verdadera representación, por cuanto es de la esencia de ésta que el representante quede desligado absolutamente de los efectos del acto. En nuestro caso, los terceros podían dirigirse tanto contra el esclavo *magister navis* o *institor* como contra el respectivo comitente; existían, como dijimos al comienzo del estudio de estas acciones, dos deudores en beneficio de un acreedor común.

En segundo término, si bien los terceros podían dirigirse directamente contra el *dóminus*, éste no podía hacerlo en contra de aquellos, lo que se explica fácilmente si se tiene en cuenta que los terceros no eran libres para elegir a su contraparte, puesto que para obligar al representado tenían que dirigirse al representante, mientras que el *dóminus* lo era para elegir al esclavo a quien confiaba la gestión de sus negocios. Aquel tenía, solamente, una acción para dirigirse contra su esclavo, que podía ser la "*actio ex locatu*", si se trataba de un *exercitor* contra el *magister*, o bien la "*actio mandati directa*" o la que fuese procedente, según la relación que se originaba entre amo y esclavo".

Debemos reconocer, no obstante, que en casos extraordinarios se concedía a los *exercitores* una acción directa contra los terceros, pero esto era, repetimos, sólo por excepción y siempre que fuese concedida por determinados funcionarios (gobernadores de provincia, por ejemplo.).

Estas tres acciones contienen otro elemento común: la voluntad expresa o implícita del *paterfamilias* de ser considerado parte en el contrato celebrado por su esclavo. La voluntad era expresa en el caso del "*jussum*" e implícita en el caso del *magister* o *institor* en que confía sus negocios a uno de estos.

Del hecho que existiera tal voluntad, expresa o implícita, resulta que las acciones que el pretor concedía a los terceros contra el *pater* eran *insólidum*, esto es, obligaban indefinidamente al comitente y no se extinguían por el lapso de tiempo.

Sin duda alguna esto significaba una responsabilidad demasiado grave para los *paterfamilias*, que podían ver destruida toda su fortuna por una actuación desgraciada de aquellos a quienes encomendaban alguna parte de sus negocios. Se hacía necesario, evidentemente, crear un sistema por el cual la responsabilidad de aquellos tuviera ciertos límites, los cuales podrían determinarse o bien por el monto del *peculio* constituido a favor del esclavo, o bien por el monto del beneficio obtenido en la realización del negocio.

De aquí nace, entonces, un segundo grupo de acciones "*adjeticiae qualitatis*": las acciones "de *peculio*", de "*im rem verso*" y "*tributoria*".

Actio de peculio e im rem verso.—

No estamos, en realidad, frente a dos acciones independientes, sino frente a una sola que llevaba dos "condenaciones" en su fórmula, por eso las estudiaremos conjuntamente.

Cuando un esclavo, que poseía un *peculio* constituido por su amo, para ejercer una serie de negocios en interés de éste, había hecho operaciones desgraciadas y su pasivo era superior al activo, los acreedores podían dirigirse contra el *paterfamilias*, intentando las acciones nacidas de los contratos respectivos, celebrados por el esclavo, bajo la forma

de "actio de peculio".

Esto significa que la responsabilidad del dóninus está limitada al monto del peculio que ha constituido en favor de su esclavo.

Pero el pretor debe tener en cuenta dos elementos para determinar la responsabilidad del amo.

En efecto, debe examinar, en primer término, si el contrato cuya acción se ejercita, ha enriquecido o nó al pater en cuyo interés fué celebrado; o sea, debe condenarse al pater "in rem verso". Si él ha experimentado un enriquecimiento en su patrimonio merced al contrato celebrado por su esclavo, es justo que contribuya, en la medida de ese beneficio, al pago solicitado por los acreedores que contribuyeron a proporcionarle esa utilidad.

Pero si el pater no ha experimentado beneficio alguno, o si el que ha experimentado es inferior al monto del peculio constituido, el pretor condenará al pater por el total en el primer caso o por el exceso en el segundo, pero siempre hasta concurrencia del monto de dicho peculio y nó más.

Actio tributaria.—

Por último, en la liquidación del peculio de un esclavo los acreedores corrían el riesgo de perder su crédito por la demora en requerir el pago. Ocurría esto porque pagaba el dóninus a los acreedores en el orden en que estos habían obtenido el reconocimiento judicial de sus créditos. El dóninus podía, a su vez, ser acreedor del esclavo y en este caso tenía privilegio para pagarse con preferencia a los demás acreedores.

Esta situación, evidentemente peligrosa, no podía continuar. De aquí que el pretor estableciera que en caso de que un esclavo se dedicase

al comercio, con conocimiento de su amo, y cayese en insolvencia, éste debía pagar a todos los acreedores a prorrata de sus créditos, con la parte del peculio afecta al comercio de donde provenían aquellos créditos (D.14.4.. de tribut, actio, 6.).

El dóninus ya no tenía derecho, entonces, a cobrarse preferentemente de sus créditos, sino que debía someterse a la ley del dividendo.

Podía suceder que uno de los acreedores estimara injusta la repartición (la tributio) hecha por el pater y en tal caso el pretor le concedía la "actio tributaria" contra aquel, a fin de obtener la rectificación del prorrato.

Terminamos, con ésta, el segundo grupo de acciones adjeticia qualitatis" que presenta, también, caracteres propios que lo diferencian del primero.

Desde luego, la responsabilidad del pater queda limitada, en el segundo grupo, a una suma determinada, mientras que en las acciones que forman el primer grupo, la responsabilidad de aquel es ilimitada y perpetua.

También son perpetuas las actio tributaria y la de in rem verso. La "actio de peculio" propiamente tal (o sea, la que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad del pater sobre el peculio constituido, cuando no procede, también, la de im rem verso) se extingue por el trascurso de un año útil, a contar desde la terminación del peculio, siempre que el

dóminus no haya procedido fraudulentamente para producir tal terminación.

Estas acciones "adjeticiae qualitatis" no contienen una aplicación estricta del principio de la representación, como lo decíamos al estudiar las *actio "quod iussum"*, "*exercitoria*" e "*institoria*", pues el tercero, si bien puede intentar cualquiera de estas *actio* contra el paterfamilia puede dirigirse, también, contra su co-contratante, intentando la acción respectiva nacida del contrato o convención celebrados. Consiguientemente, repetimos, si el pseudo-representante no quedaba desligado absolutamente de los efectos del contrato, no podemos hablar de la existencia de la representación, por lo menos en esta materia.

Observaremos que la teoría de las acciones "*adjeticiae qualitatis*" se aplicaba tanto a hijos como a esclavos, siempre, naturalmente, que tuviesen a su cargo la administración de los negocios del paterfamilias.

No obstante, dada la diferente condición jurídica de ambos, advertiremos que cuando era un hijo el representante, quedaba obligado civilmente (el pater lo estaba "*jure pretorio*"), mientras que cuando era un esclavo, sólo nacía para él una obligación natural.

En las Institutas de Justiniano se dice, después de tratar de las acciones "*adjeticiae qualitatis*", que los terceros contratante gozaban, también, de una *condictio* que podían ejercitar directamente contra el paterfamilia. Tal disposición no ha podido menos de confundir a los que se han dedicado al estudio de estas materias, porque no se vé, entonces, el objeto de las acciones que acabamos de estudiar, creadas por el derecho pretorio, si el derecho civil concedía ya, sin ambages ni rodeos, una *condictio* directa contra el pater o dominus.

En vista de ello los autores han tratado de..encontrar una solución que explique esa contradicción en forma mas o menos satisfactoria.

Se ha dicho, entonces, por una parte, que tal *condictio* es creación del derecho justiniano y no del derecho clásico y que los textos de ese derecho, que a tal *condictio* se refieren, deben ser considerados interpolados por los compiladores.

M. Cuq estima que se trata de una *condictio* de carácter teórico más que práctico y M. Téléman la explica diciendo que se trata de la *condictio certi*, que tenía todo acreedor para hacer efectivo su crédito, independientemente de la acción nacida del respectivo contrato (⁴⁰). Entonces, para intentar esta última acción, el pretor había creado las "*actio adjeticiae qualitatis*", sin perjuicio de que también pudiera intentar la *condictio certi*, si lo prefería así, Para llegar a esta solución M. Téléman se basa en un texto del Digesto (D.12.1. de reb. cred. pr.). (⁴¹)

Terminamos, con esto, el estudio de las *actio adjeticiae qualitatis*, que si bien no constituyen, como hemos dicho, una aplicación estricta de la idea de la representación, puesto que el *alieni juris* no queda exento de los efectos del contrato por él celebrado, constituyen un gran paso en el sentido del progreso de nuestra institución.

⁴⁰ M. Cuq. ob. cit. p. 409.

⁴¹ M. Téléman, ob. cit. p. 88.

En efecto, tales acciones significan la admisión de la idea de que los actos celebrados por una persona, que las manifestaciones de voluntad de un *alieni juris*; pueden obligar y comprometer el patrimonio de otra persona como era el *paterfamilias*.

Como dice M. Popesco, estas acciones constituyen el primer paso, la primera tentativa hacia el concepto de la representación, que aún tendrá algunas etapas que franquear ántes de fijarse definitivamente, ántes de llegar a su completo florecimiento, (⁴²).

PARRAFO TERCERO

Excepciones al principio de la no representación: los *extraneam personam*. A.— Excepciones creadas por el derecho pretorio. B.— Excepciones reconocidas por el derecho civil; I.—Pago de lo no debido; II.—Mutuo; III.—Otros contratos reales.

A.—EXCEPCIONES CREADAS POR EL DERECHO PRETORIO.

Como ya lo hemos visto al iniciar el estudio de la representación en el derecho de las obligaciones, el principio que la excluye es el que inspira toda la legislación romana en esta materia.

Pero una vez que el derecho pretorio admitió excepciones al principio de la no representación en favor de los *alieni juris* (las *actio adjecticiae qualitatis*) no había ya motivo para no extenderlas, también, en beneficio de las *extraneam personam*.

En efecto, el ciudadano romano que no podía dirigir por si mismo sus negocios, o una parte de ellos, y carecía de personas sometidas a su potestad, se veía en la necesidad de acudir al servicio de personas extrañas, de los "*extraneam personam*".

En virtud del principio de la no representación, el mandatario que celebraba un contrato para su mandante, era parte en el mismo y, por consiguiente, los efectos de la convención quedaban radicados en su patrimonio. Si tal inconveniente había sido subsanado tratándose de los *alieni juris* (*institor*, *exercitor*, esclavo provisto de un "*jussum*", etc.) por qué razón no habían de establecerse iguales reglas tratándose de simples mandatarios, aún cuando fueran personas no sometidas a la potestad del mandante?

De aquí, entonces, que el pretor estableciera que las acciones *exercitoria* e *institoria* competerían a los terceros que contratasen con un "*magister navis*—o con un "*institor tabernae*", se hallasen o no sometidos a la potestad del mandante.

En efecto, dada la forma en que aparece el edicto del pretor concediendo tales acciones, parece que no se establecían diferencias entre el *institor* o *magister navis alieni juris* y el *extraneae personae*. Sin embargo, un texto de Gayo (G.4.71) parece hacer tal distinción, lo que estaría indicándonos que estas acciones nacieron sólo en favor de los *alieni juris* encargados del comercio de sus *paterfamilia* y que tiempo después se extendieron a los "*extraneam personam*" que por encargo de aquel ejercían el comercio

⁴² M. Popesco, ob. cit. p. 158.

terrestre o marítimo en su beneficio.

Popesco estima que estas acciones, exercitoria e institoria nacieron, desde su origen, en favor de ambas: *alieni juris* y *extraneam personam* (⁴³).

También en este caso eran dos las personas obligadas: el mandatario, que lo era civilmente y el mandante por cuya cuenta se efectuaba el acto, que lo era *jure pretorio*.

La reforma que el pretor introdujo en materia comercial debía extenderse rápidamente al campo civil. No se veía la razón por la cual el comitente de un "*magister navis*" o de un "*institor tabernae*" podía verse obligado por los actos de estos y no lo fuera por los actos de un mandatario civil.

La reforma no partió, en este caso, del pretor sino de los juristas que, encabezados por Papiniano, admitieron que debía concederse al tercero contratante una acción útil "*ad ex-emplum institoriae actionis*" que podía intentar directamente contra el mandante. Esta es la acción que los comentaristas llaman "*actio quasi institoria* (D.14.3.19 pr.; D.17.1.10.5; D.21.2.66.3.)" (⁴⁴).

Esta *actio quasi institoria* es la misma *actio institoria* que hemos visto, pero que se concede al tercero cuando se trata de un mandatario cualquiera y nó, como sucedía en la segunda, solamente contra el mandante de un agente comercial.

De manera, entonces, que el individuo que otorgaba a otro un poder para la ejecución de un negocio se veía obligado directamente respecto del tercero a quien la ley concedía la "*actio quasi institoria*". Se habría operado una reforma análoga desde el punto de vista activo? Efectivamente, ha surgido la duda en cuanto a saber si el representado

adquiría, a su vez, una acción directa en contra del tercero. Un texto de Ulpiano (D.19.1,13.4) parece apoyar esta tesis y conceder una "*actio quasi institoria*" al mandante contra el tercero, pero existen otros textos del mismo autor que establecen la doctrina contraria y le niegan toda acción.

Se deduciría de todo esto que en Roma un individuo podía ser representado desde el punto de vista pasivo (o sea, para contraer obligaciones), pero no desde el punto de vista activo (o sea, para adquirir derechos).

M. M. Téléman y Popesco aceptan que, por regla general, la jurisprudencia, que es la que introdujo esta acción, no la concedía al mandante respecto del tercero, pero que en casos excepcionales que se justifican y por lo mismo corroboran la regla general, el pretor podía concederla.

Aunque a primera vista nos puede parecer extraña esa situación, en que el representado aparece obligado por los actos de su representante sin que adquiera correlativamente los créditos derivados de los actos de éste, en realidad es muy lógica y natural si tenemos en cuenta los principios que regían las relaciones del mandatario con los terceros.

⁴³ Popesco, ob. cit. p. 151.

⁴⁴ Textos citados por Popesco, ob. cit. p. 165,

En efecto, en el contrato celebrado por el mandatario es éste quien aparece civilmente obligado a su cumplimiento y si bien es cierto que el derecho pretorio concede al tercero una acción útil contra el mandante (la "actio quasi institoria"), no lo es menos que si ese tercero lo prefiere, puede hacer valer sus derechos exclusivamente en la persona del representante.

Qué garantía tendría, entonces, un mandatario que se halla expuesto a cumplir un contrato celebrado en beneficio del mandante, al cual contrato ha afectado su propio patrimonio, si la ley no le concediera, a su vez, el derecho de retener para sí los beneficios del mismo contrato? Porque si bien es cierto que el mandatario tenía la "actio mandati contraria" para hacerse reembolsar de los gastos y perjuicios que le ocasionaba la ejecución del negocio, no podemos olvidar que ésta era una acción personal cuyo ejercicio podía ser inútil respecto de un mandante caído en la insolvencia.

De manera, pues, que esta distinción entre los efectos pasivos y activos del contrato, que obligaba al mandante sin concederle correlativamente los créditos que del mismo acto se derivaban y que permanecían radicados en el patrimonio del mandatario, era una medida tomada en beneficio de éste.

De aquí, entonces, que el pretor concediese al mandante una "actio utilis" que podía dirigir directamente contra el tercero, para perseguir el crédito respectivo siempre que el mandatario no corriese ningún riesgo con la privación del crédito y en que no existía, por tanto, motivo para hacer tal distinción.

Debe considerarse, entonces, como uno de estos casos de excepción, dice M. Téléman, un texto de Ulpiano (D.19.1.13.25) en que concede al mandante una acción útil contra el tercero. En ese texto supone Ulpiano que un mandatario ha vendido al crédito una cosa del mandante. Considera ese juriconsulto que en este caso debe concederse

al mandante una "actio venditi quasi institoria" para el cobro del precio, en la misma forma que el tercero podría intentar, a su vez, una acción directa contra aquel exigiendo la entrega de la cosa.

Es excepcional el caso porque el mandatario no tiene, como vemos, ningún interés en ser acreedor exclusivo del tercero, puesto que la cosa vendida no era suya y puesto que el tercero puede dirigir su acción contra el mandante, exigiéndole la entrega de ella.

Vemos, de esta manera, que en este caso no hay peligro alguno en conceder también al mandante, la acción de cobro de precio nacida del contrato.

Asimismo, por falta de interés en proteger a un mandatario caído en falencia, el pretor podía conceder al mandante, como acción útil, la nacida del contrato celebrado por el mandatario. Por lo demás, habría sido inicuo que los acreedores del mandatario se aprovecharan de un crédito que existe en el patrimonio de éste merced al mandante, quien se encontraba afectado, en cambio, por la "actio quasi institoria" que el derecho pretorio concedía en contra suya al tercero, para exigir el cumplimiento del contrato.

De lo dicho se desprende que, lo mismo que en las "actio adjecticiae qualitatis", que sirvieron de modelo a la que estamos estudiando, no puede estimarse que existe aquí verdadera representación, pues si bien es cierto que algunos autores, como Labbé, han sostenido que tratándose de un mandante determinado y cierto, el mandatario quedaba

exento de responsabilidad respecto del tercero, la casi totalidad de los autores opina lo contrario.

En efecto, siendo esta acción una copia fiel de la "institoria" no se vé la razón por la cual en ésta ha de quedar obligado al agente comercial y en aquella, en cambio, debiera desprenderse de toda obligación nacida de un contrato celebrado en condiciones análogas.

Por lo demás, aun los sostenedores de la existencia del principio de la representación en esta materia, reconocen que tal principio no aparece consagrado en ningún texto. Por el contrario, de todos ellos se desprende que el mandatario permanecía obligado "jure civili" y que el mandante, lo mismo que en las "actio adjecticiae qualitatis", no podía hacerlas valer contra los terceros contratantes.

Falta, por consiguiente, el elemento esencial que caracteriza la representación: el vínculo directo que une al tercero y al representado, desapareciendo el representante una vez que ha dado nacimiento al acto jurídico.

A pesar de esto, el estudio de estas acciones tiene una importancia enorme por cuanto en ellas encontramos ciertos principios fundamentales que servirán a los autores contemporáneos para formular la teoría general de la representación. Así tenemos que para que procediese la "actio institoria" en favor del tercero, el mandatario debía haber actuado dentro de los límites de su mandato.

Se requería, también que el tercero hubiese contratado a sabiendas de que su contraparte lo hacía en interés de un tercero, por cuenta de una persona que no era la que comparecía, pero en cuyo patrimonio iban a nacer los derechos y obligaciones que del contrato se derivaban. En otros términos, el contrato debía celebrarse "contemplatione domini".

Vemos, así, que los elementos esenciales de la representación en el derecho moderno los encontramos ya en el derecho romano, el cual, si bien no sentó una teoría general de nuestra institución, por lo menos: fijó sus caracteres esenciales.

B.—EXCEPCIONES RECONOCIDAS POR EL DERECHO CIVIL.

I.—PAGO DE LO NO DEBIDO

Tanto en esta materia como en el contrato de mutuo, el derecho romano consagró en forma perfecta el principio de la representación, estableciendo, de esta manera, una excepción clara al principio que la excluía y que inspiraba toda la legislación romana.

Esta legislación, sancionando una obligación de carácter moral, concedió una "condictio" a aquel que había hecho un pago indebido a otra persona, para obtener de ésta la restitución de lo pagado. En esta forma esa legislación, haciendo primar la moral sobre toda consideración de carácter doctrinario, admite algo que era considerado imposible por los juristas romanos: que una obligación no delictual pudiera nacer sin solemnidades (⁴⁵).

⁴⁵ Cuq. ob. cit p. 535.

En tales condiciones no es extraño, agrega M. Popesco, que para dar toda su eficacia a la nueva *condictio* no se haya vacilado en pasar por encima, también, del principio de la no representación. (⁴⁶)

Sea como fuere, es lo cierto que el derecho romano admite que el pago de lo no debido hecho por un procurador dé nacimiento a una *condictio* en beneficio del representado para obtener del tercero la devolución de lo injustamente pagado. Recíprocamente, si es a un procurador a quien se hace el pago indebido, nace la *condictio* a favor del que pagó para dirigirse en contra del representado.

Existe, como vemos, una verdadera representación, en esta materia, establecida por el mismo derecho civil.

Las causas que la explican son las que al comienzo hemos enunciado, pues no es posible estimar, como creen algunos, que esta excepción no sea sino la extensión de la admitida en el contrato de mutuo. En este sentido se admitió la idea de representación una vez que el derecho romano permitió la adquisición de la posesión "*per extraneae personae*", o sea, a fines del siglo I., mientras que en el pago de lo no debido Labeón admite, ya en tiempo de Augusto, esa excepción al principio excluyente la representación.

Teléman, por su parte, no hace distinción y considera, consiguientemente, que la representación en el mutuo y en el pago de lo no debido, reposa en el principio de la adquisición de la posesión "*per extraneam personam*" (⁴⁷)

En realidad, debemos admitir, con M. Popesco, que el derecho romano acepta la representación en el pago de lo no debido porque "los principios de equidad han hecho admitir aquí, contra todas las reglas de derecho, una idea nueva que respondía al ideal de justicia de la sociedad romana" (⁴⁸)

II.-MUTUUM

Ya hemos visto, que dada la constitución de la familia romana, lo que se entregaba a las personas sometidas a la "*potestas*" de un "*pater-familias*" era adquirido por éste. De aquí que éste, al mismo tiempo que adquiría la propiedad de esas "cosas remitidas a sus hijos o esclavos, fuese el único deudor civil ante el tercero remitente, viéndose obligado el *pater* a la devolución de ellas o bien al pago del precio.

Pero al fin del siglo I se infiltran nuevas ideas en el derecho y a pesar del principio de no representación, se admite que la posesión pueda adquirirse por intermedio de personas libres. Esta idea, que no podemos considerarla una verdadera excepción al principio de la no representación, puesto que nace fuera del campo de los derechos (se trata de un hecho jurídico), debía traer importantísimas consecuencias aun dentro del terreno mismo de los derechos.

⁴⁶ M. Popesco, ob. cit. p. 128.

⁴⁷ Téléman, ob. cit. p. 111.

⁴⁸ Popesco, ob. cit. p. 128-129

Una de estas consecuencias debía ser, precisamente, la admisión del principio de la representación en el contrato de mutuo.

La existencia de ese principio en este contrato, aparece de numerosos textos, de los cuales podemos citar el del jurista Paulo (D. 45. I. 126. 2), que concede la "actio certae creditae pecuniae" al representado que ha hecho un préstamo de dinero por intermedio de otra persona.

Ha surgido, al respecto, una interesante discusión a propósito de un texto de Ulpiano, que resuelve el caso de un préstamo que el representante efectuó con dineros propios, en nombre del representado y sin noticia ni consentimiento del segundo. Adquiere éste el carácter de acreedor de un tercero a quien no conoce y que es su deudor en virtud de un préstamo que no pensó hacer y que se efectuó con dinero ajeno? Debe reembolsar al representante y dirigir su acción contra el tercero? (⁴⁹).

El texto precitado ha sido objeto de detenidos estudios de parte los comentaristas del derecho romano que llegan, por supuesto, a conclusiones diversas.

Dice así "Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos **absente te et ignorante**, Aristo scribit adquiri tibi conditionem; Julianus quoque de hoc interrogatus libro X scribit veram esse Aristonis sententiam..."

Hasta aquí no se presentan dificultades ni dudas, puesto que se, concede la conditio al representado, a pesar de que su representante ha actuado sin su noticia y consentimiento y, aún empleando dineros propios.

Pero la segunda parte del mismo texto es la que ha dado origen a todas las discusiones, puesto que, tratando de explicar el alcance de la parte primera, agrega que es, precisamente, la voluntad presunta del representado la que da origen a tal "conditio". Esa voluntad presunta no puede existir, como se desprende de la primera parte del citado

texto, que acaba de decirnos que el préstamo de que se trata se rea efectuado "sin conocimiento" del representado.

En efecto, agrega la segunda parte: "nec dubitare quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua, dedero, tibi adquiritur obligatio, cum quotidie creditor pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitore nostro".

M. Girard con otros, se inclina a creer que el texto aparece interpolado y que las palabras "absente te et ignorante" han sido agregadas por los compiladores. (⁵⁰)

Brinz se explica esta contradicción diciendo que la ignorancia del representado no se refiere al hecho mismo del préstamo, respecto del cual ya ha dado su consentimiento, sino al momento en que se efectúa la tradición del dinero. Algo análogo, como vemos, a la teoría del "ánimo preventivo" que sostenía M. Magnin al estudiar la adquisición de la posesión por un representante en beneficio del representado, que lo ignoraba.

M. Téliéman encuentra que existe una contradicción lisa y llana entre ambas partes

⁴⁹ Ulpiano, ob. cit. p. 12. 1. 9.8.

⁵⁰ Girard, ob. cit. p. 522.

del mismo texto, lo que se debería a una Interpolación de los copiladores. Y agrega que, en su opinión, es un absurdo que una persona pueda llegar a ser acreedora de otra en virtud de un préstamo efectuado por un representante suyo, sin su consentimiento y que se viera obligada, consiguientemente, a reembolsarle el dinero que empleó en efectuar tal préstamo. (⁵¹).

M. Popesco, que estudia minuciosamente el texto objeto de la discusión, concluye afirmando que la segunda parte de él no es, como se ha creído, la explicación de la solución a que se ha llegado en la primera, sino que se trata de otra solución a un problema análogo al que se resolvía en aquella.

O sea, en la primera parte se admite que el representado adquiere el carácter de acreedor de un tercero a quien su representante hizo un préstamo, con dineros propios, en nombre del primero e ignorándolo éste, mientras que en la segunda se trata de un préstamo hecho por el representante con el consentimiento del representado.

Se trataría, pues, de una solución dada por Juliano a un caso que se le habría propuesto. Este jurisconsulto, para reforzar su opinión, cita la de Arstón, emitida para un caso análogo pero que podía ser aún más dudoso, puesto que el representado no conocía el hecho del préstamo. (⁵²)

La solución dada por M. Popesco a la contradicción, real o aparente, entre ambas partes del texto de Ulpiano, demuestra un interés exagerado por explicarla, lo que, a nuestro juicio, le hace descuidar un poco el aspecto lógico del problema:

Para no alargar más la cuestión agregaremos que, a nuestro entender, el texto debe haber sido interpolado, porque de otra manera no se concibe una contradicción tan resaltante entre las dos partes del mismo.

Por otra parte opinamos, con M. Télémnan, que es muy extraño que la legislación romana aceptase que una persona libre, por su sola voluntad, hiciese a otra acreedora de un tercero, quizá insolvente o de corrección comercial dudosa, Y la obligase a la restitución del capital que había prestado a nombre de su representando, a. lo mejor con excesiva liberalidad o ligereza, de su parte.

Evidentemente, la ignorancia del representado no ha podido referirse, pues, al préstamo mismo, sino al momento en que se efectuaba la tradición del dinero.

o-o-o

La explicación de esta derogación al principio de la no representación, admitida en el contrato de mutuo, la encontramos, sin duda, en la regla que permite adquirir o transferir la posesión de las cosas por intermedio de las personas libres.

Recordemos, además, que el principio en que reposa este, contrato es el de la responsabilidad recepticia. Desde el momento en que una persona ingresa a su patrimonio cosas ajenas por intermedio de otra, nace para ella la obligación de restituir las (como sucede en los demás contratos reales) o bien de restituir su

⁵¹ Télémnan, tesis citada, p. 114.

⁵² Popesco Ramniceano, ob. cit. p. 129 y siguientes

equivalente, como sucede en el mutuo.

O sea, desde que, se puede adquirir la posesión por intermedio de un extraño se admite que un individuo llegue a ser deudor "ex mutuo" por la actuación de un representante suyo; así como, a la inversa, puede ser acreedor "ex mutuo" por intermedio, también, de su representante; cuando éste efectúa la transferencia de la posesión de las cosas que le pertenecían (⁵³).

Agréguese a esto que el derecho romano ya había admitido la representación en el pago de lo no debido que, como el mutuo, tiene también su fundamento en la responsabilidad recepticia, o sea, en la obligación que nace para el que recibe una cosa que no le pertenece, de restituirla si carece de título para conservarla en su patrimonio.

De modo, entonces, que la regla que permitía adquirir la posesión por medio de una "extraneam personam" y la que admitía la representación en el pago de lo no debido son, a nuestro juicio, las que explican, que el derecho civil la haya admitido, también, en el contrato de mutuo.

Tal es el criterio que adopta, también, M. Téléman, en su tantas veces citada tesis de doctorado (⁵⁴).

Otros autores, sin embargo, como M. Magnin, se explican la representación en el mutuo en virtud de las tradiciones fictas o simbólicas. Así, cuando el mandatario presta dineros suyos a un tercero, en nombre del mandante, "se subentiende una primera tradición traslativa de dominio, hecha por el mandatario al mandante: Los dineros pasan a ser propiedad del mandante y se subentiende una tradición ficticia de éste al mandatario, que ya no es traslativa de dominio, sino simplemente de una detención material de los dineros". En esta forma, el préstamo efectuado sería de dineros propios del mandante y por ello éste adquiriría directamente el crédito respectivo (⁵⁵).

En realidad preferimos la solución anterior, porque nos parece más lógica y basada en principios que, como el que permitía adquirir la posesión por medio de un representante, explican perfectamente que se haya podido introducir una excepción de tal importancia en un contrato de tanta aplicación práctica como es el mutuo y dentro del campo del propio derecho civil.

III.—OTROS CONTRATOS REALES.

En cuanto a los demás contratos reales como la prenda, hipoteca, etc. a pesar de que algunos textos de Justiniano admiten la representación dentro de ellos, se ha demostrado con éxito que son interpolados y que la excepción introducida en el mutuo no se extendió a ellos.

Ihering cree, sin embargo, que esto no es exacto y que la representación fué

⁵³ En este sentido: Cuq, ob, cit p. 411; Girard, ob,p. 686; Popesco Ramniceano, ob, cit. p. 140

⁵⁴ Téléman, tesis citada, p. 112,

⁵⁵ Magnin, tesis citada, p 58.

admitida no sólo en el mútuo, sino también en los demás contratos reales.

Se le ha objetado al respecto, diciendo que los principales textos, como el del jurisconsulto Paulo (D.45.1.126.2) se refieren solamente al mútuo y omiten los demás contratos. Ihering, por su parte, rechaza esta objeción espresando que si estos textos se refieren únicamente al mutuo se debe a que se trata de soluciones dadas a casos concretos propuestos a los respectivos jurisconsultos y que, en cambio, existen otros textos que admiten expresamente la representación en la hipoteca y en la prenda.

Los demás comentadores del derecho romano piensan, en cambio, que la opinión de Ihering es errada y que los textos en que se apoya son interpolados. Así, M. Téléman nos dice textualmente: "Pero se ha demostrado victoriosamente que esos textos son interpolados, que no reflejan sino el derecho de Justiniano y que hasta él, las soluciones que aquellos señalan no eran admitidas (⁵⁶). Sin duda, continúa el mismo autor, porque no existía tanta utilidad práctica en hacerlo como ocurría tratándose del mutuo, (⁵⁷).

M. Popesco se observa partidario de esta misma doctrina y acepta que sólo en virtud de una constitución del año 530, debida a Justiniano, se concedió al representado las acciones hipotecaria y pignoraticia. Considera, asimismo, que los textos clásicos que admiten la representación en esos contratos reales, están interpolados, fundándose para ello en una serie de argumentos que sería largo e inoficioso de reproducir.

M. E. Magnin considera, como M. Popesco, que la representación sea admitía solamente en el contrato de mutuo y nó en los demás contratos reales, por lo menos hasta Justiniano (⁵⁸).

Pero es interesante observar que Justiniano admite ya la representación en todos los contratos reales, lo que significa un gran paso en favor de la consagración definitiva de nuestra institución.

CAPITULO CUARTO. DE LA REPRESENTACION EN LAS TUTELAS Y CURATELAS.

PARRAFO PRIMERO. Del principio en que se fundan estas instituciones; objeto que persiguen.

Esta institución de las tutelas y curatelas, que tenía por objeto, como ahora, proteger los intereses de los incapaces, estaba fundada, también, en el principio de la no

⁵⁶ En este sentido: Girard, ob. cit. p. 440.

⁵⁷ Popesco, ob. cit. p. 146 - 147.

⁵⁸ E. Magnin, téris citada, p. 59.

representación. Consiguientemente, el tutor no representaba al pupilo y los actos celebrados por él le afectaban directamente en su propio patrimonio.

Para explicar la facultad que tenía el tutor o curador de disponer de los bienes de su pupilo y de celebrar actos en beneficio del mismo, los romanos comenzaron por reconocerles una potestad que ejercían sobre la persona y bienes del pupilo.

M. Cuq. y M. Gerárdin coinciden en admitir que en Roma el tutor ejercía un verdadero dominio sobre las cosas "nec mancipi" del pupilo, o sea, sobre aquellas que componían su "pecunia", mientras que las cosas mancipi, o sea las que componían "la familia", quedaban fuera de su potestad, en forma que eran inalienables o, por lo menos, de difícil enagenación (⁵⁹).

El tutor podía actuar, tratándose de la administración de los bienes del pupilo, en dos formas: ya sea por medio de la "autoritas interpositio", que consistía en autorizar al pupilo para la celebración del acto, o bien por la "negotiorum gestio", en que el tutor actuaba directamente por cuenta del pupilo.

La primera forma podía tener lugar solamente en caso de que el pupilo fuese una persona de aquellas que hoy día quedan comprendidas entre los llamados "incapaces relativos"; la "negotiorum gestio", en cambio, podía emplearse en cualquier caso.

Pero sea cual fuere el medio de acción empleado por el tutor o curador, lo cierto es que en virtud de la no representación era él quien afectaba su propio patrimonio a las resultas del acto o contrato celebrado por cuenta de su pupilo, así como era él, también, quien adquiría la calidad de acreedor derivada de aquel mismo acto o contrato.

Esta situación era evidentemente perjudicial para, ambos; tutor y pupilo, por cuanto en la rendición de cuentas, á que se hallaba obligado el primero, podía descubrirse que el uno o el otro eran insolventes, de lo cual uno de los dos debía salir perjudicado.

Agreguemos a esto que con el trascurso del tiempo las guardas dejan de ser un derecho conferido al tutor o curador para convertirse en una carga impuesta al mismo y observemos, especialmente, que estos no pueden declinar el cargo que la ley les confía, porque la misma ley se lo prohíbe; ni mucho menos podían abandonar la administración de los bienes del pupilo, porque de su negligencia se derivaban gravísimas responsabilidades, que el pupilo podía hacer efectivas mediante la "actio tutelae directae" o la "actio ex stipulatu" que nacía en virtud de la "cautio rem pupilli salvam fore" que el tutor debía otorgar en favor del pupilo.

De aquí que sea muy, cuerda la observación de M. Magnin cuando dice que "se concibe así que el legislador romano se haya preocupado de preferencia, en interés del tutor, de atenuar las consecuencias rigurosas que derivan de la no representación" y que se "sienta obligado a desligar al tutor, en cuanto sea posible, de las obligaciones contraídas personalmente en el curso de su gestión" (⁶⁰).

⁵⁹ Cuq. Tratado de derecho romano, tomo I, p. 181 y 326; Gerárdin, N. R. H. tomo XIII, 1889, p. 1 y 20, citados por Popesco Ramniceano, ob. cit. p. 90.

⁶⁰ E. Magnin, tesis citada, p. 45.

Es evidente, pues, que el pretor había de considerarse moralmente obligado a solucionar esta situación, introduciendo excepciones que, según algunos autores, significaron la aplicación lisa y llana de la representación en materia de guardas.

Debemos agregar que todas las observaciones que hemos hecho y haremos en el curso de este estudio respecto del tutor se extienden, naturalmente, al curador, quien se halla en igualdad de condiciones con aquel.

En efecto, la *negotiorum gestio* de un curador le obligaba personalmente en sus bienes, en la misma forma que lo sería el tutor que actuase por su pupilo. De aquí que las reformas introducidas en el derecho debían referirse a unos y otros.

PARRAFO SEGUNDO. Modificaciones que introduce el derecho pretorio en esta materia.

En primer término, la, regla que permite la adquisición de la posesión y aún del dominio, si se trataba de cosas *nec mancipi*, por personas extrañas, debía hacer sentir su influencia también en esta materia, por cuanto permitió al tutor otorgar o adquirir préstamos para su pupilo, el cual, en virtud del nuevo principio, aparecía como el directamente obligado, así como también, recíprocamente, adquiriría la calidad de acreedor personal del tercero.

Pronto no había de bastar esta reforma y el pretor concibe, entonces, una modificación más completa a las reglas existentes.

En efecto, en el derecho clásico se admite que los actos celebrados por el tutor en interés del pupilo sólo obligarán a éste. Así, en los procesos seguidos por él tutor en negocios del pupilo, la "*actio iudicati*" no puede dirigirse contra el primero, quien puede excepcionarse alegando su calidad de guardador. A su vez, el pretor concede al tercerocontratante una acción útil para dirigirse directamente contra el pupilo.

En virtud de esta importantísima reforma, el pupilo aparece como el directamente obligado por los actos que celebra el tutor en la administración de los bienes de aquel.

En esto están de acuerdo todos los romanistas; la cuestión surge cuando se trata de saber si igual reforma se produce en sentido recíproco y si se concede al pupilo acciones útiles que pueda ejercitar directamente contra los terceros, a fin de obtener el cobro de los créditos nacidos de los contratos que celebraba el tutor. Como también se discute, entre los mismos tratadistas, si las acciones útiles que el pretor concedía a los terceros contra el pupilo podían ejercitarlas aquellos durante la tutela o si debían dirigirse en esta época contra el tutor y sólo a la expiración de la tutela podían dirigirse contra el pupilo.

La cuestión es árdua, los textos oscuros, de manera que, sirviéndose de ellos mismos, los autores llegan a conclusiones diversas. Resumiéndolas, podemos dividir las en dos grupos, tanto en lo que respecta al primer problema (si el pupilo tuvo acciones útiles para hacer efectivos los créditos contra los terceros), como al segundo (si los terceros podían dirigirse directamente contra el pupilo durante la tutela).

En efecto, mientras un grupo de autores, entre los que podemos citar a Bonfante y Magnin, opta por concluir que sólo se llegó a una representación pasiva, de modo que los

créditos nacían sólo en el patrimonio del tutor siendo éste quien podía intentar la acción correspondiente, otros, como M. Téléman, Solazzi y Popesco afirman que tanto desde el punto de vista pasivo como del activo se llegó en Roma a una verdadera representación en esta materia de tutelas y curatelas.

Veamos, brevemente, las razones que M. Magnin y M. Popesco dan en apoyo de sus respectivas doctrinas.

M. Magnin parte de la constitución 5 del Cód.5.39, que establece textualmente : "Per, tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest", o sea, el pupilo no puede intentar acciones en contra de los terceros que han contratado con su tutor, sino en casos excepcionales.

Estos casos de excepción, en que el pupilo puede actuar directamente contra el tercero, serían:

1.—E1 de un mutuo otorgado por el tutor; el pupilo adquiriría la "actio ex mutuo", como asimismo la "actio hypothecaria" en caso de que el tutor hubiera exigido esa caución al tercero.

Tratándose del mutuo, no era esto sino una aplicación de la regla que permitía adquirir la posesión "per extraneam personam". La "actio hypothecaria" se la concedía al pupilo una constitución de Justiniano.

2.—Si el mutuo se otorgaba con intereses, estos debían convenirse mediante una estipulación, porque el simple pacto de intereses no producía sino una obligación natural.

Si el pupilo estaba ausente o si era infante y no tenía esclavos que estipularan por él, la "actio ex stipulatu" podía ejercitarla directamente el pupilo. O sea, nacía la "actio ex stipulatu" en la persona del pupilo siempre que el tutor se veía obligado a, actuar personalmente en el convenio. Si, pudiendo intervenir el pupilo, el tutor actuaba personalmente, era él quien resultaba obligado por la convención y también quien podía ejercitar la actio ex stipulatu. Esto es lo que se desprendería del estudio del texto D.26.7.9 pr.

3.—En el caso de un pacto de constituto, celebrado por el tutor en interés del pupilo, éste adquiere contra el tercero la acción útil de "constituta pecunia".

4.—Tratándose de un proceso ganado por el tutor, en el que se controvertía un negocio del pupilo, éste adquiriría la "actio iudicati" contra la parte perdedora.

Pero existía, siempre, la restricción que se desprende de los textos citados, de que el tutor hubiera debido intervenir forzosamente, porque su pupilo era un absolutamente incapaz o bien porque se encontraba ausente o por cualquiera otra causa que, privándole de voluntad, le impidiese actuar personalmente en defensa de sus derechos.

5.—Por último, se concedía al pupilo la "actio ex stipulatu" proveniente de la estipulación celebrada por su tutor con un "servus publicus" o un magistrado (si el pupilo era "infans" o ausente y carecía de esclavos que contrataran por él) y por la cual el tutor se comprometía a administrar como un buen padre de familia los negocios del pupilo.

Estos son los casos en que, según M. E. Magnin, se conceden excepcionalmente al pupilo los créditos nacidos en virtud de la gestión de su tutor. Acepta este autor que en

estos casos existe una aplicación clara y absoluta del principio de la representación. Fuera de ellos M. Magnin sostiene que no existía representación, desde el punto de vista activo, y que los créditos nacidos en la administración de los bienes del pupilo, se radicaban en el patrimonio del tutor, quien debía cederlos al pupilo a la terminación de la tutela.

En apoyo de su tesis M. Magnin aduce las razones que a continuación se expresan, fundadas además en la citada Constitución 5 del Código 5.39, que establece que las acciones adquiridas por el tutor se concederán directamente al pupilo "nisi ex certis causis" o sea, en los casos excepcionales que la ley señale.

Se explica la diferencia que los juristas hicieron entre créditos y deudas, dice M. Magnin, porque había interés en librar al tutor de las obligaciones contraídas respecto de terceros en la administración de los bienes del pupilo, a fin de que aquel pudiese actuar con independencia y no vacilara en celebrar aquellos contratos necesarios para la buena marcha de los negocios del pupilo, que de otra manera temería efectuarlos ante la amenaza de ver alcanzado por ellos su propio patrimonio, su propia fortuna.

En cambio, no existiría razón alguna para introducir igual reforma tratándose de los créditos. Estos podrían permanecer en el patrimonio del tutor hasta el momento de la rendición de cuentas, sin que de ello se derivare, ningún perjuicio para él pupilo. En efecto, éste se hallaba plenamente resguardado en sus intereses contra la posible torpeza o mala fe de su tutor.

M. Magnin recuerda al respecto que en virtud de la "satisfatio rem pupilli salvam fore" gozaba el pupilo de la "actio ex stipulatu" contra el tutor y los codeudores solidarios constituidos por aquel en garantía de su correcta administración; que si estos codeudores solidarios eran insolventes, el pupilo podía dirigirse en contra de los magistrados que no habían verificado diligentemente la fortuna y solvencia de aquellos; que si eran varios los tutores, todos ellos se hallaban obligados solidariamente respecto del pupilo y que, todavía, en tiempo de Justiniano se le acordó una hipoteca general a su favor sobre los bienes del tutor, la cual hipoteca comprendía, naturalmente, los créditos que éste había adquirido en su actuación, sea en negocios propios o de su pupilo.

Así se destruye, según M. Magnin, la llamada "razón de analogía" que esgrimen los sostenedores, de la tesis contraria, según la cual lógicamente debió operarse igual reforma en el aspecto pasivo que en el activo y si se admitió la representación para obligar directamente al pupilo frente a los terceros, también debió admitírsela para conceder al pupilo los créditos que el tutor adquiría contra aquellos.

En cuanto a los textos que los comentadores oponen a la tesis de M. Magnin, son analizados cuidadosamente por éste, quien concluye rechazándolos porque a su modo de ver constituyen excepciones aisladas, que aún aceptándolas no significan la aplicación de un principio general, sino por el contrario, manifiestan un carácter enteramente excepcional, lo que estaría corroborando lo dispuesto en la mencionada constitución, que concedía al pupilo las acciones de los contratos celebrados por su tutor sólo en determinados casos, algunos de los cuales serían estos que citan los sostenedores de la tesis contraria.

Así, el texto 26.7.2. que se cita contra la teoría de M. Magnin, establece que la acción

judicati será concedida al pupilo directamente si el tutor "non se liti optulit", esto es, si se ha visto obligado a intervenir personalmente en el juicio porque su pupilo era un infante o ausente.

A contrarius sensu, dice M. Magnin, en los demás casos, en que el tutor interviene voluntariamente en el juicio, será él quien adquiriera personalmente la "actio judicati". Y de esta manera va destruyendo los pocos textos que se le oponen a la tesis que sustenta con tanto ardor.

M. Popesco sostiene, por su parte, la tesis contraria que admite la existencia de la representación en Roma, en materia de tutelas y curatelas, tanto desde el punto de vista activo como pasivo.

En el fondo, el problema se plantea en la cuestión de saber si las acciones del contrato celebrado por el tutor se concedían siempre al pupilo o solamente cuando aquel se había visto forzado a intervenir porque este era un infante, ausente, furioso o, en una palabra, incapaz de manifestar voluntad.

Los textos se prestan a discusión; citemos uno, a manera de ejemplo: D.26.7.2.pr. Si tutor condemnavit sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio judicati datur; **et maxime** si non se liti optulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor et esse ad accipiendum iudicium; et hoc etiam divus Pius rescripsit; et exinde multis rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem judicati **semper** tutore condemnato;...

He aquí un texto en el cual se apoyan los sostenedores de ambas tesis y que se oponen, recíprocamente, como prueba de la verdad de lo que sostienen.

En efecto, según los que admiten que la acción se concedía al pupilo únicamente cuando el tutor se había visto forzado a intervenir (cuando no había podido emplear la "auctoritas interpositio), esta sentencia de Ulpiano está interpolada en forma que desvirtúa el pensamiento de ese jurisconsulto. Así, mientras que éste se refiere al caso en que el tutor debe intervenir forzosamente, "non se liti optulit", los compiladores le agregaron las palabras "et máxime" y "semper", con lo que se vendría a dar la misma solución para todos los casos. Evidentemente, dicen entonces los comentaristas, que esas palabras han sido agregadas con posterioridad, porque de otra manera no se explicaría que Ulpiano observase expresamente que se trata de un tutor que "non se liti optulit", esto es, que debía intervenir forzosamente, para decir después que la solución se aplica en todos los casos, sin distinguir si el tutor se vio forzado o no a actuar personalmente en el negocio del pupilo.

Consiguientemente, concluyen estos comentaristas, el texto está interpolado.

Para M. Popesco tal interpolación no existe y siguiendo a M. Debray, sostiene que Ulpiano dictó tal solución para todos los casos y que la frase "et máxime" significa que si se concede la actio judicati al pupilo cuando interviene el tutor, con mayor razón (et máxime) se concederá si éste ha debido intervenir forzosamente en el litigio porque el pupilo era incapaz de manifestar su voluntad. En esta forma se explica, también, la frase "et semper" que se agrega en la misma sentencia, puesto que la acción se concede no sólo al pupilo infante o ausente, sino, sino a todo pupilo; es decir, se otorga siempre

(semper)

La discusión sigue, pues, en este plan sobre un terreno tan incierto como es éste de los textos, la mayoría oscuros otros contradictorios y otros interpolados; algunos conceden los créditos al pupilo sin restricción de ninguna especie (D.42.1.4.1.;D.13.5.5.9.; D.26.9.2.) ;otros solo en los casos en que el tutor haya debido actuar personalmente por la falta de voluntad de su representado, que le impide emplear su "autorictas interpositio".

Agrega M. Popesco; en apoyo de su tesis, que aquellos textos que subordinan la concesión de las acciones al pupilo a la condición de que el tutor se haya visto obligado a actuar personalmente, están resolviendo casos concretos sometidos al conocimiento de los juristas; los de la tesis contraría estiman que tales textos contienen la aplicación del principio general y que los que no contienen restricción alguna son interpolados.

A nuestro juicio, el razonamiento de M. Popesco se ajusta a los principios de la lógica, porque no existen fundamentos para considerar interpolados los textos sólo porque contienen una solución contraria a la tesis que se sustenta.

Por lo demás, son muchos los textos que conceden al pupilo los créditos obtenidos por el, tutor en la administración de los bienes de aquel, sin señalar restricciones de ninguna especie, lo que estaría apoyando la tesis de M. Popesco, en el sentido de que los otros textos indicarían una solución determinada a casos concretos sometidos al conocimiento de los jurisconsultos. Si estos casos se referían a pupilos carentes de voluntad, aquellos no tenían sino que limitarse a resolverlos, sin indicar reglas de carácter general.

Por último, hace mucha fuerza en apoyo de la doctrina de M. Popesco, a nuestro juicio, un texto de Papiniano (D.26.9.8.) contenido en el Libro Segundo Definitiorum, en que concede las acciones nacidas del contrato al pupilo en todo caso, sin hacer distinciones de ninguna especie. Tiene especial importancia este texto porque se trata, como lo dice el mismo M. Popesco, de un libro de ciencia, destinado a los juristas y estudiantes de derecho. Se hace difícil creer, como lo observa el mismo autor, que un jurisconsulto de la categoría de Papiniano haya olvidado decir en él las condiciones requeridas para que tales créditos pasen al patrimonio del pupilo.

M. Popesco admite, sin embargo, que en el comienzo la reforma se haya limitado a aquellos casos en que el tutor "non se liti optulit", o sea, a aquellos casos en que el tutor se vela obligado a intervenir personalmente, pero sin duda alguna, creemos también nosotros, se terminó por otorgarse las acciones al pupilo en todo caso.

Se habría llegado en Roma, de esta manera, a una verdadera representación en materia de tutelas y curatelas.

Solucionamos así la primera cuestión a que nos referíamos al comienzo de este párrafo, relativa a saber si la reforma introducida por el pretor se limitó a obligar directamente al pupilo frente a los terceros, o si, recíprocamente, le concedió los créditos que había adquirido el tutor respecto de aquellos.

En lo relativo a saber en que momento operaba la transferencia de estas acciones, la cuestión es más sencilla.

Muchos estiman que esa transferencia no tenía lugar sino a la terminación de la

tutela. En este sentido podemos citar a M. M. Magnin y Téléman. Otros autores creen, por el contrario, que la transferencia se producía en el mismo instante en que nacía el crédito a favor del pupilo, citándose al efecto algunos textos que así lo establecían

(D.26.7.2.pr. y D. 26.9.7.) (⁶¹).

Consiguientemente, el tutor podría excepcionarse durante la tutela, obligando al tercero a dirigirse contra el pupilo, así como éste podía dirigirse directamente contra aquel.

Pero como lo ha hecho notar M. Solazzi, existe una confusión al respecto, porque si bien es posible que el pupilo fuese titular del crédito durante la tutela, en cambio, desde el punto de vista pasivo, existen textos que explícitamente impiden al tutor o curador excepcionarse a la acción intentada por el tercero. Sólo al fin de la tutela le era lícito al tutor o curador oponer la excepción respectiva.

En esta forma, el tercero tendría dos deudores durante la tutela: el tutor, obligado jure civili y el pupilo, jure protorio. El tutor o curador, en cambio, podría hacer uso de la excepción que el derecho pretorio le concedía sólo una vez que hubiera terminado la tutela. En esta época sólo aparecía un deudor frente al tercero: el pupilo, (⁶²).

M. Popesco admite plenamente la concepción de Solazzi y la completa. En efecto, reconoce que igual razonamiento cabe hacer desde el punto de vista activo. Existía interés en que el tutor pudiera hacer efectivos los créditos durante la tutela, puesto que ello era conveniente para la mejor administración de los negocios del pupilo y por esto, dice M. Popesco, existen textos que conceden la acción nacida del crédito al pupilo sin quitársela al tutor, lo que permite creer que en este aspecto existía un régimen análogo al que imperaba respecto de las obligaciones. En consecuencia, durante la tutela existirían ,también, dos acreedores: el tutor, que lo era jure civili y el pupilo, que adquiría esa calidad en virtud del derecho pretorio.

Finalizada la tutela, así como el pupilo viene a ser el único deudor del tercero, adquiere, también, el carácter de único acreedor pudiendo excepcionarse aquel de la demanda que, en su contra, intente el tutor pretendiendo cobrar los créditos pertenecientes al pupilo.

Evidentemente, sería absurdo suponer que el tutor, encargado de la administración de los bienes del pupilo, no pudiese intentar directamente en contra de los terceros, las acciones derivadas de los contratos celebrados por él con aquellos.

La opinión de M. Popesco encuadra, pues, dentro del marco de la lógica más estricta y revela un conocimiento profundo del espíritu que anima la legislación romana.

Como podemos ver por todo lo expuesto hasta aquí, se llegó en Roma, en materia de tutelas y curatelas, a una aplicación perfecta del principio de la representación, por lo menos, en la época de la terminación de la tutela, en que el tutor o curador desaparecían del escenario jurídico, quedando el pupilo como acreedor y deudor directo de los terceros

⁶¹ Magnin, tesis citada, p. 49 y 50; Téléman, tesis cit. p. 109.

⁶² Solazzi, citado por Popesco, ob. cit. p. 113.

que con aquellos habían contratado.

M. Magnin nos observa, al respecto, que “se puede decir que esta es la consagración, en cuanto a los resultados, a lo menos, de la representación”. (⁶³).

En esta materia, como en las otras, el derecho romano se manifiesta respetuoso, hasta la exageración, de sus viejos principios y las modificaciones que a ellos introduce se disimulan bajo la forma de acciones útiles. Estas tienen, prácticamente, el mismo valor que las creadas por el D. Civil.

Se había llegado, de esta manera ingeniosa, a permitir la representación en las tutelas y curatelas conservando siempre, eso sí que en forma más aparente que real, el tradicional principio de la no representación.

⁶³ Magnin tesis citada p. 49

LIBRO SEGUNDO. LA REPRESENTACION EN EL DERECHO MODERNO.

CAPITULO PRIMERO. CONCEPCION Y NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION

PARRAFO PRIMERO. Concepto, elementos esenciales y definición.

La voluntad de los individuos juega un rol considerable en la vida del derecho, porque cuando ella se manifiesta en conformidad a los requisitos legales crea vínculos jurídicos de tal fuerza, que solo pueden destruirse en virtud de otra declaración de voluntad emanada del mismo individuo que formuló la primera.

Este valor desmesurado que el legislador reconoce a las declaraciones de voluntad tiene una limitación que él mismo ha debido consagrar como una consecuencia lógica y necesaria del principio anterior: los efectos jurídicos del acto a que ha dado nacimiento la

voluntad de un individuo no pueden alcanzar sino a éste. En otros términos, aquel cuya declaración de voluntad da nacimiento a un acto jurídico determinado es quien debe sufrir, exclusivamente, las consecuencias que de él se deriven.

Nuestro legislador, siguiendo la doctrina que acabamos de exponer, sienta ambos principios en una sola disposición legal, el artículo 1545 del Código Civil, en tal forma que aparece claramente que el segundo es la consecuencia necesaria del primero. Dice así: "Todo contrato legalmente celebrado **es una ley para los contratantes** y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales".

He aquí, pues, la consagración legal del principio que aceptando el valor de las declaraciones de voluntad, señala, al mismo tiempo, los límites de ese valor, que solo alcanza a "los contratantes".

Pero debemos señalar una excepción importantísima a las reglas que acabamos de exponer, esto es, un caso en que las consecuencias jurídicas del acto no afectan a los contratantes y que es precisamente, el objeto de nuestro estudio, la representación.

En efecto, las consecuencias jurídicas de un acto celebrado por un representante no se producen en el patrimonio de éste, como sería lo natural, puesto que es su manifestación de voluntad la que dá nacimiento al acto, sino que se radican en el patrimonio de su representado.

Tenemos, así, que la representación aparece como una verdadera excepción al principio de que los actos jurídicos afectan solo a las partes que en él intervienen. Por ella, una de esas partes no se verá alcanzada por los efectos del acto: éstos afectarán a un tercero que no intervino en su celebración.

Debemos observar que este aspecto de la representación ha sido contemplado por M. Marcel Planiol como el mas característico de ella, por cuanto trata de la representación precisamente dentro del Capítulo IV de su Tratado Elemental de Derecho Civil (tomo I 7a. ed. 1915), esto es, en el capítulo que lleva por epígrafe: "Efectos relativos de los actos jurídicos". Y así, el maestro francés, después de señalar el principio de que los actos jurídicos afectan sólo a las partes que en ellos intervienen, trata de la representación considerándola como una excepción a dicho principio.

Por lo demás, también la ha considerado así nuestro legislador, cuando ha establecido que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo. (⁶⁴).

Esta es la situación en que se encuentra la representación dentro de nuestra legislación positiva. Veamos, ahora someramente cual es el concepto que aquella merece a los autores contemporáneos.

M. Capitant, que según M. Popesco es el primer jurista francés que estudió la representación considerándola como una institución autónoma e independiente del mandato y de la gestión de negocios, con las cuales permaneció confundida durante mucho tiempo, considera que "hay representación cuando un acto es celebrado por una

⁶⁴ art. 1148 C. Civil.

persona por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona del representado, como si éste mismo hubiera celebrado el acto". (⁶⁵).

Por su parte, M. Demogue, que estudia detenidamente esta institución, aun cuando cree que no debe formularse una teoría general respecto de ella, sino que deben sentarse algunos principios generales que él mismo formula en su Tratado de las Obligaciones, expresa que se produce la representación cuando una manifestación de voluntad emana de una persona distinta de aquella que naturalmente debe hacerla y los efectos se producen, se producen, sin embargo, como si esa manifestación de voluntad emanara de ésta última persona. (⁶⁶).

M. M. Planiol et Ripert expresan que la representación aparece como el medio que tiene una persona de producir, sirviéndose de la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado personalmente (⁶⁷).

Vemos, así, que todos los tratadistas citados, al definir o dar un concepto de nuestra institución, coinciden en las circunstancias siguientes:

1.—En el carácter de excepción que presenta al principio de que los actos jurídicos afectan exclusivamente a las partes que en él intervienen. Así, M. Capitant dice que se trata de un acto celebrado "por una persona por cuenta de otra y los efectos se producen en la persona del representado; Demogue observa que en la representación", **la voluntad** emana de una persona distinta de aquella que naturalmente debe expresarla y **sin embargo** (a pesar de ello) los efectos del acto recaen sobre el representado, sobre el que debió manifestar su voluntad y no lo hizo.

2.—Coinciden, asimismo, estos tratadistas, en la circunstancia de que el representante debe actuar "por cuenta del representado".

3.—Es menester, además, y esto aparece de nuestra propia legislación así como de la exigencia de los tratadistas, que el representante tenga "poder de representar" a la persona por cuya cuenta actúa. Este "poder" emanará de la voluntad del representado o de la ley, conforme lo veremos al estudiar este requisito en el Capítulo que trata de las "Condiciones de la representación".

4.—En esta forma, los actos jurídicos que celebre dicho representante afectarán exclusivamente al patrimonio del representado. El primero desaparece del acto jurídico para ceder su puesto al segundo.

Sintetizando lo expuesto hasta ahora, podríamos decir que "la representación es una institución por la cual una persona, que está facultada para ello, afecta el patrimonio de otra al cumplimiento y demás consecuencias jurídicas del acto que celebra en nombre y por cuenta de esta última".

⁶⁵ Capitant.—Introducción a 1.o Etude du Troit, Civil, p. 384.

⁶⁶ Demogue.—Traité des Obligations, Tomo I, p. 173 ed. 1923.

⁶⁷ Planiol.—et Ripert.—Droit Civil, Tomo VI p. 70.

Más adelante nos ocuparemos detenidamente de los elementos que deben concurrir para que exista representación y que ahora hemos enunciado someramente. Antes de ello debemos determinar, en forma precisa, cual es la naturaleza jurídica de la institución cuyo estudio nos ocupa.

PARRAFO SEGUNDO. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION.

a) Teoría de la ficción.— b) Teoría del nuntius.— e) Teoría de la cooperación.— d) Teoría de la modalidad.

a) Teoría de la ficción.

Aún cuando por la necesidad de adaptar las normas de derecho a las exigencias de la vida, las legislaciones debieron aceptar que en ciertos casos los efectos de un acto se produjesen en la persona y patrimonio de otra distinta de aquella que realmente había intervenido en él, los juristas no podían menos de mostrarse perplejos ante una situación que forzosamente debía aparecer como extraordinaria o anormal.

M. Labbé, al estudiar las causas que motivan la exclusión de la representación en el antiguo derecho romano, se expresa diciendo que "si se reflexiona, se reconoce que la idea romana (de la no representación) era la más simple, la primera que ha debido ofrecerse al espíritu humano" agregando poco más adelante: "¿Cómo es posible que el autor de un acto no fuese el sujeto activo y pasivo de los efectos del mismo?" (⁶⁸).

Esta misma pregunta continuó formulándose durante mucho tiempo y no hallándose una respuesta lógica a ella, se optó, lisa y llanamente, por eludir el problema: así nació, en la doctrina, la teoría de la ficción.

El enunciado de ella es muy simple: la representación es una ficción legal, por la cual se reputa, que en el acto celebrado por el representante ha sido el representado quien ha intervenido única y exclusivamente.

Decimos que con esta teoría se trató de eludir el problema de la representación, porque, observando un poco, se llega a la conclusión de que realmente no explica nada.

En efecto, la primera observación que surge espontáneamente al formularse esta teoría es la de que no se nos explica la causa por la cual el legislador establece tal ficción. En efecto, ¿por qué razón el legislador, viendo que es A quien contrata, dice que no es éste sino B quien ha celebrado el acto? Con decirnos que se trata de una simple ficción nada avanzamos, nada hemos resuelto.

Como dice M. Levy Ullman al pronunciarse sobre ésta materia, "ella (la teoría de la ficción) no solamente no aporta ninguna satisfacción al espíritu lógico del jurista, sino que, por el contrario, lo irrita puesto que, por su propia definición, toda ficción es una brecha a la lógica". (⁶⁹).

⁶⁸ Labbé s.r Ortolan, traité de Droit Romain, 12 éd. tomo III, apéndice IX

M. Popesco critica a esta doctrina esa misma impotencia para explicar, lógicamente, la naturaleza jurídica de la representación, y así dice que "a falta de una explicación de por qué los actos de una persona producen sus efectos en el patrimonio de otra, se contentan con decir que se trata simplemente de una ficción. Y que hemos avanzado con eso?". (⁷⁰).

Pero aún suponiendo que tal explicación fuese satisfactoria, siempre nos dejaría sin resolver uno de los problemas más interesantes, posiblemente el más interesante, que surge en esta materia: el de saber cual de los dos, representante o representado, manifiesta la voluntad generadora del acto que éste ha encomendado a aquel.

En efecto, en la teoría de la ficción, podría decirse: a) que el verdadero contratante es el representante, pero que, en virtud de una ficción, se reputa que lo es el representado; b) **o bien, que** es éste el verdadero contratante, pero que en virtud de la ficción habla y actúa; por él su representante ; c) o bien, que en realidad son ambos, representado y representante, quienes cooperan a la formación del negocio pero que en virtud de una ficción, se reputa que ha sido el primero quien ha intervenido exclusivamente en él.

De ésta manera, la doctrina de la ficción se acomoda a todos los sistemas, precisamente porque no explica ninguno.

Agreguemos a esto, y precisamente es una de las objeciones fundamentales, que si la ficción pudiera pretender explicar la representación convencional, no es posible que lo pretenda tratándose de la representación legal de protección. En efecto, no es posible "suponer" o "reputar" al representado como el verdadero contratante, cuando éste es un pupilo infante, demente o sordomudo, esto es, persona que jurídicamente carece en absoluto de voluntad.

La doctrina moderna, conforme lo veremos más adelante, pretende encontrar una teoría que, en sus líneas esenciales, sea aplicable a toda clase de "representación", sea ésta convencional, legal, judicial o de protección. Evidentemente, la teoría de la ficción no llena este objetivo, ni mucho menos.

Por lo demás es inaceptable, no sólo en derecho, sino en cualquier orden de cosas, una doctrina que pretende fundar una institución en una mentira legal. Estamos, precisamente, en la época de las realidades, en que él espíritu humano requiere explicaciones claras y lógicas y no suposiciones arbitrarias.

b) Teoría del nuntius.

M. de Savigny, deseando encontrar una explicación más satisfactoria que la anterior, pretende que la representación no es otra cosa que una aplicación del concepto de "nuntius" (mensajero), conocido ya en el derecho romano.

El nuntius es simplemente un mensajero cuyo rol consiste en transmitir la voluntad del

⁶⁹ Levy Ullman.—La contribución essentielle de Droit Anglais á la théorie générale de la Représentation. p. 351

⁷⁰ M, René, Popesco R. La Représentation dans les actes juridique p. 17.

que lo envía, en tal forma que el contrato se celebra real y verdaderamente (lo que significa ya un avance sobre la teoría de la ficción), entre el representado y el tercero. El representante (nuntius), no ha hecho otra cosa que transmitir, más o menos mecánicamente, la voluntad del representado.

M. de Savigny pone varios ejemplos en apoyo de su doctrina, en los cuales, partiendo del caso del simple mensajero hasta el del verdadero representante, sostiene que en todos ellos se trata de un "porte parole", portavoz diríamos nosotros, de la voluntad del representado.

Tenemos, así, que según este autor el representante aparece como el portador, casi material, de la voluntad del representado, aún cuando aquel esté facultado por éste para determinar el precio, la cosa u otras condiciones esenciales o accidentales del contrato. En este caso, en que el representante tiene facultad para decidir las condiciones del negocio, éste sigue siendo, para M. de Savigny, un simple mensajero portador de un conjunto de voluntades del representado, que le permiten celebrar cualquiera de esos contratos que va a concluir dentro de los límites más o menos amplios de su poder.

Textualmente, M. de Savigny nos dice: "Yo he visto en casa de un mercader varios caballos, los que parecen tener sus ventajas e inconvenientes respectivos. Entonces, doy poder a una persona más en tendida que yo, para que elija y compre en mi nombre el que estime más conveniente; y para esta misión le dejo más o menos libertad en la determinación del precio. El representante tiene aquí un campo de acción muy amplio para decidirse y hacer su elección.

Concluido el contrato en mi nombre, es necesario considerarlo y tratarlo como el simple mensajero de los casos precedentes, cualquiera que sea el nombre que quisiéramos darle; pues mi voluntad, aunque dirigida sobre varios contratos entre los cuales la elección se ha dejado al representante, no deja de ser por ello mi propia voluntad, apareciendo, entonces, el representante frente a la otra parte como el mero portador de mi expresada voluntad". (⁷¹).

Agrega el mismo Savigny, poco más adelante: "Importa poco que el representante lleve a la otra parte una resolución única o que, al contrario, de varias resoluciones autorizadas por mí escoja una, libre y espontáneamente".

Esta es la teoría, literalmente trascrita, que sustenta el eminente jurista alemán para explicar la naturaleza jurídica de la representación, teoría que ha sido duramente combatida por todos los tratadistas modernos, entre los cuales podemos citar a M. Popesco Ramniceano, Hupka, Levy Ullman, Demogue, etc.

Observaremos que ella ha sido aceptada en Inglaterra, especialmente por el jurista inglés Sir Frederick Pollock, quien explica la representación mediante esta teoría del "nuntius", la cual tiene amplia cabida según dicho jurista, en una institución peculiar de la legislación anglo-sajona: la "agency".

Para Sir Frederick Pollock "el agente es sólo un instrumento del principal, para celebrar el contrato dentro de los límites de la autorización que se le ha dado" (⁷²).

⁷¹ Savigny.—Traité des Obligations, tonto II, p. 195.

Pero aparte de estos casos excepcionales, que se desarrollan casi exclusivamente en el derecho sajón, como lo veremos al tratar de la representación en la legislación positiva en el Capítulo II, los tratadistas contemporáneos, repetimos, rechazan unánimemente la teoría del nuntius, porque, lo mismo que observábamos respecto de la teoría de la ficción, ella tampoco explica ni puede explicar todos los casos de representación.

En efecto, si recordamos que ésta tiene por objeto, a veces, suplir la incapacidad legal de ciertas personas, no podremos admitir que el representante de un pupilo infante, demente o sordomudo, sea simplemente el portador de la voluntad de éste, porque el infante, demente o sordomudo carece de voluntad dentro del derecho.

Esta objeción, a nuestro juicio, es irrefutable, especialmente si se tiene en cuenta, como ya lo observábamos ántes, que se pretende encontrar una teoría amplia y comprensiva de todos los casos de representación, sea voluntaria, legal o de protección, como es la que la ley instituye en favor de los incapaces.

La teoría de M. de Savigny es incapaz de explicar, asimismo, los casos de representación sin poder,, como la que se produce en la gestión de negocios, ni mucho menos la que opera contra la voluntad del representado, como sucede en los casos de ejecución forzada de las obligaciones del deudor, en que el juez aparece como representante legal de aquel y suscribe los documentos necesarios para efectuar los traspases de derechos en favor de los acreedores, cuando el deudor se niega a hacerlo. (⁷³).

En el caso de la gestión de negocios, es evidente que no hay voluntad del representado, puesto que éste desconoce la existencia de

la gestión que le obligará respecto del tercero; y en el segundo caso, no solamente no existe voluntad, sino que ésta es contraria a la representación, ya que el deudor precisamente se opone a la transferencia de sus derechos en favor de los acreedores.

¿Cómo podríamos decir, entonces, que en ambos casos el representante no es sino el simple portador de la voluntad del representado?

Vemos, de esta manera, que la teoría del nuntius es impotente para explicar la representación legal y aquella que opera contra la voluntad del representado.

Pero aún dentro de la representación convencional estimamos que es inaceptable la asimilación que ella pretende hacer entre el representante y el nuntius. Desde luego, en los casos en que aquel actúa en virtud de un poder general, es evidente que no existe voluntad alguna de parte del representado que vaya determinando la del representante en cada uno de los infinitos negocios que el primero efectúa en la administración del patrimonio del segundo. El representado, al otorgar un poder general, ignora los actos que en el futuro va a celebrar su representante, y, por consiguiente, es absurdo pretender que en cada uno de los actos el representante va transmitiendo su voluntad.

⁷² Sir Frederick. — Principles of contracts, 8.o ed. p. 217 cit. por Levy Ullman, ob. cit p. 355.

⁷³ art. 519 del Código de procedimiento Civil.,

En cuanto al poder otorgado para un negocio concreto, único caso en que la teoría de M. de Savigny podría tener cabida, creemos, asimismo, que ella es inaceptable. Sostener, como lo hace este jurista, que en estos casos el representante no es sino el trasmisor, casi mecánico, de la voluntad del representado significa, a nuestro juicio, un error proveniente de la confusión de dos actos jurídicos perfectamente diferenciados. En realidad M. de Savigny confunde el acto por el cual una persona confiere a otro el poder de representarla (otorgamiento de poder) con el acto o contrato que el representante celebra en nombre y por cuenta de aquel que le confirió el poder.

En el primero de estos actos el poderdante **faculta** al apoderado para que celebre actos o contratos que afecten su patrimonio. En cambio, en el acto que celebran el representante y el tercero, afectando a sus resultados el patrimonio del poderdante, esto es, en el "acto representativo", es el primero quien manifiesta su propia voluntad, la que con la del tercero, dará nacimiento al contrato que ha de afectar al representado.

M. de Savigny asimila ambos actos jurídicos, otorgamiento de poder y acto representativo, y estima, en consecuencia., que en el acto en que el poderdante autoriza al apoderado para actuar por él, está formulando, al mismo tiempo, la declaración de voluntad que dará nacimiento al acto jurídico.

En realidad no es así, pues, como dice el tratadista alemán J. Hupka, "si yo autorizo a alguien para contratar en nombre mío, no estoy ofreciendo o aceptando un contrato, sino que expreso que estoy conforme con la oferta o aceptación de mi representante" (⁷⁴).

Al otorgar facultad a una persona para que nos represente, como dice Hupka, no manifestamos voluntad contractual alguna, sino que aceptamos que los actos que celebre a nuestro nombre el apoderado afecten nuestro patrimonio.

Si el otorgamiento de poder fuese, al mismo tiempo, la manifestación de voluntad que dará nacimiento al acto jurídico, tendríamos que bastaría la simple notificación del poder a un tercero, para que éste pudiera aceptar o rechazar la oferta que el representante está autorizado para hacer, sin que éste hubiere formulado proposición alguna. Este es inexacto, porque si nos encontramos con un representante que nos exhibe un poder para efectuar un negocio con nosotros, aún cuando en ese poder se exprese concretamente de qué se trata y cuales son las atribuciones del apoderado, no podemos aceptarlo ni rechazarlo válidamente, antes de que éste nos haya manifestado esa proposición, es decir, su voluntad de celebrar el negocio. Antes de que el representante manifiesta esa voluntad no existirá el consentimiento necesario para la existencia del acto jurídico para cuya celebración se le ha autorizado.

De aquí, pues, que terminemos diciendo, con M. Saleilles, que el sistema de M. de Savigny no tiende a explicar la representación, sino a hacerla desaparecer junto con la persona del representante. Porque, en efecto, si no es éste sino el representado quien contrata, en realidad no hay representación (⁷⁵).

⁷⁴ Hupka. —La representación. voluntaria en los negocios jurídicos, p. 39

⁷⁵ Saleilles.—Traducción anotada del C. Civil alemán, publicada por el Comité de Legislación extranjera del Ministerio de Justicia, tomo I, p. 201, cit. Levy Ullmsnn, ob. cit. p. 352.

c) Teoría de la cooperación.

En vista de las objeciones, evidentemente fundadas, que se formulan a las teorías de la ficción y del nuntius, el tratadista alemán Mitteis ha creado su famosa teoría de la "cooperación de voluntades".

Según este autor, la representación se explica por la cooperación de las voluntades del representante y del representado, que concurren ambas en la formación del acto jurídico que habrá de afectar exclusivamente a éste.

Ya no es entonces, el representado quien manifiesta exclusivamente su voluntad contractual, como lo sostiene M. de Savigny, ni tampoco el representante, como parece admitirlo la teoría de la ficción. En realidad son ambos quienes cooperan en la formación del negocio, apareciendo ambas voluntades como una sola compuesta, frente a la del tercero contratante.

"En los actos jurídicos, ni el representante ni el representado puede ser considerado como único contratante, dice Mitteis. Por el contrario, cada uno de ellos actúa; es la voluntad de cada uno la causa jurídica determinante de la declaración. Así, el acto jurídico resulta de la voluntad misma del representante y del representado y para apreciar su eficacia es necesario remitirse a cada una de estas voluntades" (⁷⁶).

La voluntad del representado, que coopera a la formación del negocio principal se manifiesta, según Mitteis, en el poder que aquel otorga, en tal forma que tendrá mayor o menor influencia en la formación del acto, según sea más o menos detallado dicho poder. Así, la voluntad del representante tendrá más participación en el acto jurídico mientras menos detallado sea el poder con que obra, pues su campo de volición será más amplio; y la inversa, tendrá menos participación mientras más se especifiquen en él las condiciones del negocio encomendado.

Extremando la regla, puede suceder que desaparezca la voluntad del representante para ceder su puesto a la del representado, exclusivamente, cuando el primero obra en virtud de un poder detalladísimo, y en el que se especifican en tal forma las condiciones del contrato, que no deja lugar a manifestación alguna de voluntad de su parte.

En este caso Mitteis, a fin de no incurrir en el mismo error de Savigny, que considera al representante como un simple mensajero, sostiene que si bien la voluntad del representante aparece muy restringida, tiene siempre intervención puesto que existe en él, por lo menos, la voluntad de proporcionar la declaración.

Muchas objeciones se han hecho a la teoría tan hábilmente formulada por Mitteis, pero a nuestro juicio la fundamental es la de que confunde, lo mismo que Savigny, dos actos jurídicos, completamente independientes, celebrados en épocas distintas, con objetivos distintos y que pueden existir el uno sin el otro.

En efecto, en el acto por el cual el representado otorga poder al representante para que celebre actos que van a afectar directamente su patrimonio, el poderdante no declara su voluntad de crear el acto jurídico que autoriza, sino que manifiesta su consentimiento,

⁷⁶ Mitteis.—Die Lehre von der Stellvertretung, cit. Levy Ullman ob.

su aprobación, a los actos que, en virtud de esa aprobación va a celebrar más tarde el representante y cuyas consecuencias jurídicas se producirán en su patrimonio.

En otras palabras, el poderdante declara, por el poder, que consiente en afectar su patrimonio a las consecuencias jurídicas del acto que, en virtud de esa declaración, celebrará el apoderado.

En cambio, en la celebración misma del negocio encomendado al representante sólo interviene la voluntad de éste, exclusivamente, voluntad que debe actuar dentro de los límites señalados por el poder.

Son, pues, dos actos distintos, celebrados en épocas distintas y que, si bien generalmente coexisten, es posible que tal cosa no suceda y que haya otorgamiento de poder sin acto representativo o, a la inversa, puede haber acto representativo sin otorgamiento de poder. Esto es, puede ser que habiéndose otorgado poder el representante no celebre el acto para el cual se le autorizaba, a bien, celebre el acto a nombre del representado sin que éste le haya dado poder para ello.

Mitteis considera, en cambio, que la declaración del poderdante no es un acto independiente del que celebra el apoderado al manifestar su voluntad en el negocio principal, sino que aquella declaración, unida a la del representante es la que forma la voluntad compuesta que, con la del tercero como contraparte, dará nacimiento al acto representativo. El representado, entonces, al otorgar poder, estaría adelantando una declaración de voluntad contractual, que se unirá a la del representante para aparecer como una sola frente al tercero.

Así, pues, donde nosotros vemos dos actos jurídicos, Mitteis vé una sólo, destruyendo la naturaleza misma del acto por el cual otorga poder, ya que no lo considera como la autorización dada para que el representante afecte válidamente el patrimonio del representado a las consecuencias del acto, sino como una manifestación de voluntad contractual, esto es, como una oferta que hace el representado y que permanece en estado latente hasta que, unida a la del representante, pueda aparecer como tal frente al tercero, quien, al aceptarla, dará origen al consentimiento necesario para la generación del acto jurídico.

Considerando el otorgamiento de poder como una manifestación contractual de voluntad del representado, cuando éste detalla hasta la exageración las condiciones del contrato, es evidente que no dejará lugar a la voluntad del representante y llegaremos a concluir, como Savigny, que éste es simplemente el mensajero, nuntius, de aquel.

Mitteis, para dar alguna intervención a la voluntad del representante en estos casos, y no incurrir en el error de Savigny, sostiene, decíamos, que en realidad existe siempre esa intervención de la voluntad del apoderado: "la voluntad de proporcionar la declaración"; esto es, diremos nosotros, la voluntad de transmitir, al tercero, la declaración de voluntad del representado. La solución que busca Mitteis para evitar que se considere al representante como un simple mensajero es evidentemente ingenua, porque cualquier mensajero, sin intervención alguna en el acto que celebra el que lo envía, debe tener forzosamente la misma voluntad de proporcionar la declaración, es decir, la de "transmitir el recado" que se le hizo, como la tiene el cartero de entregar la carta que se le encomienda.

Lo que ocurre en este caso es que la confusión entre el acto por el cual se otorga el poder y el que celebra el representante en cumplimiento de la misión que se le ha confiado, acarrea inevitablemente la asimilación del representante al mensajero y, como ya lo decía Saleilles, asimilar el representante al mensajero es suprimir, lisa y llanamente, la representación.

Por último, la teoría de Mitteis no explica los casos de representación legal en favor de los incapaces, ni los de representación en que ésta opera contra la voluntad del representado, como sucede en los casos de ejecución forzada de la obligación del deudor etc. en que no es posible hablar de voluntad del representado, porque no existe.

En tales casos es evidente que Mitteis debería concluir que en la gestación del negocio principal ha intervenido exclusivamente la voluntad del representante, que con la del tercero, han dado nacimiento al contrato.

d) Teoría de la representación modalidad del acto jurídico.

Reaccionando contra estos sistemas, que no conciben la representación sino basada en la voluntad del representado, M. Pilón, profesor de la Facultad de París, expone en su tesis de doctorado sostenida en la Universidad de Caen, 1898, su famosa doctrina en que reconoce la voluntad del representante como la que, junto con la del tercero, dará nacimiento al acto jurídico que afectará al representado.

Estima M. Pilón que lo que detiene a los autores de derecho para aceptar que la voluntad de una persona pueda afectar el patrimonio de otra, que no concurre a la formación del acto, es el concepto subjetivo de obligación.

En efecto, según la doctrina clásica, la obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual **una persona debe a otra** una prestación o abstención. Pues bien, en vez de partir de este concepto subjetivo de obligación vínculo entre personas, Pilón propone aceptar un concepto objetivo, en que hace aparecer la obligación, más que como una relación entre dos personas, como **un vínculo entre dos patrimonios**. En realidad es un patrimonio que debe una prestación a otro; la persona no es sino el órgano del patrimonio: ¿Qué significa (la representación), sino que todo patrimonio puede hallarse afectado por otro órgano distinto del normal y que yo puedo poner mi voluntad al servicio de otro patrimonio, sin afectar el mío? Eso es, simplemente, lo que hace el representante. Es este concepto (objetivo) de la obligación lo que permite la representación y explica su naturaleza jurídica". (⁷⁷).

Tenemos, así, que según la tesis de M. Pilón, la representación se caracteriza" por la sustitución real y completa de la personalidad Jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del contrato que producirá sus efectos en la persona del representado. (⁷⁸).

La tesis de M. Pilón fué, podríamos decir, la señal de avanzada en la materia, y

⁷⁷ Pilón, ob. cit. N.o 31, p. 48 - 49 cit. por Levy Ullman, ob. cit p 353.

⁷⁸ Pilón, ob. cit. La parte, cap, II, párrafo III, cit. M. Popesco, ob. cit. p. 23.

cautivó a todos los tratadistas contemporáneos que, decididamente, se inclinaron en favor de su doctrina.

Así, A. Colín y H. Capitant aceptan ampliamente este criterio expresando "que en el estado actual del derecho, un acto jurídico puede producir efectos respecto de una persona distinta de aquella que lo ha ejecutado" y agregan, poco más adelante, "que el representante es quien ejecuta el acto. La manifestación de voluntad emana del representante". (⁷⁹)

En el mismo sentido se pronuncian Planiol y Ripert, cuando definen la representación como el medio que tiene una persona de realizar, **sirviéndose de la voluntad de otra**, los mismos efectos que si hubiera contratado personalmente. (⁸⁰).

Aubry et Rau, que no reconocen en la representación una institución autónoma, sino que la tratan incidentalmente al estudiar el mandato, recocen, sin embargo, que es el mandatario quien, en virtud del poder conferido por su mandante, celebrará los actos que se le han encomendado. Es el mandatario quien celebra el contrato; el mandante solo ha conferido a aquel poder para que esos actos, por él celebrados, le afecten, (⁸¹).

No obstante, como una excepción al criterio unánime que adoptan los tratadistas en esta materia y que es el que acabamos de exponer, M. Demogue declara inclinarse por la teoría de Mitteis, aunque sin aceptarla íntegramente. Considera que el representante es una persona que "por razones de solidaridad social" tiene cierto poder sobre el patrimonio del representado. Contratando, usa de su propio derecho y afecta, sin embargo, aquel patrimonio. Pero (y aquí es donde acepta la teoría de Mitteis), en la medida que el representante ejecuta las órdenes precisas del representado, es un simple mensajero. (⁸²).

No insistiremos más en el error que significa, a nuestro criterio, confundir el poder de representación que otorga el poderdante con el acto mismo representativo, que celebra el apoderado.

El primero, al otorgar poder, **no manifiesta voluntad alguna de contratar**. El otorgamiento de poder no es otra cosa que una declaración del poderdante en que manifiesta su voluntad de afectar su patrimonio a las consecuencias jurídicas derivadas de los actos que, dentro de los límites de ese consentimiento, celebra el apoderado. Es una aprobación anticipada de estos actos.

A la inversa, el acto representativo, esto es, el negocio encomendado al representante, es creación exclusiva de éste (con la cooperación del tercero, si se trata de una convención), efectuado con la intención de que los efectos del mismo se produzcan en el patrimonio del representado.

⁷⁹ Colín y Capitant, Curso elemental de D. Civil, tomo I, p. 183.

⁸⁰ Planiol et Ripert, ob. cit, tomo VI p. 70.

⁸¹ Aubry et Rau, Cours des Obligations en général, tomo I, p. 242.

⁸² Demogue, Traité des Obligations en général, tomo I, p. 242

J. Hupka adopta abiertamente este criterio y reconoce que en la celebración del acto representativo no interviene otra voluntad que la del representante y la del tercero, cuando ésta es necesaria. El representado es extraño al acto, sólo los efectos de éste se producirán en su patrimonio. (⁸³).

M. Levy Ullman, profesor de Derecho comparado de la Universidad de París, acepta plenamente la tesis de M. Pilón y fundándose en ella, pretende, todavía, ubicar la representación dentro de las instituciones existentes en el derecho moderno, lográndolo con gran éxito, a nuestro juicio.

Según este distinguido profesor, la representación no es otra cosa que una modalidad del acto jurídico. En virtud de la modalidad "representación", dice, los efectos del acto que celebran un representante y un tercero no van a radicarse en el patrimonio de estos, como sería lo normal, sino en los del tercero y el representado.

Tenemos, entonces, que según este mismo profesor, la representación aparece como "la modalidad en virtud de la cual los efectos del acto celebrado por una persona (llamada representante) por cuenta de otra (llamada el representado), se producen directa e inmediatamente en la persona del representado" (⁸⁴).

En efecto, sabemos que los actos pueden ser puros y simples o sujetos a modalidades. M. Capitant entiende por modalidad "una modificación aportada por las partes a las consecuencias naturales de acto" (⁸⁵) y M. Levy Ullman expresa que debe entenderse por modalidad "todo elemento accidental que puede afectar al acto jurídico, sea por disposición de la ley o por la voluntad de las partes" (⁸⁶).

Podríamos decir, entonces, que modalidad es todo elemento accidental introducido en un acto jurídico, que tiene por objeto retardar los efectos del mismo, hacerlos cesar en una época cierta o incierta o bien hacer producir al acto jurídico efectos distintos de aquellos que ordinariamente produce.

Es indudable que la representación cabe holgadamente dentro de este concepto amplio de modalidad, puesto que ella aparece como un elemento accidental que, introducido en el acto jurídico por la voluntad de las partes (representación convencional) o por disposición de la ley (representación legal), hace que los efectos del mismo se produzcan en forma diferente a los que se producirían normalmente, puesto que las consecuencias legales del acto no van a radicarse en el patrimonio de las partes, sino en el de una de ellas (el tercero) y en el de otra que no ha intervenido (el representado).

La modalidad es generalmente obra de las partes; son ellas quienes introducen estos elementos accidentales en los actos, a fin de alterar sus consecuencias ordinarias. Pero también pueden ser obra de la ley. Así, en nuestra legislación civil, en todo contrato

⁸³ Hupka ob. cit, 37 y siguientes.

⁸⁴ Levy Ullmann, ob. cit. p. 352.

⁸⁵ Capitant; Introduction a 1, étnde de Droit civil, N.o 291.

⁸⁶ Levy Ullmann, ob. cit. p. 352.

bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado (⁸⁷).

La representación, como tal modalidad, también puede emanar de la voluntad de las partes, cuando es convencional, o de la ley, como sucede en la representación legal.

El sistema de M. Levy Ullman responde, a nuestro juicio, al criterio moderno que vé en la representación una excepción a ciertos principios generales del derecho.

En efecto, observábamos al tratar del concepto de la representación, en el párrafo primero de este capítulo, que da las definiciones dadas por los tratadistas de Derecho Civil podíamos deducir algunos rasgos esenciales en que todos ellos coincidían. Uno de esos rasgos era, precisamente, el de considerar la representación como una excepción a la regla de derecho que los actos sólo producen efecto respecto de las partes contratantes.

La representación aparece, pues, a los ojos de todos estos tratadistas, como una alteración de las circunstancias normales del acto, lo que vale decir, como una modalidad del acto jurídico, puesto que estas tienen por objeto, precisamente, alterar los efectos que ordinariamente producen.

Como dice M. Popesco, ardiente partidario de esta teoría, los terceros que contratan con un representante deben actuar "contemplatione domini", esto es, con la intención de que los efectos del acto se radiquen en su patrimonio y en el de un tercero (el representado), dejando libre a su contraparte. O sea, el representante y el tercero, al actuar con esta intención, están admitiendo una modificación a los efectos naturales del acto; están consintiendo en una modalidad (⁸⁸).

Del hecho que la representación sea una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, se deducen algunas consecuencias que, aún cuando las examinaremos detenidamente al estudiar las condiciones de la representación, no queremos dejar de enunciarlas brevemente. Ellas son:

a) En primer término, es el representante quien celebra real y verdaderamente el acto o contrato; el representado no tiene participación alguna en él, sólo los efectos de ese acto se producirán en su patrimonio;

b) Por lo tanto, las condiciones que exige la ley para que un acto o declaración de voluntad sea válido, debemos buscarlas en el representante. Este es quien deberá prestar su consentimiento, exento de vicios y quien ha de tener capacidad suficiente para otorgarlo;

c) En cambio, como los efectos del acto se van a radicar en el patrimonio del representado, éste patrimonio ha de ser susceptible de experimentar tales efectos. De aquí que el representado no pueda encomendar al representante la ejecución de actos que no podría celebrar lícitamente él mismo;

d) Siendo la representación una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, el que alegue la existencia de la representación debe probarla, puesto que la

⁸⁷ art. 1489 del Código civil.

⁸⁸ Popesco Ramniceano, ob. cit. P. 219.

regla general es la de que los actos se reputen puros y simples. La modalidad constituye la excepción y como tal, debe probarse;

e) Como la regla general es la de que todos los actos jurídicos admite modalidades, menos aquellos que la ley exceptúa expresamente, tenemos que la representación tiene cabida, también, en todos los actos jurídicos, salvo en aquellos que la ley lo prohíbe expresamente;

f) Por último, si se logra acreditar que el contrato no se ha celebrado "contemplatione domini", esto es, que no ha habido intención, compartida por ambos contratantes, de que los efectos del acto se produzcan en el patrimonio del tercero y del representado, es evidente que no habrá representación, o sea, no existirá modalidad que afecte al acto y éste permanecerá puro y simple. Esto es, el acto afectará entonces a las partes contratantes (tercero y representante) y no al representado. Esta solución, como lo veremos después, ha sido aceptada, por todas las legislaciones, especialmente cuando al mandatario omite expresar, en el acto, su calidad de tal.

En cuanto a nosotros, aceptamos abiertamente la teoría de M. M. Pílon y Levy Ullman y consideramos, en consecuencia, que es el representante quien manifiesta su voluntad y que es ésta, exclusivamente, la que, en concurso con la del tercero, da nacimiento al acto representativo, es decir, al acto cuyas consecuencias jurídicas se radicarán en el patrimonio del representado.

Este, al otorgar poder, manifiesta su consentimiento en afectar su patrimonio a las consecuencias del acto que celebrará después el representante. Esa manifestación de voluntad no envuelve ni significa una oferta contractual frente a terceros. Esta oferta contractual la hará el representante y él dará nacimiento al contrato mediante su manifestación de voluntad. Este contrato, en virtud de la modalidad "representación" introducida por el representante y el tercero, afectará directamente a éste y al representado, creándose una relación directa entre ambos por encima de la persona y del patrimonio del representante.

El presente estudio tiene por objeto, pues, ensayar una aplicación de ésta teoría dentro de nuestra legislación positiva y determinar, en cuanto sea posible, cual ha sido el espíritu de nuestro legislador en materia de representación.

PARRAFO TERCERO. El mandato y la representación.

La inexistencia de una teoría de la representación en el derecho romano hizo que los juristas de la Edad media hasta los tiempos modernos, no la considerasen como una institución regida por leyes propias e independientes de las relaciones jurídicas que generalmente le sirven de fundamento: mandato, sociedad, gestión de negocios, etc.

Con el trascurso del tiempo se acentúa este criterio llegando al máximo cuando, despreciando las demás relaciones causales, se elige, como única fuente de la representación voluntaria una de ellas, la principal sin duda, pero no la única: el mandato.

En esta forma, aparece la representación en el criterio de los tratadistas del siglo pasado, como una consecuencia necesaria y exclusiva del mandato. Este origina,

entonces, dos clases de relaciones jurídicas: una entre mandante y mandatario, que son las verdaderamente contractuales, y otra entre mandatario y terceros, que es, precisamente, la representación.

El Código civil francés puede servirnos como el ejemplo más claro de este criterio, ya que en él se establece que "el mandato o procuración es " un acto por el cual una persona concede a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre" (⁸⁹).

Analizando ligeramente la disposición legal citada, vemos que no define en realidad el mandato, sino la procuración, lo que los alemanes llaman "apoderamiento" y que nosotros denominamos "otorgamiento de poder". En efecto, recordemos que el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (⁹⁰).

Tal como lo expresa nuestro Código, el mandante encarga sus negocios a otra persona, y esto es lo esencial en el mandato, sin que signifique, necesariamente, la obligación del mandatario de efectuar ese negocio para el mandante "en su nombre", como lo expresa el Código francés.

Este Código confunde, pues, dos instituciones diferentes, mandato y otorgamiento de poder o procuración, cuando en realidad son dos instituciones distintas, que pueden coincidir, como sucede generalmente, pero que también pueden existir separadamente.

En efecto, mientras que el mandato es una relación contractual que supone necesariamente el acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario, la procuración o apoderamiento es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona confiere a otra el poder de representarla,

M. Bouquier nos expresa al respecto, que "la procuración es un acto que emana de una sola parte: el representado, y que tiene una existencia jurídica real desde el día en que la voluntad del representado ha sido emitida" (⁹¹).

M. Demogue, pronunciándose sobre esta misma materia, critica como casi todos los tratadistas franceses contemporáneos, la definición que da el Código francés sobre el mandato, y dice textualmente: "La aceptación (del apoderado) no es necesaria sino para el contrato que obliga eventualmente a representar: mandato, arrendamiento de servicios, sociedad, etc. Inversamente, la sola declaración designando representante, puesta en conocimiento de éste o de terceros, vale ya por si misma. Desde este momento la representación existirá" (⁹²).

Tenemos, de esta manera, que son dos conceptos distintos mandato y otorgamiento de poder, pues mientras el primero señala una, relación contractual existente entre dos

⁸⁹ art, 1984 del Código Civil francés.

⁹⁰ art, 2146 del Código Civil.

⁹¹ M. Bouquier.—Etude générale de la representation dans les actes juridiques, tésis 1899, p. 58 - 59, cit. Popesco, ob. cit. p. 223.

⁹² Demogue, ob. cit. p. 185.

personas, que obliga a la una a la ejecución de los negocios que le han sido encomendados por la otra, el acto por el cual se confiere simplemente poder no es otra cosa que una declaración del consentimiento necesario para que una persona pueda afectar el patrimonio de otra, por su sola manifestación de voluntad.

Hupka, que combate ardorosamente este error común que hace confundir al mandato con el poder de representación, espresa, al respecto, que "mandato y otorgamiento de poder no son términos sinónimos ni opuestos, sino que constituyen las denominaciones de dos relaciones jurídicas diferentes en sí. Mientras que el mandato expresa una obligación del mandatario y constituye para éste una necesidad de obrar, el otorgamiento de poder, como tal, no es otra cosa que consentimiento del poderdante en la representación y los efectos del otorgamiento de poder consisten en un poder jurídico: el poder de representación" (⁹³).

Desvanecido este error conceptual, queda todavía pendiente la cuestión de saber si el mandato, no siendo sinónimo ya de apoderamiento procuración u otorgamiento de poder, pues estas tres denominaciones podemos dar al acto por el que se faculta a una persona para representar a otra, lleva siempre en sí, como un elemento de su esencia, la facultad de representación del mandatario.

En este sentido, esto es, en el de estimar que el mandato supone esencialmente representación del mandatario, se pronuncian eminentes tratadistas franceses, entre los que podemos citar a M. M. Aubry y Rau, Laurent, Baudry Lacantinnerie y Wahl, etc. Todos estos consideran que uno de los elementos esenciales del mandato es la facultad de representación que nace a favor del mandatario respecto del mandante.

Este poder de representación del mandatario, dicen, es un elemento de la esencia del contrato, esto es, un elemento sin el cual el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente (⁹⁴).

Así Aubry y Rau definen el mandato como un contrato por el cuál una de las partes dá a otra que lo acepta (o se presume que lo acepta, en ciertos casos) el poder de representarla con el objeto de hacer en su nombre y por su cuenta, un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (⁹⁵).

Agregan estos autores, más adelante, que los caracteres esenciales y distintivos del mandato Consisten:

- a) en que el negocio encomendado debe ser un acto o una serie de actos jurídicos; y
- b) en que el mandatario recibe él poder de representar al mandante con el objeto de obligarlo respecto de terceros y a estos respecto de aquel.

Baudry Lacantinnerie y Wahl, por su parte, definen el mandato como el contrato por el cual una parte da a otra, que lo acepta, el poder de representarla para celebrar uno o

⁹³ Hupka, ob. cit. p. 30.

⁹⁴ art. 1444 de nuestro Código civil.

⁹⁵ Aubry et Ran, ob. cit. tomo VI, p. 152.

más actos jurídicos (⁹⁶).

Esta concepción del mandato, si bien se ajusta a lo que establece el Código civil francés, doctrinalmente es errónea.

Desde luego, estos mismos autores se ven forzados a reconocer que hay casos en que existe mandato sin representación. Así sucede en Francia en el llamado "prete-nom", en la comisión, etc. Y lo curioso es que estos mismos autores (Aubry et Rau y Baudry Lacantinnerie) no explican como es posible que faltando un elemento esencial, a juicio de ellos, continúe habiendo mandato.

La verdad es que el mandato no supone necesariamente la representación, siendo la prueba más evidente de ello la circunstancia de que durante siglos existió el mandato en Roma sin que se hubiese aceptado el principio de la representación. Este contrato era en Roma esencialmente no representativo.

Con el trascurso del tiempo, y aceptado ya el principio de la representación, ésta va accediendo al mandato en todos los casos en que el mandante concede al mandatario la facultad de representarlo, pasando a ser una cláusula que se sub-entendía, sin necesidad de estipulación expresa, en todo contrato de mandato.

En esta forma la representación, de elemento accidental del mandato, pasa a ser elemento de su naturaleza, pero jamás de su esencia.

Hoy día el mandato, coincidiendo generalmente con la representación, puede desprenderse de ella y continuar subsistiendo, no obstante, como mandato. Así sucede cuando el mandatario ejecuta el acto o celebra el contrato en su propio nombre, pero por cuenta de su mandante. En este caso, los derechos y obligaciones que emanan del contrato celebrado se radican en el patrimonio del mandatario, quien deberá hacer una cesión en forma de ellos, para que afecten al mandante. Sin embargo, esto es, aún cuando el mandatario haya obrado en su propio nombre, el mandante tiene las acciones derivadas de éste contrato, para exigir de aquel la rendición de cuentas y la ejecución del negocio sometido; es decir, no existiendo representación porque el mandatario obró en su propio nombre subsisten para él las obligaciones que le impone el contrato de mandato.

Tenemos, así, que para que un acto celebrado por un mandatario afecte directamente al mandante, es necesario que al contrato de mandato se haya acompañado el poder de representación. Este poder, en las circunstancias actuales del derecho, se presume por el solo hecho de existir el mandato, puesto que es un elemento de su naturaleza, pero existiendo una declaración expresa al respecto, puede omitirse la facultad de representar sin que el mandato degeneró en otro contrato diverso.

El Código alemán, al tratar del mandato (artículos 662 a 676) no regula sino las relaciones internas de las partes, las verdaderamente contractuales; en él no se habla una palabra de representación, porque en ese derecho ésta no es un elemento de la esencia y ni siquiera de la naturaleza del contrato. Este se caracteriza, en el derecho alemán, por ser esencialmente gratuito, con lo que se retorna al criterio romano, que

⁹⁶ Baudry Lacantinnerie et Wahl, "Del mandata", p. 153 siguientes, N.o 361

distinguía el mandato de los contratos similares por este elemento de la gratuidad.

CAPITULO SEGUNDO: La representación en el derecho positivo.

Párrafo Primero: En el derecho chileno.

Nuestro Código civil, apartándose inteligentemente del Código francés, al que sigue muy de cerca en esta materia, consagra el principio de la representación en el título segundo del Libro cuarto, esto es, en el que trata de los actos y declaraciones de voluntad.

En efecto, mientras que en el Código francés, como dice M. Levy Ullmann, la representación "no ha sido nombrada" y solo por "un trabajo de interpretación" se la hace surgir de diversas disposiciones legales, en el nuestro se halla contemplada expresamente en el artículo 1448, que establece al respecto que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo".

Se introducen, así, dos felices innovaciones en esta materia respecto del citado Código francés.

En primer término, de la redacción misma del artículo 1448 y del lugar en que se encuentra ubicado (título que trata "de los actos y declaraciones de voluntad"), aparece claramente que el legislador chileno ha considerado la representación como una institución autónoma, independiente de las relaciones causales que la originan.

El artículo 1448, por las razones que acabamos de indicar, sienta una regla general, aplicable a toda clase de actos y declaraciones de voluntad, con lo que se indica "a contrario", que no debemos considerarla como una consecuencia especial de determinados contratos, como sucede en el Código francés, ni tampoco como una institución que tiene cabida solo en ciertos actos o contratos, sino como una institución independiente, que tiene lugar en cualquier acto jurídico y que puede emanar de la voluntad de las partes o de la ley.

En esta forma, vemos que la representación aparece como una verdadera modalidad que puede afectar a cualquier acto jurídico, que las partes pueden introducir en cualquier contrato, salvo que la ley lo prohíba expresamente y nó, como sucede en el derecho francés, como un elemento esencial de un contrato determinado: el mandato.

En segundo término y a diferencia, también, del mismo derecho francés, no existe en nuestro Código confusión absoluta entre mandato y poder de representación. El legislador chileno ha concebido claramente la existencia de aquel contrato sin la facultad de representar del mandatario. Así lo ha establecido expresamente al disponer que "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al de su mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante" (

⁹⁷). Aparece así que este contrato no lleva envuelta "esencialmente" la idea de representación, puesto que si así fuera, el mandatario no podría obrar en nombre propio sin que el contrato degenerase en otro diferente.

Agreguemos a esto que nuestro legislador, al definir el mandato, ni siquiera alude a la posible representación de parte del mandatario, cuando dice que "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera" (⁹⁸).

De modo, pues, que lo esencial, en nuestra legislación, es que el mandatario, encargado de la gestión de uno o mas negocios del mandante, los efectúe "por cuenta" de éste. Es inadmisibles, entonces, por lo menos en nuestro derecho, la concepción de Baudry Lacantinnerie, Aubry et Rau y otros que, de acuerdo con el criterio del Código civil francés, consideran la representación como un elemento esencial y característico del mandato.

Pero debemos hacer una observación importante en esta materia, a fin de evitar un posible mal entendido. Lo dicho no significa que nuestro legislador haya adoptado el criterio seguido por los Códigos alemán y suizo, de considerar que el mandato no envuelve, por si solo, poder de representación. Por el contrario, la facultad del mandatario de representar al mandante aparece en nuestro derecho como un elemento de la naturaleza de este contrato, o sea, como un elemento que, no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial (⁹⁹).

En efecto, en el párrafo que trata de la administración del mandato, nuestro legislador nos dice expresamente que "el mandato no confiere naturalmente al mandatario mas que el poder de efectuar los actos de administración, como son..."(¹⁰⁰).

O sea, por el solo hecho de otorgarse mandato, el mandatario tiene "naturalmente", como dice nuestro legislador, esto es, sin necesidad de una cláusula expresa, las facultades representativas que en esa disposición legal se enumeran (¹⁰¹).

Como tal elemento de la naturaleza del mandato, va envuelto en éste, para las partes

⁹⁷ art. 2151 del Código civil.

⁹⁸ art. 2116 del mismo Código.

⁹⁹ art. 1444 del Código Civil.

¹⁰⁰ art. 3132 del mismo Código.

¹⁰¹ La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha aplicado siempre este artículo en el sentido indicado. Así, una sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVII, segunda parte, sección primera, de 27 de Julio de 1929, establece, como doctrina que: "Confiriendo naturalmente el mandato al mandatario el poder de efectuar, entre los actos de administración, el pago de las deudas del mandante, es incuestionable que el mandatario puede y debe otorgar la escritura en que se obliga a pagar dentro de cierto, plazo lo que adeudaba su mandante, según la liquidación de la cuenta corriente". En el mismo sentido se pronuncia una sentencia publicada en la misma Revista, segunda parte, sección primera, p. 809., en que se establece que "El mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, y éste no confiere naturalmente a aquél mas que el poder de efectuar los actos de administración".

pueden suprimirlo mediante una estipulación expresa, sin que por ello se altere la naturaleza jurídica del contrato.

Desgraciadamente nuestro Código no concibió el aspecto inversa del problema, esto es, que pudiera existir representación convencional sin mandato. Para nuestro legislador, el acto por el cual se confiere poder a una persona para representar a otra es, simplemente, un mandato que ésta confiere a aquella y que, como tal mandato, ha de ser aceptado por el apoderado.

La distinción entre mandato y poder de representación convencional quedó, pues, a medio camino, porque mientras se acepta el mandato sin representación, no se concibe la representación convencional sin mandato.

Esta circunstancia, que significa un obstáculo par admitir plenamente en nuestro Código la doctrina moderna de la representación, acarrea consecuencias de enorme interés, puesto que no es posible sostener, entonces, dentro de nuestra legislación, que el poder convencional de representar existe por la sola declaración de voluntad del representado como lo admite unánimemente la doctrina moderna (¹⁰²), sino que debemos reconocer que en nuestro derecho el poder convencional de representar, naciendo exclusivamente del mandato, requiere el acuerdo de voluntades base de toda relación contractual.

Aparte de esto, insistimos en la observación de que nuestro Código significa un positivo avance en ésta materia respecto del Código Civil francés, al concebir el mandato como un contrato que subsiste independientemente de toda idea de representación; como una relación contractual que crea obligaciones entre mandante y mandatario y que si bien generalmente produce efectos respecto de terceras personas (facultad de representar), puede no producirlos.

De acuerdo, entonces, con estas dos grandes innovaciones que nuestro Código introduce respecto del derecho francés, (consagración expresa de la representación y distinción entre mandato y representación), bien podemos decir que en nuestro derecho positivo la representación aparece consagrada como una institución autónoma, que puede afectar a cualquier jurídico, a menos que la ley lo prohíba expresamente, y que tiene su origen en la voluntad de los individuos o en la ley.

oo

Establecido ésto, puede preguntarse si dentro de nuestra legislación positiva, cabría aplicar la doctrina moderna que, considerando la representación como una modalidad del acto jurídico, creada por la ley o por las partes, reconoce en el representante y el tercero a los verdaderos contratantes del acto que aquel celebra en nombre y por cuenta de su representado. Dicho en otras palabras: ¿consideró nuestro legislador que es la voluntad del representado o la del representante la que dá nacimiento al acto que éste celebra en nombre y por cuenta, de aquél?

A nuestro juicio es indudable que el legislador chileno ha considerado al

¹⁰² Véase el Capítulo I, párrafo III, 'El mandato y la representación.

representante como el generador del acto para cuya ejecución lo facultó el representado y que, consiguientemente, en el representante ha visto al verdadero contratante y ha considerado que es la voluntad de éste, concurriendo con la del tercero, la que da nacimiento al acto o contrato que afectará al poderdante.

En esta forma nuestro legislador, guiado, indudablemente, por una intuición admirable más que por el conocimiento de una doctrina que aún no se había desarrollado, ha consagrado en nuestro derecho, por lo menos en sus líneas fundamentales, la teoría moderna de la representación (¹⁰³).

Desde luego, existe un conjunto de disposiciones legales que reglan la representación en nuestro derecho y que constituyen otros tantos argumentos en pro de nuestra tesis, demostrándonos claramente que el legislador chileno ha concebido la representación como la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado" (¹⁰⁴). En otros términos, se admite en nuestra legislación que una persona (el representado) se vea alcanzada por los efectos de un acto o contrato en el cual no ha prestado su consentimiento, el cual ha sido sustituido por el de otra persona (su representante).

Observaremos en primer término, y ántes de entrar al análisis de aquellas disposiciones, que este criterio no puede parecernos extraño en nuestro legislador, dado que éste ya había aceptado una situación semejante tratándose de la llamada

¹⁰³ Sin embargo, la jurisprudencia no lo ha considerado así y, por el contrario, entiende que el representante es el mero portador de la voluntad del representado y que, consiguientemente, es esa voluntad, con la del tercero, la que da nacimiento al contrato. Así, una sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XV, 2.a parte, sección primera, pág. 462, establece como doctrina, que "es nula, de nulidad absoluta, la venta de un bien raíz celebrada por mandatario cuyo poder no se otorgó por escritura pública". Y para fundar su resolución expresa en uno de sus considerandos "Que exigiéndose para su perfección (de la compra venta), o sea, para su existencia, que se otorgue por escritura pública, el poder necesario citando las partes no concurren personalmente debe darse, también, por escritura pública, *porque el poder es en esta ocasión el único instrumento en que las partes manifiestan su consentimiento*; y como la ley ha prescrito que este elemento esencial del contrato se produzca en una forma especial determinada, es lógico que el documento que lo contenga se sujete a igual solemnidad. Si, *nó faltaría el consentimiento y no habría contrato*, no siendo atendible la observación de que el consentimiento lo manifiesta el mandatario en la escritura pública de la venta, con lo que debe entenderse cumplido el requisito de la ley, porque el mandatario no habla allí en su nombre, y para que pudiera hacerlo eficazmente a nombre del mandante, sería menester que éste hubiese significado su voluntad en un poder revestido de las solemnidades de la escritura pública". En el mismo sentido se pronuncia una sentencia publicada en la misma Revista, tomo XXIX, 2.a parte, sec. I..a p. que, en la parte pertinente de su doctrina establece: "En consecuencia, basta que el marido manifieste en la venta el consentimiento prestado por la mujer con anterioridad, *para que se produzca entre ésta y el comprador el acuerdo de voluntades que la ley requiere para la existencia del contrato*" Vemos, así, que nuestros Tribunales consideran al representante como el otero portador de la voluntad del representado, rechazando en forma categórica, la doctrina que considera que es la voluntad del representante, en concurrencia con la del tercero, la genera el contrato que afectará al representado. A nuestro juicio, el criterio de nuestros Tribunales es erróneo y revela un desconocimiento de las nuevas concepciones en el derecho, que, como, lo demostramos, tienen amplia cabida en nuestra legislación positiva. Reincide en esa misma doctrina una sentencia publicada en la misma Rev. tomo XX, Segunda parte, sección primera, p. 37, considerandos 5.o y 6.o

¹⁰⁴ Pílon, tesis citada.

"estipulación por otro".

En efecto, mientras que en el Código francés la estipulación por otro no es aceptada en principio, sino sujeta a graves restricciones, en el nuestro aparece consagrada expresamente y sin limitaciones en el artículo 1449.

La estipulación por otro, que presenta enorme analogía con la representación, aparece, también, como un contrato que celebrado entre dos personas, va a producir efectos respecto de una tercera que para nada ha intervenido en él, ni ha prestado, tampoco, su consentimiento en la celebración del mismo.

La representación y la estipulación por otro aparecen, pues, como una excepción importantísima al principio de que los actos producen sus efectos solo respecto de las partes que los generan.

De esta manera, ya no debemos considerar tan extraño que en el derecho positivo chileno aparezca el representante como el verdadero contratante, y no su representado, y que la manifestación de voluntad de aquel produzca sus consecuencias jurídicas en el patrimonio de éste. La misma situación se produce en la estipulación por otro y el legislador la aceptó plenamente.

Por lo demás, este criterio, conforme lo expresábamos hace poco, se estableció por un conjunto de disposiciones en que se sientan principios que corresponden exactamente a los que se derivan de la teoría moderna de la representación y que significan, lisa y llanamente, una aplicación del criterio que la inspira.

Comencemos por analizar el artículo 1448 del Código Civil, puesto que es el que consagra expresamente nuestra institución en el derecho positivo chileno.

En él se establece: "Lo que **una persona ejecuta** a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos **que si hubiese contratado él mismo**".

Observemos, en primer lugar, que el legislador dice que es el representante quien "ejecuta" el acto, o sea, es él quien declara su voluntad, es él quien contrata, pero, diremos nosotros, en virtud de la modalidad representación, introducida a ese acto, los efectos de éste se producirán en el patrimonio del representado, como "si hubiese contratado él mismo".

Emplea, también, nuestro legislador, la expresión "iguales efectos que si hubiese contratado él mismo", con lo que nos dice, con claridad meridiana, que no es él quien ha contratado, no es él quien ha celebrado el acto, y, sin embargo, habiendo sido otro el contratante, los efectos se van a producir en su patrimonio como si él lo hubiese celebrado.

Por lo demás, corrobora lo que venimos sosteniendo, la ubicación misma del artículo 1448.

En efecto, el artículo 1445, con que se encabeza el título que trata "De los actos y declaraciones de voluntad", señala los requisitos que se exigen para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad.

Estos requisitos son: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o

declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; y 4.º que tenga una causa lícita.

A continuación de este artículo 1445 el legislador analiza cada uno de los requisitos que acabamos de señalar, siguiendo el mismo orden en que los enumera en aquella disposición.

Así, la capacidad, que es el primero de aquellos requisitos, aparece tratada en el inciso final del mismo artículo 1445 y en los dos siguientes. 1446 y 1447.

A continuación debe tratar el consentimiento, que es el segundo de los requisitos que exige el artículo 1445 y lo considera, entonces, en los artículos 1448, 1449 y 1450, **que tratan de la representación**, de la estipulación por otro y de la promesa de hecho ageno, respectivamente. O sea, al analizar "el consentimiento" como requisito esencial de todo acto o contrato válido, trata de tres instituciones que aparecen ante nuestro legislador, **como una excepción** a la regla del artículo 1445, que señala el consentimiento del obligado como requisito esencial.

Para nuestro legislador, la representación, la estipulación por otro y la promesa de hecho ageno son tres instituciones en virtud de las cuales un individuo se halla afectado por **un acto en que no ha dado consentimiento**; son tres instituciones que aparecen como una excepción importantísima al principio de que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesaria que consienta en dicho acto o declaración".

Atendiendo a la representación, que es la que ocupa nuestro estudio, aparece en forma indubitable que el legislador la considera entonces, junto con las otras dos instituciones, como una excepción al citado artículo 1445 y, consiguientemente, estima que es el representante quien presta su consentimiento en la celebración del acto y que en virtud de éste consentimiento se va a hallar afectado. a las consecuencias del mismo una persona que para, nada intervino en la celebración del acto; el representado.

Esta misma idea, claramente establecida en el artículo 1448, se repite, ya como una consecuencia, en innumerables disposiciones de nuestro Código.

Así, en el Título VI del Libro II, que trata de la tradición, se establece que "La tradición hecha por o a un mandatario, debidamente autorizado, se entiende hecha por o al respectivo mandante" (¹⁰⁵).

Tenemos, pues que la tradición se **hilo al mandatario**, lo que significa que él compareció en el acto y que él manifestó su voluntad de adquirir; su voluntad, con la del tradente, dio origen a la convención, pero, en virtud de la representación, se producen los mismos efectos que si se hubiera hecho al mandante. La misma regla se aplica al caso inverso, en que el mandatario es el tradente.

En el mismo Título se establece, poro más adelante, que "Para que la tradición sea válida, debe ser **hecha voluntariamente** por el tradente o **por su representante**".(¹⁰⁶).

¹⁰⁵ art. 671 del Código Civil.

¹⁰⁶ art. 672 del mismo Código.

Esté elemento de la voluntariedad debe buscarse, pues, en la persona del representante, lo que significa que es él quien celebra la convención y que aún cuando haya habido voluntad en el representado, si no la hubo en el representante la tradición es nula, por falta de consentimiento. Mas claridad ya no puede pedirse al legislador, para mostrarnos que es el representante quien celebra el acto y que solo en virtud de la representación los efectos del mismo se van a producir en el patrimonio del representado.

En el inciso siguiente de esta misma disposición, insiste el legislador en esa idea y establece que "Una tradición, que al principio qué inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida, retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enagenar la cosa como dueño o como representante del dueño." (¹⁰⁷).

Es la voluntad del representante, pues, la que debe concurrir con la del tercero para generar la tradición y si su voluntad falta, el acto será inválido, precisamente por falta de voluntad.

Pero el representante puede ratificar el acto, esto es, puede validarlo retroactivamente, como lo dice la última parte de la disposición legal transcrita.

Y precisamente, respecto de esa parte tenemos una observación muy importante que formular. En efecto, el legislador hace en ella una distinción clara entre el acto por el cual se otorga poder a una persona, y el que ésta ejecuta posteriormente, en virtud del poder que se le, ha conferido. En el caso preciso que estamos tratando, el legislador ha1 distinguido entre el otorgamiento de poder y la ratificación hecha por el apoderado.

En realidad, como ya lo expresamos al estudiar la famosa teoría del nuntius, formulada por Savigny, el poderdante, al otorgar poder, no manifiesta voluntad contractual alguna, sino que, simplemente, faculta, autoriza a otra persona (el apoderado), para que ejecute actos que van a afectar su patrimonio.

En otros términos, del apoderamiento nace solo una facultad paz a el representante, y en el caso en estudio, nace la facultad de enagenar la cosa. En virtud de esta facultad, concedida por el poder, el representante ejecutará posteriormente un acto que va a afectar al representado: este acto es la ratificación, acto en el cual interviene única y exclusivamente la voluntad del representante, la suya propia, que por efecto de la representación, obligará al representado.

En esta forma, consideramos que nuestro legislador consagra. expresamente la distinción que debía hacer mar tarde la doctrina, entre el acto por el cual se confiere poder, el apoderamiento alemán o procuración francesa, y aquel que celebra posteriormente el representante, en nombre y por cuenta del representado, o sea, lo que hemos llamado, el "acto representativo".

Continuando el análisis de las principales disposiciones de nuestro Código que señalan al representante como el generador del acto representativo, recordaremos que en el título VII del Libro II, que trata de la posesión, nuestro legislador ha establecido que "si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en

¹⁰⁷ art. 672, inciso II del Código Civil.

el mismo acto, aún sin su conocimiento". (¹⁰⁸).

El legislador se ha puesto en el caso de que un representante tome la posesión de una cosa para su representado, ignorando éste aquel hecho. Si el representado no tiene conocimiento de la toma de la posesión, es evidente que **no es su voluntad, sino la del representado**, la que entra en juego y dá origen a todas las consecuencias importantísimas que se desprenden de ese hecho jurídico. Las consecuencias patrimoniales que se van a producir en el patrimonio del representado se deben, exclusivamente, a la voluntad del representante.

En el título XXIX del Libro IV, que trata del mandato, confirma nuestro legislador la tesis que sustentamos, esto es, de que es el representante quien contrata y que en él no interviene para nada la voluntad del representado, cuando expresa: "**El mandatario puede**, en el ejercicio de su cargo, **contratar** a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de tercero al mandante" (¹⁰⁹).

La situación no puede ser más clara: el mandatario puede contratar para sí o para otro. Es decir, al manifestar su voluntad contractual al prestar su consentimiento, puede hacerlo para que los efectos del acto se produzcan en su patrimonio (en cuyo caso contrata a su propio nombre, normalmente), o para que los efectos de ese contrato se produzcan en el del representado (en cuyo caso actúa a nombre de otro, o sea, con la intención, compartida por su contraparte, de que los efectos del acto se radiquen en el patrimonio del representado).

Pero en ambos casos, sea para sí o sea para otro, es el representante quien contrata, porque así se desprende del tenor de la disposición citada y porque así lo dice textualmente el legislador: "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, **contratar** a su propio nombre o al del mandante..."

Siendo el mandatario quien contrata, debe concluirse necesariamente, que es él quien manifiesta su consentimiento y, por lo tanto, que es su consentimiento el que debe otorgarse en la forma prescrita por el artículo 1445.

No continuaremos en el análisis de todas las demás disposiciones que se pronuncian en el mismo sentido, puesto que, además de ser largo y fatigoso, lo estimamos inútil, ya que de las que hemos citado y analizado se desprende, sin lugar a dudas, que es el representante quien contrata, pero que, en virtud de una modalidad introducida por éste y el tercero y que el Código traduce objetivamente en la necesidad de que el primero actúe "a nombre de otro", es el representado quien sufrirá todas las consecuencias jurídicas que se deriven de ese acto.

En esta forma, no hay duda de que el Código Civil chileno ha, adoptado el criterio que rige en el derecho moderno y considera al representante como el generador del acto representativo.

Nuestra legislación debía estatuir, pues, lo que tiempo más tarde iba sostener M.

¹⁰⁸ art 721 del Código Civil.

¹⁰⁹ art. 2151 del mismo Código

Capitant como una innovación a los principios tradicionales del derecho, cuando expresaba: "Vale más rechazar la concepción tradicional y reconocer, en fin, que un acto jurídico puede producir sus efectos sobre la cabeza de una persona distinta del que lo ejecuta". (¹¹⁰).

Si abandonamos el campo de la representación convencional y entramos al de la que emana de la ley, aparece más evidente aún que el legislador ha considerado, y no podía ser de otro modo, dada la naturaleza de ella, que es el guardador quien real y jurídicamente celebra el acto o contrato que afectará al representado.

Así en la representación legal de protección, de que trata nuestro Código en el título XIX del Libro I, que establece en el artículo 390 que "toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernen y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones", dispone el legislador a continuación, que "En todos los actos y contratos que ejecute o celebre **al tutor o curador** en representación del pupilo, deberá expresar esta circunstancia en la escritura misma del acto o contrato... " (¹¹¹)

De modo, pues, que es el guardador **quien ejecuta o celebra el acto o contrato**, y no podría ser de otra manera, puesto que el pupilo es un incapaz que no puede hacer, validamente, declaraciones de voluntad, por lo menos por si solo.

Agréguese a esto que es imposible llegar a otra conclusión si tenemos en cuenta que los infantes, dementes y sordomudos carecen absolutamente de voluntad, y sus actos no producen ni aun obligaciones naturales. ¿Cómo iba a considerar el legislador que el representante era el portador de la voluntad de una persona que carecía de ella? O cómo podría sostener que es la voluntad de ambos, guardador y pupilo, la que con la del tercero dá nacimiento a la convención, si solo existe la del representante?

Observemos, por último, y aún cuando volveremos sobre éste punto al tratar, en detalle, las condiciones de la representación (¹¹²), que esta puede existir, en nuestro derecho, por la sola voluntad del representante, como ocurre en la gestión de negocios. O sea, es posible que, dentro de nuestro derecho, una persona ejecute actos a nombre y por cuenta de otra, que lo ignora, que no le ha autorizado y que, sin embargo, deberá cumplir las obligaciones contraídas por ese representante a quien quizá ni siquiera conoce.

En efecto, al tratar del cuasicontrato de agencia oficiosa, nuestro legislador dispone que "si el negocio ha sido bien administrado (por el agente oficioso), **cumplirá el interesado las** obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión. (¹¹³).

He aquí otro caso en que tampoco es posible. sostener que el representante (el

¹¹⁰ Capitant, ob. cit. p. 390.

¹¹¹ art. 441 Código Civil,

¹¹² Véase, en esta Memoria, El Capítulo IV, que trata De la representación sin poderes.

¹¹³ art. 2290del Código Civil.

agente oficioso) es el mero portador de la voluntad del representado (el interesado), porque éste ignora que le están representando sentando y si lo ignora no puede decirse que ha manifestado voluntad contractual alguna. Aquí no cabe duda alguna que el **representante ha generado la obligación por su sola y exclusiva voluntad** y que el representado deberá cumplir porque la ley lo obliga a ello.

De lo expuesto debemos concluir, pues, que la representación aparece, dentro de nuestro derecho positivo, como una institución que se caracteriza por la sustitución real y completa de la voluntad del representante a la del representado, debiendo considerarse al primero como generador del acto jurídico que afectará al segundo.

De ésta circunstancia se derivan algunas consecuencias de gran interés, que no queremos olvidar en este momento, puesto que, hallándose consagradas en nuestra legislación, vienen a confirmar nuestra tesis de que el legislador chileno siguió el criterio que hoy día impera en la doctrina y legislaciones modernas.

PARRAFO SEGUNDO. Aplicación de los principios de la teoría moderna de la representación en nuestro derecho positivo.

Considerando al representante como el generador del acto celebrado a nombre y por cuenta del representado, es evidente que es aquel quien debe reunir los requisitos que exige el artículo 1445 del Código Civil, para que la declaración de voluntad de los contratantes sea válida.

En consecuencia el representante debe ser legalmente capaz, debe consentir en el acto o declaración y su consentimiento debe aparecer exento de vicios; su declaración debe recaer sobre un objeto lícito y debe tener una causa lícita.

Analicemos, entonces, brevemente estas condiciones, para determinar si nuestro legislador las ha exigido en la persona del representante (conforme lo estimamos nosotros y de acuerdo con la teoría moderna de la representación), o en la del representado.

a) Capacidad.

Es evidente que el representante debe ser capaz de contratar. Tratándose de los representantes legales, no cabe duda alguna al respecto. El Código Civil declara incapaces de toda tutela o curaduría a los mudos, los dementes, aunque no estén bajo interdicción y a los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación (¹¹⁴): a los que pertenecen al fuero eclesiástico (¹¹⁵) ; a los que no hayan cumplido veinticinco años, aunque hayan obtenido habilitación de edad (¹¹⁶) y a la mujer casada, con algunas excepciones (¹¹⁷).

¹¹⁴ art.497 del Código civil.

¹¹⁵ art. 498 del mismo Código.

¹¹⁶ art. 500 del mismo Código.

Es decir, quedan excluidos, en términos generales, los que el artículo 1447 señala como incapaces, absolutos y relativos. Por lo tanto, para ser representante legal es necesaria plena capacidad de goce y de ejercicio.

No obstante, tratándose de la representación convencional, existen dos disposiciones en' nuestro derecho que aparentemente contradicen lo que venimos sosteniendo, o sea, que es el representante quien manifiesta su voluntad en el acto representativo y que, por lo tanto, él debe ser capaz de contratar y su consentimiento es el que debe aparecer exento de vicios.

En efecto, en el Título del Mandato, dice nuestro legislador, textualmente : "Si se constituye mandatario a un menor no habilitado de edad o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores ya las mujeres casadas" (¹¹⁸). Y en párrafo tercero del Título. XIV del Libro IV, que trata del pago, en cuanto a la persona a quien debe hacerse, establece una disposición análoga: "Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago; cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la, administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla". (¹¹⁹).

Siempre se han comentado estas disposiciones en el sentido de que no son otra cosa que una aplicación de la teoría de la ficción, considerando que ellas significan que el verdadero contratante es el representado y que "por eso no importa la capacidad restringida del representante".

La misiva objeción que puede hacerse a éstas disposiciones, en el sentido de que implicarían una negación de la teoría moderna de la representación, se hace al Código alemán, que consagrándola, admite, como el nuestro, que las personas de capacidad restringida pueden ser designadas representantes.

Sin embargo, tal objeción tiene un fundamento más aparente que real y que cae fácilmente si tenemos en cuenta el objeto que se persigue con la restricción de capacidad y la importancia que ésta puede tener en la representación.

En efecto, la incapacidad relativa que el legislador establece respecto de los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, etc. **tiene por objeto proteger el patrimonio de estos incapaces** del perjuicio que podrían causarle los actos que efectuasen administrando su propio patrimonio, ya que el legislador parte de la base de que esos individuos no tienen el discernimiento necesario para actuar competentemente en la vida de los negocios.

En el caso del incapaz relativo mandatario, no concurren las circunstancias que

¹¹⁷ art. 499 del mismo Código.

¹¹⁸ art. 2128 del Código Civil.

¹¹⁹ art. 1181 del mismo Código.

acabamos de anotar.

En primer término, el legislador no tenía que pensar en la protección del patrimonio del incapaz, porque no es éste el que resultará afectado por sus actos, sino que afectará al patrimonio de su representado. Desaparece, así, el fundamento más importante de la incapacidad que afectaría al mandatario para contratar.

En segundo término, la incapacidad de los menores, interdictos, etc. se funda en una presunción de falta de discernimiento del incapaz.

Pero esta es una presunción que no podemos considerarla absoluta. El mismo legislador lo ha reconocido así y ha establecido la "habilitación de edad" que es "un privilegio concedido a un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, escepto aquellos actos u obligaciones de que una ley expresa le declare incapaz". (¹²⁰).

Por otra parte, "podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares" (¹²¹).

En otros términos, un menor puede tener la administración de su propio patrimonio, en determinadas circunstancias, lo mismo que la, mujer casada, cuando le corresponde la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

En estos casos, abandona el legislador los motivos que le impulsaron a declarar incapaz a estos individuos, y les reconoce criterio y discernimiento suficiente como para administrar su propio patrimonio, y aún el ageno, en el caso de la mujer casada administradora de la sociedad conyugal.

Con cuanta mayor razón podrá permitir el legislador que una persona (el mandante), capaz de disponer libremente de lo suyo, confíe en el criterio de estos incapaces y les entregue la gestión de uno o más negocios, produciendo así, una especie de habilitación de edad respecto del menor, a fin de que éste, como mandatario, pueda ejecutar los actos que el mandante le encomienda, destruyendo, así, la presunción de falta de discernimiento que señala el legislador y confiando plenamente en el criterio que el legislador presume no existe en el incapaz.

Por último, observemos que si bien el legislador podía proteger el patrimonio de los incapaces, privándoles de la administración de su patrimonio, no le era lícito hacerlo respecto de personas capaces (como es el mandante), prohibiéndoles delegar el ejercicio de sus derechos en personas que él estimaba faltas de discernimiento. Si el mandante sal perjudicado con la administración del incapaz, allá él, que ya debe tener el criterio suficiente para saber a quien encomienda sus negocios y en que forma dispone de su patrimonio.

Tratándose de la incapacidad de la mujer casada no divorciada, sabemos que es una consecuencia del régimen de comunidad que nace por el solo hecho del matrimonio entre los cónyuges, y que tiene por objeto entregar la administración de los bienes sociales al

¹²⁰ art. 297 del Código civil.

¹²¹ art. 440 del mismo Código.

marido, exclusivamente.

Tampoco hay razón alguna, en consecuencia, que impida que la mujer casada no divorciada sea mandataria de un tercero y celebre actos que no van a afectar en nada su patrimonio ni el de la sociedad conyugal, sino el del tercero a quien representa.

De todas estas consideraciones aparece que dentro de la teoría moderna de la representación, que considera al representante como la contraparte en el acto representativo, es perfectamente posible que dicho representante sea un relativamente incapaz, ya que no existe ninguna de las razones que debía considerar el legislador para impedir a los incapaces relativos la ejecución de actos o celebración de contratos que afectan su propio patrimonio.

Observemos, por último, que si tratándose de representantes legales no existe la misma disposición y se les exige plena capacidad, es porque no existen, en este caso, razones análogas que la justifiquen, ya que se trata de **representantes impuestos** a personas que no pueden dirigirse por sí mismas o administrar competentemente sus negocios. La ley les impone personas que completen la capacidad que les falta y es natural, entonces, que en ellas se exija plena capacidad. En la representación convencional, en cambio, se trata de representantes elegidos y si el representado eligió un incapaz, él deberá pagar su imprudencia.

Terminado así el estudio de la capacidad, entremos al del consentimiento.

b) Consentimiento; vicios, buena y mala fé.

Expresa el artículo 1445, tantas veces citado, que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

En cuanto a que es el representante quien presta "su" consentimiento, es innecesario insistir, puesto que sin su voluntad es imposible que haya acto jurídico; él es quien ejecuta el acto, dice el artículo 1448, él es quien contrata, dice el artículo 2151 y, en consecuencia, para que el acto exista es menester una declaración de su voluntad.

Siendo el consentimiento del representante el que concurre con el del tercero, para dar nacimiento a la convención, o el que genera el acto jurídico, si se trata de un acto unilateral, es evidente que debe estar exento de vicios, conforme lo que requiere el número segundo del artículo 1445.

Si adoptásemos la doctrina de Savigny, habría que buscar los vicios del consentimiento en la persona del representado, ya que éste aparece como el verdadero contratante y es su manifestación de voluntad, transmitida por el representante, la que daría nacimiento a la convención.

A una solución semejante se llegaría, también, con la doctrina de la cooperación, cuando se trata de mandatarios que actúan con poderes tan especificados, que no dejan lugar a manifestación de voluntad del representante.

En esta situación: ¿que criterio adopta nuestro Código? ¿En quién busca los vicios del consentimiento: en el representante, conforme a nuestra doctrina, o en el

representado?

La respuesta precisa a esta pregunta la encontramos en el título sexto del Libro segundo del Código Civil; que al tratar de la Tradición, establece:

"Sí la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida- la tradición" (¹²²).

Nosotros consideramos que esta disposición es la- consagración expresa de la tesis que hemos venido sosteniendo desde un principio y a través de todo este capítulo: nuestro legislador, posiblemente por intuición más que por conocimiento de una doctrina que a la dictación del Código estaba en germen, considera al representante como generador del acto que ejecuta en nombre y por cuenta del representado.

No otra cosa significa establecer que el error del mandatario o representante invalida la tradición, lo que implica aceptar plenamente que es la voluntad del representante la que, con la del tercero, genera la convención y que es en esa voluntad del representante donde debemos buscar los vicios del consentimiento que puedan invalidarla.

No cabe duda alguna, pues, que el legislador consideró que es la voluntad del representante la que genera la convención y que es ella, también, la que conforme al artículo 1445, debe aparecer exenta de vicios.

Establecido este criterio, es evidente que la misma disposición debe aplicarse no sólo al error, vicio del consentimiento, sino a todos los demás vicios que puedan afectarlo.

Desde luego, el dolo que vicie el consentimiento del representante debe invalidar la tradición, porque el dolo no es sino una especie de error, producido intencionadamente por la parte contraria y el error del representante invalida la tradición.

Y si respecto del error y del dolo se siguen esos principios, es evidente que también deben aplicarse en cuanto a la fuerza, vicio mucho más grave que los anteriores por las consecuencias que acarrea en el orden social. Por lo demás, así lo ha considerado también nuestro legislador, cuando ha establecido, en la posesión, que "existe vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa o contra el que la tenía en lugar y **a nombre de otro**" (¹²³). Lo que vale decir que hay violencia cuando se ejercita en la persona del representante.

Lo mismo que decimos de los vicios del consentimiento, podemos aplicarlo a la buena y mala fé, conocimiento o desconocimiento de ciertas circunstancias que tienen influencia en las consecuencias jurídicas de los actos, sea para determinar su validez o para dar lugar a la acción de perjuicios. O sea, la buena o mala fé o el conocimiento o ignorancia de ciertas circunstancias debemos buscarlos en la persona del representante, puesto que él es quien contrata, eso sí que con algunas limitaciones, que estudiaremos oportunamente al tratar de las condiciones de la representación, y que tienen por objeto impedir que un representado de mala fé se prevalezca de la buena fé de su representante para burlar a terceros.

¹²² art. 678 del Código Civil.

¹²³ art. 712 del Código Civil.

Este mismo criterio ha seguido fielmente el legislador mercantil y así, al tratar del seguro marítimo, ha establecido que "es de ningún valor el seguro contratado con posterioridad a la cesación de los riesgos, si al tiempo de firmar la póliza el asegurado o **su mandatario tuviere con ocimiento** de la pérdida de los objetos asegurados o el asegurador de su feliz arribo" (¹²⁴).

Si el mandatario fuese simplemente el portador de la voluntad del mandante, si éste fuese el verdadero contratante y aquel un simple mensajero, cuyo voluntad para nada debe tomarse en cuenta en el acto que celebra, evidentemente no importaría el conocimiento que éste tuviese de las circunstancias que pueden anular el contrato.

Sin embargo, no es así y el legislador ha acudido a la voluntad **del representante** para determinar los vicios que pueden invalidar el consentimiento y la buena o mala fé, conocimiento o ignorancia, que pueden alterar los efectos normales del contrato, en tal forma, que podemos sentar como un principio general que rife a toda nuestra legislación, la regla establecida en el Código civil alemán, según la cual, "para la medida en que las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad haya de ser influidas por los vicios de ésta o por el conocimiento que se tenga o deba tenerse de ciertas circunstancias, se tomará en consideración la persona del representante y nó la del representado" (¹²⁵).

Esta fórmula amplia del Código alemán es la síntesis, podríamos decir, del criterio que en esta materia ha seguido nuestro legislador. Por lo tanto, cabe aplicar en nuestro derecho aquella norma, porque ella es la expresión más fiel del pensamiento del legislador chileno analizado a través de múltiples disposiciones.

PARRAFO TERCERO. Legislación comparada

I. Derecho alemán

El Código civil alemán, promulgado en 1900, siguiendo las tendencias modernas del derecho, que consideran la representación como una institución autónoma, de caracteres propios, le consagra su título quinto de la Sección tercera del Libro primero, en los artículos 164 a 181.

De aquí que no haya confusión posible en el derecho alemán, entre mandato y representación. Aquel es un contrato consensual en que para nada interviene la idea de representación y cuya característica esencial es la gratuidad. En efecto, esa legislación dispone que "por la aceptación del mandato se obliga el mandatario a cuidar gratuitamente el asunto que el mandante le haya encargado" (¹²⁶).

Vemos así que en esta definición, como en la del artículo 2116 de nuestro Código, la

¹²⁴ art. 1229 del Código de comercio.

¹²⁵ art. 166 del Código civil alemán.

¹²⁶ art. 662 del Código civil alemán.

idea de representación no juega ningún papel; el mandato puede coincidir con ella, pero esa coincidencia no es esencial

En cuanto al problema de la naturaleza jurídica de la representación, es evidente que el Código civil alemán consagra el sistema moderno que considera la voluntad del representante como la generadora del acto jurídico que obliga al representado (en concurrencia con la del tercero, si se trata de una convención).

Dentro del Código alemán, pues el representante es el actor o el contratante, y en consecuencia es su voluntad la que debe manifestarse en conformidad a la ley, exenta de vicios, de buena fé, etc.

Esto aparece claramente establecido en el mismo Código que, conforme lo expresábamos al término del párrafo anterior, (véase nota 125). dispone que "para la medida en que las consecuencias jurídicas de, una declaración de voluntad hayan de ser influidas por los vicios de ésta o por el conocimiento que se tenga o deba tenerse de ciertas circunstancias se tomará en consideración, no la persona del representado **sino la del representante**" (¹²⁷).

Este es el artículo que consagra en forma abierta y decidida la doctrina moderna de la representación, que considera al representante. con su manifestación de voluntad, generador del acto representativo que obligará al representado.

Al estudiar en especial las condiciones que se requieren para que se produzca la representación, volveremos sobre este punto y estudiaremos las limitaciones que se establecen respecto de aquella disposición.. Por ahora, es suficiente comprobar que el Código alemán consagra, en forma definitiva, el concepto moderno respecto de la naturaleza jurídica de la representación.

En cuanto al plan que ese Código ha seguido en el estudio de esta institución, es el siguiente: el Título V, que es el que la trata, aparece dividido en dos capítulos. El primero regla la representación con poderes y el segundo, aquella que se produce sin poderes.

La primera supone un acto jurídico anterior: aquel por el cual el representado consiente en la representación, o sea, el apoderamiento o procuración. Este acto aparece, dentro del Código Civil alemán, como un acto jurídico autónomo, distinto del mandato y de las demás relaciones que generalmente sirven de fuente a la representación. Por lo demás, el mandato es un acto bilateral mientras que el apoderamiento, o sea. el acto por el cual se confiere poder, es esencialmente un acto jurídico unilateral; su existencia depende exclusivamente de la voluntad del poderdante.

La representación sin poderes equivale, aunque con algunas diferencias, a nuestro cuasicontrato , de agencia oficiosa, pues su eficacia, queda subordinada a la ratificación que posteriormente efectúa el representado.

Por último, la representación, como modalidad que es de los actos jurídicos, puede ir accediendo a cualquiera de ellos, a menos que una disposición expresa lo prohíba, como sucede tratándose de testamentos, actos que dan origen a derechos de familia, etc.

Este es, en líneas generales, el plan desarrollado por el Código civil alemán en

¹²⁷ art. 166 del Código civil alemán.

materia de representación. Al estudiar los elementos que la integran, en el capítulo siguiente, volveremos sobre esta materia, a fin de comparar las disposiciones de ese Código y las que ha dictado el nuestro, descubriendo, así, los vacíos que éste presenta en caso de introducir, en él, los principios que informan el derecho moderno en materia de representación.

II Derecho Inglés

Existe en la legislación inglesa, con el nombre de "agency" una institución original de aquel derecho que revela el concepto más puro de representación traducido a la legislación positiva.

En cuanto al concepto de "agency" lo daremos empleando las palabras del profesor M. Levy Ullmann y diremos que es la institución jurídica por la cual una persona, el agente, posee el poder de obligar a otra, el principal, frente a terceros, por sus actos lícitos o ilícitos (¹²⁸).

Se trata, como vemos, de una institución cuyo objetivo único consiste en establecer una relación de derecho entre dos personas (principal y tercero) por intermedio de otra (el agente) ; o sea, una institución cuyo único objetivo es la representación, no solo en materia contractual, como sucede en la casi totalidad de las legislaciones, sino también en materia delictual.

Corroborra más aún este carácter de institución esencialmente representativa, la circunstancia de que la "agency" excluye la idea de toda otra relación jurídica que pueda servir de fundamento a la representación, como ocurre en el derecho continental.

En efecto, el derecho inglés no conoce el contrato de mandato al cual permaneció unida tanto tiempo la idea de representación en nuestro derecho, de modo que no podría decirse que la agency es el mandato adaptado a la legislación inglesa. Lejos de ello, la "agency" presenta diferencias tan esenciales con aquel contrato, que impiden la asimilación de ambas instituciones.

El mandato nacido en el derecho romano, en el cual se caracteriza por ser esencialmente gratuito, ha conservado su influencia en las legislaciones continentales, siendo aquel elemento de la gratuidad una cosa de la naturaleza o, como en la legislación alemana, una cosa de la esencia del mismo. En la legislación inglesa, en cambio, la "agency" es una institución que supone necesariamente la existencia de un "onus", esto es, de una prestación del principal en favor del agente. En otros términos, la "agency" es esencialmente remunerada, sea en dinero, sea en una prestación cualquiera del principal (poderdante) en favor del agente.

Agreguemos a esto que el mandatario conserva, además, cierta libertad de acción que no tiene el agente y, por último, que el mandante no responde, en principio, por los actos ilícitos del mandatario, mientras que el principal responde siempre por los que cometa su agente.

"Mandatum romano y "agency", dice M. Levy Ullmann, proceden históricamente de

¹²⁸ Levy Ullmann, ob. cit. p. 344

dos concepciones diferentes: el primero tiene su origen en el "jus amicitiae" y presenta un carácter igualitario; el segundo nace de las relaciones entre amo y criado e implica una relación de subordinación." (¹²⁹)

La "agency" no presenta, tampoco, analogías con la gestión de negocios de nuestro derecho, porque la legislación inglesa no concede acción a aquel que sin tener encargo especial de una persona administra los negocios de ella. El gerente, si pudiéramos llamarlo así en el derecho inglés, carece de acción contra el interesado, tanto por los gastos efectuados en la gestión como por el beneficio que el principal ha obtenido con ella (¹³⁰).

No obstante, advertimos que existen casos en que hay "agency", lo que vale decir representación, sin la existencia de un poder preestablecido y sin necesidad de una ratificación posterior del principal, como sucede en la "agency of necessity", institución que presenta gran analogía con nuestro cuasicontrato de gestión de negocios.

Pero estos son casos excepcionales, que no alteran fundamentalmente la regla que excluye la gestión de negocios como institución vigente en el derecho inglés y, consiguientemente, nos permite establecer en forma precisa que en ese derecho la representación existe como institución autónoma, independiente del mandato, gestión de negocios y de toda otra relación jurídica de aquellas que en el derecho del continente le sirven de base y con las cuales ha permanecido identificada durante tanto tiempo.

Observamos, por último, que el derecho inglés no conoce, tampoco, la representación de protección emanada de las guardas. El tutor inglés, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho, no es representante del pupilo. Aquel aparece como un propietario fiduciario de los bienes del pupilo, en tal forma que, administrando los bienes de éste, administra su propio patrimonio, puesto que sobre esos bienes tiene un verdadero dominio sujeto, naturalmente, a la resolución por la expiración de la tutela.

Todas estas consideraciones concurren a demostrar, dice M. Levy Ullmann, que "agency" y representación no son sino una misma cosa. Los países anglosajones nos ofrecen, pues, el espectáculo, nuevo para nuestra legislación, de la representación elevada a la categoría de institución jurídica distinta y autónoma (¹³¹).

III Derecho suizo

El Código suizo de las obligaciones, siguiendo el criterio moderno, consagra a la representación una parte de su Título primero, que trata de la formación de las obligaciones, los artículos 32 al 40, con lo que coloca a la representación en la categoría de una institución jurídica independiente, que tiene cabida en todos los casos de obligación convencional.

En cuanto al sistema que adopta para el estudio de esta institución, presenta gran

¹²⁹ Levy Ullmann, ob. cit. p. 345

¹³⁰ Jeks, «Digesto», citado por Popesco, ob. cit. p: 512.

¹³¹ Levy Ullmann, ob. cit. 347

analogía con el que establece el Código alemán.

En efecto, trata primero de la representación en virtud de poderes (arts. 31 al 38), analizando las características del poder de representación, su extensión y extinción y después trata de la representación sin poderes, señalando las consecuencias de la ratificación y la responsabilidad del representante sin poderes en caso de que el representado se niegue a ratificar (arts. 38 y 39).

IV.- Proyecto de Código de las obligaciones y de los contratos, franco - italiano.

Este proyecto de Código común para Francia e Italia, aprobado, en París el año 1927, contiene un párrafo especial dedicado a la representación. Se consagra así en forma explícita, el criterio predominante en la doctrina moderna conforme al cual la representación en los actos jurídicos aparece como una institución autónoma con reglas que le son características.

Adoptando los mismos principios que aparecen en el art. 1448 de nuestro Código Civil, el referido proyecto establece que "los actos celebrados dentro de los límites de sus poderes por el representante, a nombre del representado, producen directamente sus efectos a favor y en contra del representado", art. 30.

En lo que se refiere a la capacidad del representante, "no es necesario que tenga capacidad de obligarse; basta que sea capaz de representar a otro conforme a la ley y que el acto que celebra no esté prohibido al representante", inciso primero del art. 31. Es decir, se aplica una regla análoga a la del art. 2128 de nuestro Código Civil, lo que no excluye la teoría moderna según la cual el representante es quien manifiesta la voluntad contractual frente al tercero.

En efecto, el inciso segundo del mismo artículo 31 del proyecto franco italiano nos dice que "si la voluntad del representante se encuentra afectada por un vicio, el acto es anulable en beneficio del representado". Esto significa que la voluntad generadora del acto o contrato es la del representante y que, por lo mismo, esta voluntad debe aparecer exenta de vicios. Corresponde este artículo al art. 678 de nuestro Código Civil, conforme al cual, si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida la tradición.

Se establece, sin embargo, una restricción notable a este principio, en el inciso tercero del mismo artículo 31 que dice "si la voluntad del representado se encuentra afectada por un vicio, el acto es anulable en tanto que el representante no ha hecho sino transmitir la voluntad del representado".

Aplicando un criterio semejante al adoptado por nuestra Jurisprudencia frente al art. 2123 de nuestro Código Civil, el art. 33 del proyecto franco - italiano establece que "el poder para celebrar un acto auténtico debe otorgarse en la misma forma".

"Si se trata de un acto para el cual el escrito privado es necesario y suficiente, el poder puede otorgarse por escritura privada, aún cuando el acto se efectúe en forma auténtica".

Para asegurar a los terceros la estabilidad de las relaciones contractuales, que se

produzcan por medio de mandatarios o representantes legales, el art. 32 establece que "el tercero tiene derecho a exigir que el representante con quien contrata justifique sus poderes y si estos resultan de un acto escrito, que le entregue una copia firmada por él".

Con este mismo objeto y en beneficio de los terceros de buena fé, el art. 34 del mismo proyecto dispone que "la restricción o la revocación de los poderes otorgados al representante no pueden oponerse a terceros que no han tenido conocimiento de ellas al tiempo de contratar".— Esta disposición consagra el mismo criterio que adoptó nuestro legislador en el art. 2173 del Código Civil.

Para evitar, por otra parte, posibles abusos del representante, que pretende seguir actuando como tal después de la expiración de sus funciones, el legislador del proyecto franco italiano dispone, en el artículo 35, que "el representante debe restituir los títulos que acreditan sus poderes, desde que estos han terminado. No podrá retenerlos en garantía de sus créditos contra el representado".

Se establece, además, expresamente, la responsabilidad del representante sin poderes cuando el representado se niega a ratificar los actos o contratos que aquel celebró a nombre y por cuenta de este. En efecto, el artículo 36 dispone que "el que ha contratado como representante, sin haber tenido esta cualidad, es responsable de los perjuicios que hayan sufrido los terceros, por falta de formación del contrato.

Por último, prohíbe, en términos generales el auto contrato o autocontratación, reconociendo, sin embargo, que la contravención a esta regla no acarrea la nulidad absoluta del acto, sino la relativa, puesto que el representado puede ratificar el acto o contrato celebrado en tales condiciones".

En efecto, según el artículo 37 del citado proyecto franco italiano, tenemos que, "sin perjuicio de las disposiciones contrarias de la ley y de las reglas relativas del comercio, nadie puede, en nombre de aquel a quien representa, contratar consigo mismo, sea por cuenta propia o agena, sin autorización del representado, quien podrá en todo caso ratificar el contrato".

CAPITULO TERCERO. CONDICIONES DE LA REPRESENTACION

Dada la importancia que evidentemente reviste el hecho de que la manifestación de voluntad de una persona produzca sus efectos en el patrimonio de otra, el legislador ha debido exigir un conjunto de condiciones, esenciales todas para que opere la representación.

Estas condiciones aparecen claramente establecidas en el artículo 1448 de nuestro Código, fundamental en nuestro estudio, que establece: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Analizando esta disposición, tenemos que para que haya representación, conforme a

nuestro derecho positivo, es necesario:

1.-Que una persona ejecute un acto; en otras palabras, que haya una declaración de voluntad de parte del representante ;

2.-Que la ejecución del acto sea "a nombre de otro", esto es, que las partes lo celebren a sabiendas de que el representante no contrata para sí, sino para otro;

3.-Que el que lo ejecuta esté facultado por la ley o por la voluntad de la persona a cuyo nombre actúa, para representarla. En otros términos, es menester que haya, poder de representación.

Reunidas estas condiciones, se producen los efectos propios de la representación, señalados en el mismo artículo 1448 y que consisten en que el acto ejecutado a nombre de otro, teniendo poder para ello, "produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

En el presente capítulo estudiaremos las tres condiciones enumeradas, necesarias para que opere la representación, dedicando un párrafo a cada una de ellas, y en el siguiente, la representación que se produce sin poderes, o sea, cuando falta uno de los tres elementos esenciales cuyo estudio iniciamos a continuación.

PARRAFO PRIMERO. Declaración de voluntad del representante

I Consentimiento

Conforme a lo que hemos visto al estudiar la naturaleza jurídica de la representación, es el representante quien manifiesta su consentimiento y participa real y jurídicamente en la celebración del contrato.

A nuestro juicio, así lo ha entendido también el legislador chileno, conforme lo hemos manifestado reiteradamente al estudiar la representación en el derecho positivo chileno. Recordemos que según múltiples disposiciones de nuestro Código, es el representante quien contrata, lo mismo que sucede cuando celebra un contrato para sí mismo, con la diferencia de que, en el primer caso, los efectos del acto se van a producir directamente en el patrimonio del representado y nó en el suyo propio.

No insistiremos más sobre este punto, que ha sido objeto de un estudio detenido en el capítulo anterior, sino que continuaremos con el análisis de las consecuencias que se derivan de ser el representante quien manifiesta su propia voluntad en la celebración del negocio que le ha encomendado el poderdante.

II Capacidad

a) en la representación voluntaria

Indudablemente, es necesario que el representante tenga la aptitud legal necesaria para ejercitar sus derechos, es decir, se requiere que sea poseedor de una voluntad capaz de manifestarse al exterior, crear derechos y contraer obligaciones.

Pero no podemos olvidar un momento que por la existencia de la representación, los efectos del acto que celebran novan a radicarse por un solo instante en su patrimonio, sino en el de otra persona, su representado. Consiguientemente, no existe razón para prohibir que sean designadas representantes aquellas personas a quienes la ley impide contratar para si mismas por considerarlas sin discernimiento suficiente. O sea, la circunstancia de que una persona no pueda dirigir sus negocios por si misma no debe impedir que otra persona, que puede disponer de su patrimonio a su arbitrio, encomiende a la primera la administración de sus bienes. Porque si la ley declara inhabil a un individuo para administrar su patrimonio, protegiéndolo así de los posibles perjuicios que su incapacidad práctica le ocasione, ello no significa que también lo sea para administrar el que otra persona, plenamente capaz, le entregue en administración, confiado, precisamente, en esa capacidad que el legislador no le reconoce.

En este sentido se pronuncian Hupka (¹³²) y Popesco (¹³³), quien defiende la teoría de la representación y admite que dentro de ella es perfectamente posible que el representante sea un relativamente incapaz, aduciendo, para ello, las razones que hemos expuesto.

El mismo criterio adopta, por lo demás, el Código alemán que, establece al respecto: "La eficacia de una declaración de voluntad hecha por o a un representante, no se disminuirá por el hecho de que éste tenga solo capacidad restringida" (¹³⁴).

En el derecho suizo, la Jurisprudencia y la doctrina han admitido las mismas normas que rijen en el Derecho alemán, y una sentencia transcrita por M. Popesco (¹³⁵) establece textualmente: "Una persona capaz de querer puede ser designada como representante, aun cuando carezca de capacidad civil".

En el Código de las Obligaciones suizo no existe disposición alguna al respecto, pero, como acabamos de ver, la jurisprudencia aplica las reglas de la doctrina moderna.

Por lo que respecta a nuestro Código, conforme lo hemos expuesto en el párrafo segundo del, Capítulo anterior, consagra el mismo principio y dispone que "Si se constituye mandatario a un menor no habilitado de edad o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores y a las mujeres casadas" (¹³⁶).

Dado el fundamento en que se inspira esta disposición, es evidente que no debe

¹³² Hupka, ob. cit. p. 48

¹³³ Popesco, ob. cit. 240

¹³⁴ art. 165 del Código Civil alemán

¹³⁵ Popesco, ob. cit. p. 644.

¹³⁶ art. 2128 del C. Civil

restringirse su alcance en el sentido de aplicarla, sólo a los mandatarios menores no habilitados de edad o mujeres casadas, sino respecto a todos aquellos a quienes la ley declara incapaces de administrar lo suyo, siempre, naturalmente, que tengan la capacidad natural necesaria para hacer una manifestación de voluntad (¹³⁷).

Por esto estimamos más exacta la regla que el mismo Código señaló tratándose del pago, en que establece: "Puede ser diputado para el cobro y recibir validamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la "administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla" (¹³⁸).

Vemos, así que el legislador no ha determinado la causa de la incapacidad (menor edad, matrimonio, etc), pues cualquiera que ella sea, no impide que el incapaz pueda representar validamente a otra persona en cuando sus actos obliguen a ésta y a terceros.

Este artículo constituye; pues, la aplicación de un principio general que en nada se opone a la teoría de la representación que ve en el representante al generador del contrato.

b) en la representación legal

Si tratándose de la representación voluntaria se admite la validez de la que se produce por intermedio de los relativamente incapaces, no sucede lo mismo tratándose de la representación legal. Ello se debe a que si en la primera puede hacerse soportar al representado el riesgo que supone la elección de un incapaz, en la representación legal nada puede reprocharse al representado, ya que no es él sino la ley misma quien impone obligatoriamente la persona que le representará., sea en forma directa, señalando específicamente al representante, sea encomendado al juez su designación.

De aquí que nuestro legislador, comprendiéndolo así, haya establecido que son incapaces de toda tutela o curaduría una serie de personas, entre las cuales se hallan comprendidas todas las que conocemos como incapaces absolutos o relativos. (¹³⁹).

Consiguientemente, para ser representante legal se requiere plena capacidad de goce y de ejercicio.

III Vicios del consentimiento

Puesto que es el representante quien manifiesta la voluntad contractual, en él debemos buscar los vicios del consentimiento que pueden invalidar el acto, como, asimismo, la buena o mala fé con que se haya procedido a la celebración del mismo.

El Código alemán así lo dice expresamente estableciendo que: "Para la medida en que las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad hayan de ser influidas

¹³⁷ Así lo ha entendido una sentencia, dictada por la Corta de Apelaciones de Santiago, Rev. de D. y Jurisp. tomo XXVIII, 2.a parte. sección primera, p. 448. En ella se establece que «no hay disposición legal que impida al fallido ser mandatario».

¹³⁸ art. 1581 del C. Civil.

¹³⁹ arts. 497 al 500, inclusives.

por los vicios de ésta o por el conocimiento que se tenga o deba tenerse de ciertas circunstancias, se tornará en consideración, **no la persona del representado, sino la del representante**" (¹⁴⁰). . Esto significa, como vemos, que debe acudirse al consentimiento del representante cuando se pretende sostener que ha habido vicios de la voluntad que anulan el acto o dan lugar a la acción que se pretende ejercitar.

Nuestro legislador también lo ha entendido así y por eso ha establecido, como ya lo habíamos visto al estudiar la representación en nuestro derecho positivo, que "si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, **el error de estos invalida la tradición**". (¹⁴¹).

Hé aquí el argumento más poderoso que podemos aducir en pro de nuestra tesis, puesto que si el legislador no hubiera considerado al representante como aquel cuya voluntad dá nacimiento a la convención, indudablemente que no habría considerado, tampoco, los posibles vicios que la afectan; no habría establecido jamás que el consentimiento viciado del representante pudiese invalidar la convención. Por el contrario, conforme a la doctrina clásica, habría acudido a la voluntad del representado.

Siendo aquella disposición sólo una consecuencia del criterio que considera al representante como aquel cuya propia voluntad dá nacimiento al acto representativo, es evidente que no podemos interpretarla en forma restrictiva, aplicándola únicamente al error, sino que debemos aceptar una solución semejante tratándose de los demás vicios del consentimiento, dolo y fuerza, como, asimismo, para establecer la buena o mala fe que el legislador exige o presume en ciertos casos.

A nuestro juicio, pues, el artículo 678 del Código Civil nos señala, simplemente, un caso, el de error, a vía de ejemplo, debiendo, aplicarse esa misma disposición, por analogía, siempre que se trate de determinar la validez y eficacia del acto celebrado por el representante en razón de las circunstancias en que se ha otorgado el consentimiento del mismo.

Por consiguiente, si ha habido dolo de parte del tercero contratante, debe invalidarse la tradición, por cuanto él vicia el consentimiento del representante o sea, el consentimiento de su contraparte. Por lo demás, el dolo no es otra cosa que un error a que induce de mala fe el co-contratante y como tal error, invalida la convención conforme acabamos de verlo.

Asimismo, la violencia ejercida sobre el representante invalida la convención, si reúne los caracteres que señala la ley y aún cuando por la fuerza se le haya hecho ejecutar el acto para el cual estaba autorizado por el poderdante. (¹⁴²).

Ello aparece de manifiesto en nuestro derecho, puesto que nuestro legislador ha establecido expresamente que "para que la tradición sea válida **debe ser hecha voluntariamente** por el tradente o **por su representante**". (¹⁴³).

¹⁴⁰ art. 166 del Código Civil alemán

¹⁴¹ art. 678 del Código Civil.

¹⁴² art. 1456 del Código Civil.

Si ha habido violencia desaparece la voluntariedad, el consentimiento del representante y, por lo tanto, no hay tradición.

Es indudable, pues, que en nuestra legislación puede invalidarse el acto celebrado por el representante cuando éste ha prestado su consentimiento por error, fuerza o dolo, puesto que es su voluntad la que dá nacimiento al acto y es ella la que debe estar exenta de vicios, conforme lo exige el artículo 1445 del C. Civil.

No obstante, aceptamos con Hupka (¹⁴⁴) que cuando el error del representante produce los efectos queridos por el representado, no debe darse lugar a la acción de nulidad que éste pretenda deducir, porque en realidad falta un interés jurídico que proteger.

En efecto, supongamos con M. Popesco (¹⁴⁵) que yo encargo a una persona la compra de un cuadro, para mi, en diez mil pesos. El representante se equivoca y cree que yo le autorizo para comprarlo en seis mil. Llega a casa del vendedor y por error ofrece diez mil, cuando en realidad quería ofrecer sólo seis mil pesos que él creía yo le había autorizado a gastar.

Puede anularse dicho acto, en que hubo error de parte del representante, pero que produjo el resultado por mi apetecido?

Popesco se pronuncia por la afirmativa: si el consentimiento ha sido viciado de error, el acto es anulable. Hupka se pronuncia en sentido opuesto, pero sin desconocer la premisa sentada por Popesco, de que es el representante quien formula la voluntad generadora del acto.

Nosotros estamos plenamente de acuerdo con éste último autor: el acto, a nuestro juicio, no debe anularse. En efecto, como dice Hupka, al pretender anular el acto por el error del representante, cualquiera que sean sus consecuencias, "se olvida que la cuestión relativa a la importancia jurídica del error no es una mera cuestión "formal de voluntad, sino que, de un modo esencial, es también una cuestión de protección de intereses".

En efecto, al anularse un acto por el error de las partes se ha tenido en cuenta, exclusivamente, el perjuicio patrimonial que por él se produce. Y para llegar a esta conclusión no tenemos más que ver nuestro propio Código: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra" (¹⁴⁶).

¹⁴³ art. 672 del mismo Código.

¹⁴⁴ Hupka, ob. cit. p. 52 y siguientes

¹⁴⁵ Pospesco, ob. cit. p. 389.

¹⁴⁶ art. 1453 del C. Civil.

Evidentemente, en- cualquiera de estos casos el error debe producir consecuencias patrimoniales no queridas por los que van a sufrir en su peculio los efectos, del acto. Observemos que el legislador, al señalar el ejemplo "Como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación" ha puesto un caso típico de perjuicio proveniente del error, el que sufre el prestamista. Y esto es, justamente, lo que se quiere evitar anulando el acto celebrado en tales condiciones.

Tratándose del caso en estudio, no ocurre así, porque las consecuencias patrimoniales que van a derivarse del acto han sido, precisamente, las queridas por aquellos que van a experimentarlas en su patrimonio, en tal forma que si bien hubo error que vicia el consentimiento, la acción de nulidad no debe prosperar por falta de interés del demandante (representado).

No puede parecer extraña esta conclusión si tenemos en cuenta que el legislador ha consagrado un criterio análogo al establecer que el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento". Esto es, acepta que hay error, pero no dá lugar a acciones de ninguna especie porque considera que el perjuicio sufrido es tan pequeño, que no hay interés en proteger el patrimonio del demandante. Si ese perjuicio no ha sido pequeño, sino más grave, porque la calidad accidental de la cosa ha tenido importancia decisiva para una de las partes, y la otra lo sabía, el legislador concede, nuevamente, la acción de nulidad.

Vemos de esta manera que se toma como punto de partida para conceder o denegar la acción, no la existencia misma del error, sino la del perjuicio que de él pueda derivarse para alguna de las partes. De aquí que nosotros aceptemos con Hupka que cuando el error del representante ha producido los efectos específicamente determinados por el representado, existe vicio del consentimiento generador del negocio, pero éste no debe anularse por falta de interés que proteger, debiendo asimilarse al caso del error accidental.

Tratándose del dolo o la violencia, hemos visto que anulan también el acto en el cual han incidido, pero sin la excepción que acabamos de establecer tratándose del error. En efecto, en el caso del dolo o la fuerza, el acto debe ser siempre anulable, aún cuando mediante ellos se haya obtenido la celebración del contrato en las condiciones queridas por el representado. Se trata de una maquinación fraudulenta o violenta que no debe permitirse bajo ningún concepto, puesto que estos vicios son atentatorios contra el derecho y van contra el orden público y las buenas costumbres.

IV. Buena y mala fe.

Así como los vicios del consentimiento han de buscarse en el representante, que es quien celebra el acto, también la buena o mala fe y el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias que traen consecuencias jurídicas, han de buscarse en la persona del representante. Así por ejemplo, para determinar la calidad de "redhibitorios" de los vicios que afectan a la cosa comprada, exige el Código que no los haya manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio (¹⁴⁷).

La negligencia grave del comprador o el oficio que éste ejerza deben buscarse en la

persona del representante y no en el representado, pues es el primero el que celebra el contrato de compraventa. En tal forma, que si el representante era un fruticultor y compra para un amigo de la ciudad una, partida de manzanas enfermas, éste último no podrá entablar acción redhibitoria porque el primero, en razón de su oficio, debió conocer los vicios que afectaban la cosa comprada.

Asimismo, la ignorancia del representante es la que deberá tomarse en cuenta para los efectos que ella pueda producir, y la mala fe del representante acarreará al representado las sanciones civiles que la ley señala.

Existe, sin embargo, una excepción a este principio: la mala fe del representado se tomará siempre en consideración, aún cuando el representante haya actuado de buena fe.

Así lo han entendido todas las legislaciones, incluso la alemana, basándose en que la buena fe debe presidir toda negociación jurídica, pues no debe permitirse que un representado de mala fe se ampare en la buena fe de su representante o en la ignorancia de éste de alguna circunstancia conocida por él, ya que ello sería un medio fácil que se daría el representado para burlar la ley.

Nuestro Código Civil no contiene una disposición que resuelva expresamente el caso, pero basándonos en el mismo artículo 678, tan conocido ya de nosotros, según el cual, si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida la tradición, creemos que si el legislador ha tomado en cuenta el consentimiento del representante para determinar los vicios que pueden invalidar el acto, es porque ha considerado a éste último como el verdadero contratante, en todo sentido, y en consecuencia, en él debemos buscar, también, las condiciones de buena o mala fe, conocimiento o ignorancia que la ley considera para graduar la responsabilidad de las partes contratantes.

Aceptamos, sin embargo, de acuerdo con el criterio que señala el Código alemán, que las normas de buena fe, que deben imperar en la vida jurídica de los individuos, hacen tomar en cuenta, también, la mala fe del representado o el conocimiento que éste tenga de circunstancias que aumenten su responsabilidad, pues no es posible que se prevalezca de la buena fe de otra persona para causar perjuicios en el patrimonio ajeno (¹⁴⁸).

Si bien el legislador del Código civil, conforme lo hemos visto, no establece nada al respecto, en cambio el del Código de Comercio ha contemplado esta situación adoptando el mismo criterio que acabamos de exponer.

En efecto, de acuerdo con el principio establecido en el mismo Código respecto del contrato de seguro, conforme al cual no pueden ser materia de seguro "las cosas que han corrido ya el riesgo, háyanse salvado o perecido en él" (¹⁴⁹), dispone al tratar del seguro

¹⁴⁷ art. 1858 del Código Civil.

¹⁴⁸ art. 166, inciso segundo, del Código Civil Alemán

¹⁴⁹ art. 522 del Código de Comercio.

marítimo, que "es de ningún valor el seguro contratado con posterioridad a 'la cesación de los riesgos, si al tiempo de firmar la póliza el asegurado, o **su mandatario tuviere conocimiento** de la pérdida de los objetos asegurados, o el asegurador de su feliz arribo" (¹⁵⁰). Y agrega más adelante que "la regla establecida en el artículo 1229 es aplicable al seguro contratado **por comisión, aunque el asegurado ignore la pérdida** de la cosa asegurada. El comisionista tendrá en ésta hipótesis, la misma responsabilidad que si hubiera hecho el seguro por cuenta propia" (¹⁵¹).

Vemos, de ésta manera, que es el conocimiento o ignorancia del **representante** y, por consiguiente, su buena o mala fe, lo que ha tomado en cuenta el legislador para establecer la eficacia o invalidez del acto e contrato, sin perjuicio de que también se tome en cuenta la mala fe del representado, cuando éste pretende ampararse en la buena fe de un representante.

Tenemos, entonces, que se mantiene el principio de que el representante es quien declara su voluntad y que, por lo tanto, en él debemos buscar los vicios que puedan afectar la validez del acto, como, también, las demás circunstancias que considera la ley, para agravar o atenuar la responsabilidad de los contratantes. Pero, atendiendo asimismo, a otro principio fundamental que inspira todo el derecho positivo, el de que en toda negociación jurídica debe imperar la buena fe, se toma en cuenta la persona del representado cuando, estando de mala fe, pretende ampararse en la buena fe de su representante.

PARRAFO SEGUNDO. LAS PARTES DEBEN CELEBRAR EL CONTRATO "CONTEMPLATIONE DOMINI".

I.— La "contemplatione domini" aparece como un elemento esencial de la representación.

Continuando el estudio de las condiciones que exige nuestro Código, para que haya representación, nos corresponde, ahora, analizar el segundo requisito que señala: la actuación a nombre de otro.

En efecto, recordemos que el artículo 1448 establece: "Lo que una persona ejecuta **a nombre de otra**, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Aparece, así, que la actuación a nombre de otro es esencial para que se produzca representación.

Debemos examinar, sin embargo, el alcance de esta condición que a primera vista parece tener un sentido restringido, del que en realidad carece.

En efecto, al decir el artículo 1448 que el representante debe ejecutar el acto "a

¹⁵⁰ art. 1229 del mismo Código

¹⁵¹ art. 1233 del mismo Código.

nombre de otro" ha empleado una expresión poco feliz, ya que si bien está de acuerdo con el sentido corriente de la representación, no se aviene con la concepción técnica de la misma.

La actuación a nombre de otra persona, en su sentido restringido según el cual sería necesario expresar el nombre de la persona por quien se actúa, del representado, no es de la esencia de la representación, no se aviene con la concepción técnica de la misma.

La actuación a nombre de otra persona, en su sentido restringido, según el cual sería necesario expresar el nombre de la persona por quien se actúa, del representado no es de la esencia de la representación.

En efecto, Colin y Capitant, cuando estudian los caracteres distintivos de esta institución, expresan lo siguiente

"El que ejecuta el acto jurídico obran en nombre y por cuenta de otra persona, en otros términos, tiene intención de obrar por un tercero y manifiesta su intención a aquel con quien contrata. La condición que acabamos de formular debe considerarse esencial" (¹⁵²).

Lo esencial no es, entonces, expresar el nombre del representado, **sino la intención** del representante, comunicada a su contraparte, de actuar para otra persona, que puede no ser nombrada.

Esto es, precisamente, lo que los romanos exigían para la adquisición de la posesión por intermedio de un representante, diciendo que esa adquisición debía efectuarse "contemplatione domini", esto es, teniendo en vista la existencia de un "domine" en cuyo beneficio se adquiriría la posesión. En otros términos, se exigía la intención, compartida por el representante y el tercero, de actuar para otro, que no comparecía.

Así lo ha considerado, también, nuestro legislador, aunque ha empleado la expresión poco feliz, repetimos, de "actuación a nombre de otro". Con ello ha querido significar lo mismo que el derecho romano, que el contrato ha de celebrarse "contemplatione domini", es decir con la intención, compartida por ambas partes, de que el contrato afecte al tercero y al representado. Y es en este sentido lato en el que debemos interpretar el requisito que estamos estudiando y que aparece del citado artículo 1448 de nuestro Código civil.

La actuación "a nombre de otro", en su sentido literal, es de la naturaleza de la representación: lo verdaderamente esencial es la celebración del contrato "contemplatione domini". Decimos así porque si falta la primera puede haber representación, pero faltando la segunda es imposible que ella exista.

Decimos que en esta forma debe interpretarse el artículo 1448 porque ese ha sido el sentido en que el mismo legislador ha empleado, reiteradamente, la expresión "a nombre de otro".

En efecto, basta examinar algunas disposiciones de nuestro Código para convencerse de que el legislador no considera esencial la expresión del nombre del representado, sino la circunstancia de obrar por otro, sabiéndolo el tercero.

¹⁵² Colin y Capitant, *ob. cit.* p. 19

Así, en la representación legal de protección, establece el Código que "en todos los actos y contratos que ejecute o celebre el tutor o curador en representación del pupilo, deberá **expresar esta circunstancia** en la escritura misma del acto o contrato..." (¹⁵³). Según esta disposición, lo esencial es que se espese, en la escritura misma del acto o contrato, que el compareciente no obra para sí, sino como representante de otra persona, su pupilo. Y el legislador ha ido más lejos aún, pues en ese mismo artículo continúa diciendo: "so pena de que **omitida esta expresión**, se repute ejecutado el acto o celebrado el contrato en representación del pupilo si fuere útil a éste y no de otro modo".

De manera, pues, que el legislador acepta la existencia de la representación aún cuando no haya habido "contemplatione domini" expresada en el acto o contrato, cuando éste ha sido útil al pupilo.

De donde podemos deducir dos consecuencias muy interesantes:

1.o-que aquí no se exige la actuación a nombre del pupilo, en su sentido restringido, sino que basta que el guardador espese en el acto o contrato que actúa en calidad de tal; he ahí lo esencial;

2.o-que aún omitida esta condición esencial, existe representación si el acto o contrato ha sido útil al pupilo.

Advertiremos, no obstante, que de ésta segunda consecuencia no podemos deducir que la "contemplatione domini" no sea esencial en la representación. Si el legislador ha permitido que en éste caso ella exista es porque se trata de representación legal, en que se hallan en juego los intereses de un incapaz, los que deben ser eficazmente protegidos contra la posible mala fe o negligencia de un guardador que la misma ley le impone. De aquí que omitida la "contemplatione domini" haya representación **si el contrato beneficia** al pupilo.

Pero en la casi totalidad de los casos, la "contemplatione domini". traducida por nuestro legislador en la expresión "a nombre de otro", es esencial.

Así, al tratar de la tradición, el legislador dispone que "se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o **a su nombre** y adquirente, la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o **a su nombre**" (¹⁵⁴).

También, al tratar del mandato, establece el Código que "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre **al del mandante**. Si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante" (¹⁵⁵).

Aparece, de esa disposición, que para que el mandante se vea obligado por los actos de su mandatario, es menester que éste haya actuado "a nombre del mandante".

Insistimos en que esta expresión no significa que lo esencial sea la indicación del

¹⁵³ art. 412 del Código civil.

¹⁵⁴ art. 671 del Código civil; en el mismo sentido, los artículos 413, inc. II, 700, 712, 721, 730, 1431, 1572, etc. etc.

¹⁵⁵ art. 2151 del Código civil.

nombre del mandante, sino la circunstancia, conocida por el tercero, de estar actuando para otra persona que no comparece al acto.

Confirma nuestro criterio la circunstancia de que según lo dispone el mismo Código, al tratar del cuasicontrato de agencia oficiosa, "el que creyendo hacer el negocio de una persona hace el de otra, **tiene respecto de ésta los mismos derechos** y obligaciones que habría tenido si se hubiese propuesto servir al verdadero interesado" (¹⁵⁶) y como "si el negocio ha sido bien administrado cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión" (¹⁵⁷), tenemos que puede haber representación sin que se exprese el nombre del representado, pues en el caso que estamos tratando el gestor de negocios comunica al tercero el nombre de un interesado que en realidad no es, puesto que creyendo servir a esa persona hace el negocio de otra, cuyo nombre, a lo mejor, ignora. Para que haya representación ha bastado que el tercero contratante supiese que el gestor no contrataba para sí, sino para otro, cuyo nombre no interesa.

Así lo ha entendido, también, el legislador del Código de comercio, y después de disponer que "el comisionista puede obrar en nombre, propio o a nombre de sus comitentes" (¹⁵⁸), ha establecido que "puede el comisionista reservarse el derecho de declarar más tarde por cuenta de que persona celebra el contrato. Hecha la declaración, el comisionista quedará desligado de todo compromiso y la persona nombrada le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato" (¹⁵⁹).

En otras palabras, el comisionista ha expresado, solamente, su calidad de representante, pero no ha manifestado el nombre de la persona por quien contrata. De todas maneras hay representación, pues no significa otra cosa **"que la persona nombrada** (el representado) le **sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato**". Y esto sucede porque el elemento esencial en ella, "contemplatione domini", existió por la declaración hecha al tercero por el representante.

El mismo Código dispone, más adelante, al tratar del contrato de Seguro, que "los aseguradores tienen derecho para exigir al comisionista, llegado el caso de un siniestro, la manifestación de la persona por cuya cuenta hubiere celebrado el seguro. Hecha la declaración, el comisionista quedará desligado de todo compromiso y la persona nombrada le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato" (¹⁶⁰).

Esto significa, en otros términos, que el comisionista ha expresado su calidad de

¹⁵⁶ art. 2293 del Código Civil.

¹⁵⁷ art. 2290 del mismo Código.

¹⁵⁸ art. 254 del Código de Comercio.

¹⁵⁹ art. 256 del mismo Código.

¹⁶⁰ art. 1272 del Código de Comercio.

representante, únicamente, sin manifestar "el nombre" de su representado; ha manifestado al tercero contratante, esto es, a los aseguradores, su intención de actuar para otro y ello ha sido suficiente para la existencia de la representación.

O-O-O

Esta "contemplatione domini" existe en los contratantes por la comunicación que hace el representante a su contraparte, de su calidad de intermediario, pero también puede deducirse de las circunstancias mismas en que se celebra el acto o en que aparece actuando una de las partes.

En efecto, nuestro legislador ha concebido que la calidad de representante de un individuo pueda aparecer o deducirse del espíritu del acto o de las circunstancias.

Así, al tratar de la Novación, dispone el Código que "la sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión **se entenderá** que el tercero es solamente **diputado por el deudor para hacer el pago**, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, **según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto**" (¹⁶¹).

El tercero puede aparecer, pues, como diputado para el pago, como representante del deudor para extinguir la obligación, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. La "contemplatione domini" puede existir en las partes como resultado de las circunstancias en que se celebra el acto.

El mismo criterio encontramos expuesto, más firmemente aún, en el título XXVIII, párrafo VI del Libro IV del mismo Código, que trata de las obligaciones de los socios respecto de terceros y en que se establece que "no se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, **o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco**" (¹⁶²).

He aquí, pues, la existencia de la "contemplatio domini" derivada de las circunstancias, es decir, sin que se haya expresado en el acto o contrato la calidad de representante ni el nombre de la persona para quien contrata.

El Código de Comercio señala, asimismo, algunos casos en que la representación aparece de las circunstancias, en que se deduce del espíritu mismo del acto que se está celebrando.

Así, tenemos que "los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan obligados a cumplir los contratos que ajustaren; **pero se entenderá que los han ejecutado por cuenta** de sus comitentes, en los casos siguientes: 1.º cuando tal contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran; 2.º si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aún cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento; 3.º si el comitente hubiera ratificado expresa o tácitamente el contrato, aún cuando se haya celebrado sin su orden; 4.º si el resultado de la negociación

¹⁶¹ art. 1635 del Código civil.

¹⁶² art. 2094 del mismo Código.

se hubiere convertido en provecho del comitente" (¹⁶³).

Sin duda alguna, en el caso del número primero existe "contemplatione domini" derivada de las circunstancias, esto es, del hecho de ser un acto o contrato que corresponde al giro ordinario del negocio. El individuo que entra en una tienda a comprar una corbata, no necesita que el vendedor le manifieste su calidad de empleado y representante del dueño. Es evidente que por la sola circunstancia de entrar a la tienda a comprar, tanto el vendedor como el comprador saben que el contrato que están celebrando afectará al dueño, que es el representado, y este conocimiento, compartido por ambos contratantes, comprador y vendedor, es suficiente para que haya representación.

Otras veces admite el legislador que la "contemplatio domine", esto es, la intención de celebrar el contrato por cuenta de un tercero, aparezca del empleo de ciertas frases.

En el derecho marítimo, el capitán es representante legal del naviero, y como tal tiene varias facultades, entre las cuales está la de girar letras contra éste para proceder a la reparación de la nave.

Respecto de esta facultad establece el Código que **"se entiende haberlas girado en calidad de mandatario, aunque no se exprese**, siempre que las letras contengan la cláusula "valor recibido por cuenta de la nave" u otra equivalente" (¹⁶⁴).

Tenemos, entonces, que siendo la actuación "a nombre de otro" de la naturaleza de la representación, sólo es de su esencia la intención de las partes de celebrar al acto por cuenta de un tercero.

" Esta intención "contemplatione domini", aparece objetivamente en la declaración del representante de actuar como intermediario de otro, la que puede omitirse si esta calidad se deduce de la naturaleza o espíritu del acto, como sucede en el caso de los dependientes que efectúan contratos relativos al giro ordinario del establecimiento en que están empleados o en el de la novación, de que trata el artículo 1635 del Código Civil.

o-o-o

Este mismo criterio ha sido adoptado por el Código alemán, que establece al respecto que "no hay diferencia alguna que hacer entre la declaración efectuada directamente a nombre del representado o que resulte de las circunstancias que ella debe tener lugar en su nombre (¹⁶⁵). De donde se deduce que no es el nombre del representado lo que caracteriza la representación, sino la intención del representante, compartida por el tercero, de actuar por cuenta de otro.

En el mismo sentido se pronuncia el Código de las obligaciones suizo, pues establece que "cuando al momento de celebrarse el contrato el representante no se hace conocer como tal, el representado no adquiere directamente la calidad de deudor o

¹⁶³ art. 328 del Código de Comercio.

¹⁶⁴ art. 898 No 9 del mismo Código.

¹⁶⁵ art. 164 del Código civil alemán.

acreedor, **salvo que si aquel con quien contrata debiera deducir de las circunstancias que existe una relación de representación**, o si le era indiferente tratar con uno o con otro" (¹⁶⁶).

Ambos, los Códigos alemán y suizo, se pronuncian en el mismo sentido de que es esencial la "contemplatio domini", que puede deducirse de la declaración del representante o bien inferirse de las circunstancias.

Pero el Código suizo agrega, todavía, que hay representación aún cuando no haya habido contemplatione domini y ésta no hubiera podido deducirse de las circunstancias, si al tercero le era indiferente tratar con el verdadero interesado en el negocio o con un representante suyo. O sea, se pone en el caso típico del que entra a una tienda a comprar una cosa y no sabe si está tratando con el dueño o con un dependiente suyo.

Más que falta de intención o conocimiento existe, en estos casos, una "contemplatio domini" en potencia, puesto que de saber el tercero que se trata de un representante, habría celebrado igualmente el contrato.

Observamos, además, que esta situación guarda estrecha analogía con la del error en la persona, que según nuestro Código no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de la persona sea la causa principal del contrato.

En el caso en estudio, al tercero le es indiferente comprar la cosa al dependiente o al dueño del negocio; por consiguiente no hay error que vicie el consentimiento y existe representación, ya que por las circunstancias y por la falta de interés del tercero en tratar con uno u otro, debe inferirse que participa de la intención del vendedor de actuar por otro.

II. - Omisión de este requisito

Si el acto no se celebra "contemplatione domini" evidentemente no hay representación. Falta uno de los elementos esenciales para que esta modalidad afecte al acto jurídico. Consiguientemente, éste permanecerá puro y simple y como tal, producirá todos sus efectos entre las partes contratantes, que son el tercero y el representante. El representado, en este caso, aparece como un extraño a quien dicho acto o contrato en nada afecta.

Así lo ha considerado, también, nuestro legislador, a través de numerosas disposiciones.

Desde luego, al tratar de la representación legal de protección observábamos que "en todos los actos y contratos que ejecute el tutor o curador en representación del pupilo, deberá espresar esta circunstancia; so pena de que omitida esta expresión se reputé ejecutado el acto o celebrado el contrato en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo" (¹⁶⁷).

Esta disposición comprende dos reglas diferentes. La primera corresponde a la

¹⁶⁶ art. 32 inciso segundo del Código de las obligaciones suizo.

¹⁶⁷ art. 411 del Código civil.

institución que nos ocupa y se traduce en el principio de que, omitida la expresión del guardador "en representación del pupilo", el acto no afectará a éste. Por consiguiente, el acto queda radicado en el patrimonio de quienes lo celebraron, esto es, del guardador y el tercero.

La segunda corresponde al interés del legislador en proteger a los sometidos a guarda y consiste en una verdadera sanción: siendo el contrato beneficioso para el pupilo, se reputará ejecutado en representación suya.

Lo que nos interesa, naturalmente, es el primer aspecto, porque confirma el criterio que acabamos de exponer, conforme al cual el acto celebrado sin "contemplatio domini" queda radicado en el patrimonio del representante y del tercero y no afecta al representado: lo que viene a corroborar, asimismo, el carácter de modalidad del acto jurídico, que revive la representación.

En efecto, una modalidad que por cualquier causa carece de eficacia jurídica, deja al acto puro y simple, esto es, no altera sus consecuencias normales. Pues bien, si la modalidad representación no va a tener efecto por haberse omitido uno de los elementos esenciales para que opere, dejará, también, puro y simple el acto en que incidía, esto es, no altera sus efectos normales y como lo normal es que el acto produzca sus efectos entre las partes contratantes, se verán alean zafios por ellos el tercero y el representante, que son los que revisten esa calidad.

Mas claramente aún aparece esta solución en el mandato, en que el legislador dispone que el mandatario, que es naturalmente un representante del mandante, "puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante" (¹⁶⁸).

Si el mandatario ha obrado a nombre propio no ha habido "contemplatio domini", el tercero no ha tenido intención de obligar al representado, porque no sabe que existe y, por lo tanto, no hay representación. El acto, exento de modalidades, produce sus efectos entre el representante (mandatario) y el tercero.

Asimismo, tenemos que "el socio que contrata, a su propio nombre y no en el de la sociedad, no la obliga respecto de terceros ni aún en razón del beneficio que ella reporte del contrato; el acreedor podrá solo intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor" (¹⁶⁹). Es decir, se aplica la misma regla que hemos visto en los casos anteriores.

Igual criterio se adopta en el Código de comercio, en donde el comisionista puede obrar en nombre propio o a nombre del mandante (¹⁷⁰) y el comisionista que obra a su propio nombre **se obliga personal y exclusivamente** a favor de las personas que contraten con él (¹⁷¹).

¹⁶⁸ art. 2151 del Código civil.

¹⁶⁹ 2094 del mismo Código

¹⁷⁰ art. 251 del Código de Comercio.

¹⁷¹ art. 25,5 inciso primero, del mismo Código

El comitente por su parte, carece de acción directa contra los terceros con quienes el comisionista hubiere contratado en su propio

nombre, pero podrá compeler a éste a que le ceda las acciones que hubiese adquirido (¹⁷²).

No habiendo operado, en este caso, la modalidad representación, el acto produjo sus efectos entre las partes contratantes; de ahí que el comitente, que no es parte contratante, carezca de acción directa, contra el tercero y sólo pueda obligar al comisionista a que le ceda las acciones adquiridas, lo que puede exigir en virtud del contrato de co-misión existente entre ambos.

Los factores y dependientes que contraten a nombre de sus comitentes, expresarán en la antefirma de los documentos que otorgaren que los suscriben por poder (¹⁷³) y obrando en esta forma obligan a sus comitentes al cumplimiento de los contratos que celebren, sin quedar ellos personalmente obligados. (¹⁷⁴).

De modo, observarnos nosotros, que si obran en forma contraria, sin expresar su calidad de apoderados, no obligan a sus comitentes y ellos quedan personalmente obligados, lo que confirma la parte primera del artículo 328, cuando establece que los factores o dependientes que obraren, en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren.

La misma obligación de expresar que suscriben los documentos por poder, pesa sobre los socios de una sociedad colectiva a quienes se haya conferido el uso de la razón social. En efecto, dispone el legislador que "el delegatario deberá indicar en los documentos públicos o privados que firma por poder, so pena de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, toda vez que la omisión de la antefirma induzca a error acerca de su cualidad a los terceros que los hubieren aceptado" (¹⁷⁵).

Tenemos, así, que si la omisión de la antefirma hace creer a los terceros que el delegado actúa en nombre propio, tendrán acción contra él para exigir el cumplimiento de las obligaciones suscritas y esto es porque evidentemente no ha habido "contemplatione domini". esto es, intención del representante, **compartida por el tercero**, de actuar para otro. El error en que la omisión de la antefirma los ha **hecho incurrir** implica, precisamente, la exclusión de la "contemplatio domini".

No cabe duda, entonces, que omitida la contemplatione domini, el contrato, puro y simple, afecta a las partes que lo celebraron y obliga personalmente al representante a su cumplimiento.

O-O-O

¹⁷² art. 357 del mismo Código.

¹⁷³ art. 325 del Código de Comercio.

¹⁷⁴ art. 356 del mismo Código.

¹⁷⁵ art. 375 del mismo Código.

El Código alemán establece una disposición que resume lo dicho en ésta forma : "Si la voluntad de actuar a nombre de otro no aparece claramente, no debe tomarse en consideración el hecho no aparece claramente, no debe tomarse en consideración el hecho de que no se pretenda actuar en nombre propio" (¹⁷⁶). Lo que, vale decir que si no se expresa la intención de actuar por otro significa que se está actuando por si mismo y, consiguientemente, Se adquieren los derechos y se contraen todas las obligaciones que emanan del contrato celebrado.

El Código de las obligaciones suizo dispone, en el mismo caso, que "no hay representación y que una cesión del crédito o una adquisición de la deuda es necesaria, en conformidad a los principios que reglan estos actos" (¹⁷⁷). O sea, como dice M. Popesco, el representante aparece en este caso como el único deudor o acreedor del contrato celebrado por cuenta de su principal. Será necesario una rendición de cuentas entre ellos.

No obstante, en el derecho inglés se plantea una situación muy curiosa cuando el representante celebra el acto sin manifestar a la otra parte su calidad de tal, o sea, cuando el acto se ha celebrado sin que haya habido "contemplatione domini".

Conforme acabamos de verlo, tanto en nuestro derecho como en el derecho alemán y suizo, faltando la "contemplatione domini" no se produce representación; falta uno de sus elementos esenciales.

En el derecho inglés, en cambio, el tercero contratante que después tiene conocimiento de la existencia de un principal, esto es, de un representado, para quien actuaba su contraparte, tiene derecho de exigir el cumplimiento de la obligación tanto a aquel como a ésta. Puede elegir, pues, libremente, entre el representante o el representado, aún cuando aquel haya actuado a nombre propio.

Esta es, en líneas generales, la doctrina del "undisclosed principal", o sea, de la representación que opera aún cuando no se haya manifestado su existencia al tercero contratante.

Recordemos, ahora, que al hablar de la representación en el derecho positivo expresábamos que en la legislación inglesa existe una institución, la "agency", que aparece como la expresión más pura de la representación.

La "agency", cuyo nombre nos resulta difícil traducir por presentar características que la constituyen inclasificable dentro de nuestras instituciones jurídicas, aparece como un vínculo creado entre dos personas, principal y agente, cuyo objeto exclusivo es, precisamente, la representación del primero por el segundo.

Pues bien, es posible, dentro de esta institución, que el agente celebre el acto en nombre propio, pero por cuenta de su principal. En este caso, y es, precisamente, lo original del derecho inglés, el tercero puede probar, aún por testigos, que el verdadero interesado en el negocio no es el agente sino el principal y obligar a éste, por lo tanto, al

¹⁷⁶ art. 164 inc. 11 del Código civil alemán.

¹⁷⁷ art. 32 inciso tercero

cumplimiento del acto o contrato celebrado con el agente.

Tenemos, entonces, que en la legislación anglosajona basta la existencia objetiva del vínculo "agency" entre el principal y el agente para que se produzcan los efectos característicos de la representación, aún cuando no se haya manifestado exteriormente al celebrarse el contrato.

Advertimos, sí, que conforme a esta doctrina del "undisclosed principal", el representante aparece obligado conjuntamente con el representado frente al tercero, y sólo una vez que éste elige al uno o al otro, deduciendo contra el elegido la acción de cumplimiento del contrato puede el representante quedar desligado del acto que celebró por cuenta de su principal.

De modo que si bien es cierto que a pesar de la falta de la "contemplatione domini" existe, en el derecho inglés, representación del principal por el agente, no lo es menos que ella no aparece claramente definida. En efecto, la representación se caracteriza por la creación de un vínculo directo entre el tercero y el representado, con exclusión absoluta del representante, lo que aquí no sucede sino en virtud de la elección efectuada por el tercero. De todos modos, la doctrina del "undisclosed principal" revela las consecuencias importantísimas que acarrea la objetivización del derecho.

Efectivamente, mientras que en el nuestro la "contemplatione domini" aparece como un elemento subjetivo, que se traduce en la intención de las partes de celebrar el acto o contrato por cuenta de un tercero, en el derecho inglés ella aparece como un elemento netamente objetivo: la existencia del vínculo "agency" entre representante y representado. Habiendo, pues, "agency", hay representación, aún cuando al celebrar el contrato el tercero no haya tenido conocimiento de estas circunstancias.

En esta forma, la situación del tercero contratante presenta caracteres de seguridad y de justicia de que carece en nuestro derecho, nada más fácil para el tercero que probar la existencia de las relaciones de "agency" entre principal y agente, para afectar al primero a las consecuencias del contrato celebrado por el segundo.

En el derecho latino, en cambio, es menester la prueba, siempre difícil, de un elemento intencional, "la contemplatione domini", y si el representante se empeña en negar su actuación como tal, el tercero quedará entregado a la solvencia, la mayoría de los casos dudosa, de un mandatario respecto del cual es posible no haya querido obligarse.

Las ventajas del sistema inglés son, a nuestro juicio, indiscutibles.

PARRAFO TERCERO. EL PODER DE LA REPRESENTACION

I.—Para que exista representación se requiere que el representante actúe en virtud de un poder legal o convencional.

Entramos, ahora, al estudio de la tercera y última condición que exige el artículo 1448 de nuestro Código civil, para que haya representación.

Dice ese artículo: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado

por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo".

Aparece, así, como una condición esencial de la representación, la facultad del representante, emanada de la voluntad del representado o de la ley, para actuar en nombre de éste último. En otras

palabras, el poder de representación es esencial para que ésta exista.

No podría ser de otra manera; como dice Hupka, "obrar en nombre de otro implica siempre un acto de disposición sobre un círculo de derecho ajeno, y sería tanto como destruir las fronteras que separan a las distintas esferas jurídicas individuales, atribuir, sin más ni más, a una persona la facultad de otorgar o aceptar en nombre de otra declaraciones que entrañen un vínculo de derecho" (¹⁷⁸).

De aquí, entonces, que en todas las legislaciones se exija como condición indispensable para la existencia de la representación la del poder de representar.

Como lo dice el mismo artículo 1448, el poder en virtud del cual actúa el representante, puede emanar de la ley o de la voluntad del representado.

Cuando emana de la ley, la situación es sencilla. Normalmente un individuo afecta su propio patrimonio a las consecuencias de los actos que celebra, porque su capacidad de acción se halla limitada a la esfera jurídica que la ley le atribuye, esto es, a su patrimonio.

Esta situación sufre excepciones cuando la ley priva a un individuo de la facultad de ejercitar sus derechos. En este caso el legislador se ve en la necesidad de otorgar a otro individuo esa capacidad de ejercicio que le niega al primero. La persona a quien se confiere esta facultad aparece, así, con una doble capacidad: por una parte, la suya propia, la capacidad normal de que goza todo individuo para disponer de "su patrimonio, y por la otra, una capacidad extraordinaria, anormal, para disponer de un patrimonio ajeno; es decir, para disponer del patrimonio del incapaz.

Esta situación es, naturalmente, excepcional y se requiere una disposición expresa para que se produzca.

Si esa disposición existe, el problema es sencillo: el representante actúa en virtud del poder que la ley le confiere y será ésta misma la que determine los límites y extensión del mismo.

Veamos, ahora, el poder que emana de la voluntad del representado y al que comunmente se denomina poder convencional.

En el párrafo tercero del Libro primero de éste estudio, hemos visto ya la diferencia que existe entre poder y mandato. Son éstas dos instituciones diferentes que durante mucho tiempo permanecieron confundidas, en tal forma que se las empleaba como términos sinónimos. Cuando una persona facultaba a otra para efectuar un acto en que se obligase su propio patrimonio, se decía que otorgaba "un mandato".

No insistiremos en el error que supone tal confusión y nos bastara recordar que mientras el mandato es una convención que; por lo tanto, requiere el consentimiento de

¹⁷⁸ Hupka, ob. cit. introducción.

ambos, mandante y mandatario, y supone obligaciones para éste y eventualmente para aquel, el poder de representación tiene su origen en un acto unilateral, y permite al apoderado disponer, en ciertos límites, del patrimonio del poderdante, sin que por su propia naturaleza, implique obligaciones de ninguna especie para el apoderado.

El poder de representación. facultad de disponer del patrimonio ajeno dentro de los límites que en el mismo acto establece el poderdante, es un acto independiente de las relaciones de derecho que generalmente le sirven de fundamento, como son el mandato, la sociedad, la gestión de negocios, etc. y que, por consiguiente, puede subsistir a la expiración de estas o bien extinguirse antes que esas relaciones causales.

Así, todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato ,será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante (¹⁷⁹). Es decir, habiendo expirado el mandato, subsiste el poder de representación en favor de terceros de buena fe.

En cuanto a la distinción que debe hacerse entre el acto por el cual se confiere poder y el que celebra el representante en virtud de las atribuciones que ese poder le confiere, hemos hablado ya al estudiar la naturaleza jurídica de la representación y muy especialmente al examinar la teoría del "nuntius", sostenida por M. de Savigny.

Recordemos brevemente que este autor considera al representante como el simple mensajero de la voluntad contractual del representado, **manifestada en el poder otorgado al primero.**

Tal concepción es evidentemente equivocada, pues parte de una confusión inaceptable entre el otorgamiento de poder y el acto celebrado por el representante a fin de obtener el resultado querido por el representado.

En efecto, el poder que otorga el representado para que su representante celebre un acto jurídico, no significa otra cosa que la manifestación del consentimiento del primero para los actos jurídicos que, afectando su patrimonio, va a celebrar el segundo.

Cuando una persona otorga poder no manifiesta, pues, voluntad contractual alguna, no ofrece ni acepta un contrato; en su patrimonio no se ha producido modificación alguna por la declaración que ha hecho. Lo que ocurre en virtud de esta declaración es que una persona, el representante, va a ampliar su facultad de disposición, pues podrá ejercitarla no sólo sobre su propio patrimonio, como es lo normal, sino también sobre un patrimonio ajeno, el de su representado. Aquel celebrará un acto cualquiera y en virtud del poder, en vez de afectar su patrimonio a las consecuencias del mismo, podrá afectar el de su representado. Este es el efecto propio y característico del "poder de representación" y eso es lo que persigue el poderdante con su otorgamiento.

En esta forma, el "poder" aparece independiente de las relaciones jurídicas a que generalmente va accediendo y del acto que más tarde efectúa el apoderado en uso de las atribuciones que aquel le confiere.

Tenemos, así, determinado el poder como la consecuencia .directa y exclusiva de un acto jurídico ejecutado con la intención precisa de darle nacimiento. En otras palabras, es

¹⁷⁹ art. 2113 del Código civil.

perfectamente posible que una persona haga una declaración de voluntad cuyo objeto sea, exclusivamente, facultar a una persona para ejecutar actos o celebrar contratos que van a producir todas sus consecuencias jurídicas en su patrimonio.

II.-El otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral.

La primera cuestión que surge en lo que se refiere al poder de representación voluntario es la de saber si debe considerarse el resultado de un acto unilateral o bilateral. En otras palabras, si para que exista poder de representación es menester que haya aceptación de parte del apoderado o si basta la declaración del poderdante.

Los autores contemporáneos, partiendo siempre de la distinción esencial entre el poder mismo de representación y las relaciones legales que a veces lo originan, aceptan casi unánimemente que el acto por el cual se confiere poder a una persona para representar a otra es un acto jurídico, unilateral que existe, por consiguiente, desde el mismo momento en que el poderdante declara su voluntad (¹⁸⁰).

Ha sido abandonado el criterio de algunos tratadistas, de considerar que el acto por el cual se confiere poder de representación a una persona es "un contrato consensual por el cual se obligan recíprocamenteloscontratantes a que los negocios jurídicos que uno de ellos (el apoderado) celebre a nombre de otro (el poderdante) serán considerados, en cuanto a sus efectos, como si los hubiera celebrado este íntimo, (¹⁸¹).

En realidad, tal opinión es el resultado de una confusión de ideas. Para que exista poder de representación, para que una persona se encuentre facultada para disponer del patrimonio de otra, no es necesario que haya aceptación de parte del apoderado.

En efecto, no se concibe la necesidad de la aceptación del apoderado si se tiene en cuenta que "sólo de la voluntad del principal debe depender el que un negocio que haya de constituirse en su nombre le obligue o nó personalmente" (¹⁸²).

Al otorgar poder a un individuo para representar a otro es indiferente la aceptación del apoderado porque de ese poder no nacen para él derechos ni obligaciones de ninguna especie. Su patrimonio no se afecta lo más mínimo por la declaración del poderdante, de la cual sólo se deriva una aptitud jurídica o capacidad extraordinaria en favor del apoderado, para afectar un patrimonio ageno a los derechos y obligaciones de ninguna especie. Su patrimonio no se afecta lo más mínimo por la declaración del poderdante, de la cual sólo se deriva una aptitud jurídica o capacidad extraordinaria en favor del apoderado, para afectar un patrimonio ageno a los derechos y obligaciones que se deriven de sus declaraciones de voluntad. El otorgamiento de poder es un acto que sólo afecta al poderdante, y que por él su patrimonio sufrirá las consecuencias de una voluntad extraña y por lo tanto, lógicamente, es la sola voluntad del representado la que

¹⁸⁰ Falta esta nota.

¹⁸¹ En este sentido Regelsberger, Brinz, Zimmermann, Karlowa, Dernburg, citados por Hupka, ob. cit. p. 89, nota 1 y M. Popesco, ob. cit. p. 263. Laband.

¹⁸² Goldsmichts Zeitschr. f. Handelsr., X. p. 208, cit. Hupka p. 88

dará nacimiento a esa capacidad especial del representante, porque sólo al primero es a quien interesan esos efectos. (¹⁸³)

Así, pues, mientras que la declaración del poderdante es de trascendental importancia para el mismo, por las consecuencias que de ella pueden derivarse en su patrimonio, para el apoderado carece realmente de interés, porque su patrimonio no sufrirá modificaciones en razón de ella.

Falta, en consecuencia, una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado.

Como dice Hupka, que trata detenidamente este punto, "lo que llama a aceptación del poder es o una declaración indiferente para el derecho o la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica, es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato" (¹⁸⁴).

La declaración del apoderado, aceptando el poder, aparece, pues, inútil en el sentido de que deba prestarse para el perfeccionamiento del acto.

Otorgado el poder por la declaración del representado, el representante, si quiere, puede hacer uso de la facultad concedida; si no quiere, no la ejercitará, es indiferente. Su voluntad no juega ningún rol jurídico en el otorgamiento del poder, pues sea que lo ejercite o no, siempre existirá desde el momento mismo en que lo generó la voluntad del poderdante.

Sucede aquí algo parecido a la situación del incapaz que deja de serlo por haber cesado el motivo que la producía. El menor, que llega a la mayor edad, no necesita efectuar una declaración aceptando la capacidad que se le confiere. Ella existe por la sola voluntad de la ley y es indiferente que el afectado declare que la acepta o rechaza. Puede o no hacer uso de la facultad que le confiere la ley, eso es indiferente para la existencia misma de su capacidad. Esta existe por la sola disposición de la ley. En forma semejante, la declaración del representado es suficiente para que el representante tenga capacidad especial para afectar el patrimonio del primero. Su aceptación no tiene razón de ser, así como tampoco tiene importancia, para la perfección del poder, la ejecución o, no ejecución de los actos para los cuales se le autoriza. Si los ejecuta, hace uso de una capacidad que ya le había concedido el representado; en caso contrario, esa capacidad siempre existe, pero no se ha ejercitado.

M. Popesco llama la atención a la circunstancia de que los actos ejecutados por una persona a nombre de otra, sin poder de representarla, se validan retroactivamente por la ratificación del representado.

De manera, que el poder de representación puede otorgarse antes de la celebración del acto por el representante, o bien después. En el primer caso hay otorgamiento de poder y en el segundo, ratificación. En ambos casos los efectos que se producen son idénticos.

¹⁸³ Karlowa, Restgeschäft, p. 59, cit. Hupka, ob. cit. p. 90

¹⁸⁴ Hupka, ob. cit. p. 91, citando a Regelsberger, p. 36.,

Tenemos, entonces, que el otorgamiento de poder aparece como una ratificación anticipada y la ratificación, como un poder otorgado con efectos retroactivos. Existe, pues, similitud de situaciones, un acto equivale a otro y en consecuencia, siendo la ratificación por su propia naturaleza un acto jurídico unilateral es evidente que también ha de serlo el acto por el cual se confiere poder.

Esta opinión ampliamente aceptada en la doctrina alemana, no es, tampoco, extraña en la doctrina francesa, donde ha sido sostenida por eminentes tratadistas, entre los cuales es interesante citar a Troplong, uno de los autores en que se inspiró nuestro legislador en materia de mandato y que define la procuración como un "acto jurídico unilateral, que existe antes de la aceptación del mandatario" (¹⁸⁵).

M. Bouquier en su tesis citada dice que "la procuración es una declaración unilateral de voluntad, por la cual una persona, llamada el representado, dá a otra, llamada el representante, el poder de hacer cualquier cosa para la primera y en su nombre, en una palabra, de representarla" (¹⁸⁶).

Esta es, entonces, la situación de la doctrina moderna en lo que respecta a la naturaleza del acto por el cual se confiere poder. Se le considera, pues, tanto en la doctrina francesa como en la alemana un acto jurídico unilateral, para cuya existencia, consiguientemente no es necesaria la aceptación del apoderado, porque ella carece de importancia, dada la naturaleza misma del acto y los efectos que de él se derivan. El poder existe y produce todas sus consecuencias jurídicas por la sola declaración de voluntad del poderdante.

Nuestro Código, en cambio, no ha considerado en parte alguna el acto por el cual se confiere poder como un acto jurídico independiente.

El poder voluntario de representar aparece siempre como una consecuencia exclusiva del mandato, en tal forma que, como lo hemos visto ántes, puede existir mandato sin representación, pero no puede existir poder convencional de representación sin mandato.

Así tenemos, entonces, que para que haya poder de representación convencional es menester que haya mandato y, por lo tanto, es necesario la aceptación del apoderado.

De esto no cabe duda si consideramos una serie de disposiciones establecidas por el legislador en el título del mandato, de las cuales aparece el poder de representación como un elemento de la naturaleza o bien accidental de ese contrato.

Desde luego, sabemos que "el mandato no confiere **naturalmente** al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración" y que "para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial" (¹⁸⁷).

Es decir, el mandato lleva envuelto el poder de representación del mandatario en

¹⁸⁵ Troplong, Du Mandat. París, 1846, cit. Popesco 263.

¹⁸⁶ Bongaier, ob. cit. p. 59, cit. Popesco, ob. cit. p. 263.

¹⁸⁷ art. 2132 del Código civil.

favor del mandante, para ciertos actos, los de administración. Para los demás actos, será menester poder especial, es decir, **una estipulación expresa accediendo al mismo contrato** de mandato. Así, el poder de representación, amplio o restringido, para actos de administración o para otros actos, aparece **siempre como** una consecuencia necesaria del mandato, sin el cual no se concibe su existencia.

Más adelante, pero siempre en el título del mandato, el legislador da una serie de reglas para la interpretación de la extensión de los poderes, en forma que resalta extraordinariamente su criterio de considerar el poder de representación como un elemento del contrato a cuyo estudio dedica el título en que se encuentran estas disposiciones. Así, establece que "la facultad de transigir no comprende la de comprometer ni viceversa" y que "el mandatario no podrá deferir el juramento decisorio sino a falta de toda otra prueba" (¹⁸⁸); que "el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio" (¹⁸⁹) y que "la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa" (¹⁹⁰).

Por otra parte, al definir la agencia oficiosa, nos dice que es un "cuasi contrato por el cual el que administra **sin mandato** los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos" (¹⁹¹).

El legislador no dice que se trata de un individuo que representa a otro "sin poder", sino "sin mandato", porque a su juicio, la canónica fuente voluntaria del poder de representación es el mandato.

Más claramente aparece este criterio, todavía, en el Código de procedimiento civil, en el que se establece expresamente que "cuando se ausentare de la República alguna persona dejando procurador autorizado para obrar en juicio o encargado con poder general de administración, todo el que tenga interés en ello podrá exigir que tome la representación del ausente dicho procurador, **justificando que ha aceptado el mandato espresamente o ha ejecutado una gestión cualquiera** que importe aceptación" (¹⁹²).

He aquí la aplicación más pura del concepto que pretende ver en el poder voluntario de representación un mandato entre poderdante y apoderado y considera el otorgamiento de poder como una relación contractual entre poderdante y apoderado.

Este criterio merece, a nuestro juicio, dos objeciones fundamentales.

La primera consiste en que el otorgamiento de poder, sea un acto jurídico unilateral o bilateral, tiene una fisonomía jurídica propia y vida independiente. En forma que puede haber poder convencional de representación sin mandato, como asimismo mandato sin

¹⁸⁸ art. 2141 del mismo Código.

¹⁸⁹ art. 2142 del mismo Código.

¹⁹⁰ art. 2143 del Código civil.

¹⁹¹ art. 2286 del mismo Código.

¹⁹² art. 12 del Código de Proced. civil.

poder voluntario de representación. Nuestro Código, con muy buen criterio, concibió lo último, esto es, que puede existir mandato sin poder de representación, pero omitió considerar, y ese es el error, que puede existir poder voluntario de representación sin mandato, empleando estos términos en el sentido estricto en que los toma la doctrina moderna.

Se trata, pues, de situaciones distintas, que suponen relaciones diferentes.

El señor Estrada Mayorga, en su Memoria de Prueba de Licenciado, señala las numerosas diferencias que existen entre ambas relaciones (¹⁹³). Nosotros nos limitaremos a exponer la más importante. Mientras que por el mandato el mandatario **contrae la obligación de actuar**, se obliga a ejecutar un acto o efectuar un negocio en tales o cuales, condiciones, el otorgamiento de poder confiere sólo un derecho, una facultad jurídica al apoderado; nace para éste una capacidad jurídica. extraordinaria que le habilita para ejecutar actos que afectarán el patrimonio ajeno y no su propio patrimonio.

En una palabra: por el mandato, el mandatario debe hacer algo; por el otorgamiento de poder, el apoderado puede hacer algo.

De aquí que, a nuestro juicio, el legislador haya debido contemplar el otorgamiento de poder, sea como un contrato, sea como un acto jurídico unilateral, pero siempre como una relación de derecha autónoma.

Por lo demás, es la solución que impone la realidad misma de las cosas. En infinidad de casos de la vida diaria podemos contemplar la existencia de poderes voluntarios que no implican mandato.

Así, el accionista de una Sociedad anónima, que confiere poder a una persona para que lo represente en las deliberaciones de la Junta. General, sin imponerle ninguna obligación, ni siquiera la de asistir, envuelve un poder de representación voluntario que no entraña mandato.

La compañía que hace una oferta a sus clientes, señalándoles un plazo dentro del cual deben aceptarla o rechazarla, dirigiéndose para ello a una persona a quien designa al efecto, otorga un poder de representación sin que exista mandato, porque el representante no ha contraído obligación alguna.

Por esto concluimos nosotros que el poder voluntario de representación, sea acto unilateral o contrato, no envuelve necesariamente mandato, así como éste, de acuerdo con los artículos 2151 del Código civil y 254 del de comercio, no envuelve necesariamente la idea de representación.

La segunda objeción que merece el criterio que en esta materia ha seguido nuestro Código deriva también, de la circunstancia de considerarse el poder voluntario de representación como un elemento del mandato y de exigir, por lo tanto, la aceptación del representante para la eficacia del poder.

A nuestro juicio, el acto por el cual se confiere a una persona, poder de representar a otra es un acto jurídico unilateral, que tiene existencia y plena eficacia jurídica por la sola

¹⁹³ Juan Estrada Mayorga; De la representación en los actos jurídicos., p. 26 y 27.

voluntad del poderdante y sin que sea necesaria la aceptación del apoderado.

Desde luego, razones de lógica nos inducen a pensar así. Porque si analizamos la naturaleza del poder de representación debemos, concluir, conforme lo hemos expresado reiteradamente, que él no es otra cosa que una aptitud jurídica, una capacidad anormal, que, emanando de la voluntad del representado, podrá ser puesta en juego por el apoderado, si quiere. Consiguientemente, falta una razón lógica para exigir aceptación del apoderado respecto de un acto que en nada le afecta, que no le impone una sola obligación ni le concede un sólo derecho y que puede poner en ejercicio o no, a su entero arbitrio: debiendo observarse, además, que la ejecución del acto para el cual se le autorizaba, o facultaba, no le acarrea, tampoco, consecuencias de ninguna especie, ya que de el simple poder no se derivarán jamás obligaciones convencionales para el apoderado.,

Agreguemos a esto qué la aceptación del apoderado aparece notoriamente inútil.

Si yo concedo poder a una persona para que compre una casa en mi nombre y ella acepta el poder, no manifiesta su voluntad de obligarse a comprar en mi nombre, sino la de ser mi apoderado y tener en consecuencia, esa capacidad extraordinaria para efectuar el acto obligándome a mí. Antes de aceptar y después de haber aceptado, la situación es, naturalmente, la misma: el apoderado tiene facultad de comprar la casa a mi nombre, pero no tiene obligación alguna de hacerlo. Que objeto tenía, entonces, su aceptación? Ninguno.

Ahora bien, si el apoderado, en vez de aceptar el poder manifiesta su voluntad de ejecutar el encargo y se obliga a ello, no se tratará de una aceptación del poder (inútil, como lo hemos dicho), sino de la aceptación de un mandato, que le impone ciertas obligaciones al aceptante y algunas eventuales al oferente.

En esta forma, el otorgamiento de poder aparece como un acto que interesa exclusivamente al poderdante y en consecuencia, es su sola voluntad la que debe engendrarlo. La aceptación del apoderado, en su exclusiva calidad de tal, no tiene razón de ser.

Este criterio ha sido adoptado por el Código alemán, el que establece expresamente que "el poder se dará **por declaración** hecha al apoderado o **a un tercero** respecto del cual deba tener lugar la representación" (¹⁹⁴).

Así zanjó este Código las discusiones que se habían suscitado entre los juristas alemanes respecto de la naturaleza jurídica del acto por el cual se confiere poder. El Código Alemán lo considera como un acto jurídico unilateral; como una declaración del poderdante, hecha al mismo apoderado o al tercero respecto del cual se va a producir la representación.

El Código suizo, antes de la revisión del año 1912, se refería, en sus artículos 39 al 42, a los poderes que., emanan de un contrato. Los redactores del Código de las obligaciones de 1912 cambiaron de criterio y ya no hablaron de "contrato" sino de "acto jurídico".

¹⁹⁴ art. 167 del Código civil Alemán.

Así, el artículo 33 de ese Código, en su inciso segundo, trata de "los poderes que emanan de un acto jurídico"; al artículo 34 expresa que: "el representante tiene, en todo tiempo, el derecho de restringir o de revocar los poderes que emanan de un acto jurídico" y el artículo 35 refuerza este criterio, cuando comienza diciendo: "Los poderes que emanan de un acto jurídico se extinguen..."

Este es el concepto, pues, que la doctrina y la legislación positiva contemporáneas han adoptado respecto de la naturaleza jurídica del acto por el cual se confiere poder y esperamos que éste sea, también, el que adopte la nuestra en una próxima revisión legislativa.

Por ahora, dejamos sólo enunciados los puntos esenciales que deben contemplarse en ella y que podríamos resumir en dos:

1.º—Considerar el otorgamiento de poder como un acto jurídico independiente de los que generalmente sirven de fundamento al poder de representación, como son la sociedad, el arrendamiento de servicios y especialmente al mandato.

2.º—Consagrar en nuestro derecho su verdadero naturaleza jurídica, de acto unilateral en que no es necesaria, por lo tanto, la aceptación del apoderado. Estamos en presencia de una declaración unilateral de voluntad cuya consecuencia jurídica es el poder de representación.

Este es, en su esencia, el criterio que debe adoptarse si se pretende introducir en el Código chileno la teoría moderna de la representación, con todas las consecuencias que ella acarrea.

III.—Consecuencias que se derivan del poder — declaración unilateral de voluntad.

De la circunstancia de que en nuestra legislación el poder convencional de representación se derive del mandato, se deducen una serie de conclusiones que están en desacuerdo con el criterio de la doctrina moderna.

Desde luego, no existirá poder de representación sin conocimiento del representante, puesto que su consentimiento es necesario para la perfección del contrato que le dá origen. Nuestro Código establece expresamente que "el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario" (¹⁹⁵). De manera que para que haya, poder de representación es necesario que exista mandato, ya que ésta es la fuente del poder de representación voluntaria y para que haya mandato, se requiere consentimiento del mandatario o apoderado.

La legislación alemana, aceptando el criterio del poder-declaración unilateral del poderdante, establece, por el contrario, "que el poder se dará por declaración hecha al apoderado o a un tercero respecto del cual deba tener lugar la representación" (¹⁹⁶).

Acepta el Código alemán, entonces, que es innecesario el conocimiento del

¹⁹⁵ art. 2124 del Código civil

¹⁹⁶ art. 167 del Código civil alemán.

apoderado del poder que le ha sido conferido por el poderdante; basta que se haya comunicado al tercero interesado que ha habido otorgamiento de poder para que éste sea perfecto, aún cuando el representante lo ignore.

Una disposición de nuestro Código Civil podría dar margen, a que se considerase que el legislador admitió, sin embargo, la validez y eficacia de un poder comunicado a un tercero, sin conocimiento del apoderado. En efecto, "la diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, **o por un simple mandato comunicado al deudor**" (¹⁹⁷).

La situación que plantea la frase subrayada es la siguiente: A, ordena a B que pague cierta cantidad que le debe, a C. B, en cumplimiento del encargo, se dirige a C. y quiere pagarle, pero éste manifiesta que no acepta el poder y se niega a recibir el dinero. Entonces B. se dirige a un Banco y deposita el dinero a nombre de C.

Y surge la cuestión: Se ha extinguido o no la obligación de B. respecto de A.?

Aceptando el criterio actual, habría que concluir que la obligación se había extinguido porque el pago está bien hecho, ya que, en la doctrina moderna, no es necesario el consentimiento del apoderado, ni tampoco su conocimiento, para que exista válidamente el poder de representación. En nuestro ejemplo, B habría pagado al legítimo representante de A.

Dentro de nuestro Código y de la doctrina de nuestros Tribunales la obligación de B. no se ha extinguido, porque C. no aceptó el mandato y consiguientemente, no era representante del primero (¹⁹⁸).

A nuestro juicio, la razón se halla, evidentemente, en la primera solución y la deuda debe extinguirse, en el ejemplo propuesto, sin desconocer que dentro de nuestro derecho positivo es muy difícil hacer encuadrar tal solución.

Otra consecuencia importante, derivada de la circunstancia de considerar el poder de representación derivado del mandato, es la de que la declaración del poderdante, confiriendo poder, debe dirigirse al representante, para que acepte, y no a los terceros a quienes interese la existencia de la representación. Advertimos que no nos referimos a la situación que se produce cuando, otorgado válidamente un poder y aceptado, el poderdante procede a su publicación. En este caso se trata de una medida voluntaria de publicidad, destinada a facilitar las transacciones con el representante. Esta publicación tiene importancia como lo veremos después, para el efecto de la interpretación de la extensión de los poderes, pero en nada afecta a la existencia de los mismos.

En el derecho alemán, en cambio, Siendo el acto por el cual se confiere poder una simple declaración de voluntad del poderdante, la publicación del poder, comunicada a los terceros a quienes puede afectarles, significa el nacimiento mismo del poder y consagra su existencia. Recordemos la disposición del Código alemán que establece "El poder se dará por declaración hecha al apoderado o a un tercero respecto del cual deba tener lugar la representación" (¹⁹⁹).

¹⁹⁷ art. 1580 del Código civil.

Resumiendo, entonces, lo expuesto hasta ahora, diremos con Hupka que el apoderamiento "es un acto jurídico, autónomo en relación con el negocio causal concluido entre el principal y el representante, y por el cual es facultado u obligado el último a la representación, y autónomo en relación con el negocio principal realizado por el representante. No es un contrato entre poderdante y apoderado, sino un acto jurídico unilateral, que ni siquiera exige el conocimiento por parte de las personas que actúan en el negocio principal. Por último, no va dirigido exclusivamente ni a la persona del representante ni al tercero, sino que lo mismo puede ser comunicado al uno que al otro, y en su caso, al público" (²⁰⁰).

En nuestro derecho, en cambio, ni es un acto autónomo ni unilateral. Por el contrario, siendo una consecuencia del mandato, es originado por una relación contractual, de la que se deriva y aunque tiene por objeto crear relaciones externas entre el mandatario y terceros, ha de dirigirse a aquel cuyo consentimiento es esencial para la existencia del poder de representación.

IV.—Formalidades a que se halla sujeto el otorgamiento de poder.

La regla general que rige en esta materia es la de que el acto por el cual se confiere poder de representación no se halla sujeto a formalidad alguna. El encargo que es objeto del mandato, dice nuestro Código civil, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra (²⁰¹).

La cuestión surge cuando el negocio para el cual se confiere poder exige, para su perfeccionamiento, la existencia de ciertas solemnidades, como ocurre en el caso típico del poder otorgado para vender una bien raíz. En este caso, será necesario que en el poder se llenen las formalidades exigidas para la celebración del negocio encomendado?

Si se admitiese el criterio de Savigny, que considera al representante como un simple mensajero de la voluntad del representado es evidente que la declaración de éste debería formularse con las formalidades que la ley requiere para el negocio principal que se va a realizar, puesto que es **su voluntad**, concurriendo con la del tercero, la que daría nacimiento al acto representativo.

No sucede lo mismo en el sistema moderno, que considera la voluntad del representante, concurriendo con la del tercero, como la generadora del acto encomendado.

Aceptado este criterio, es evidente que, el acto por el cual se confiere poder, no significando manifestación contractual de voluntad de parte del representado, no debe quedar sujeto a formalidad alguna; es el representante, con el tercero, quienes deben formular su voluntad cumpliendo con las 'prescripciones de forma que la ley exige en el

¹⁹⁹ art. 167 del Código civil alemán.

²⁰⁰ Hupka, ob. cit. p. 109.

²⁰¹ art. 2123 del Código civil.

contrato que van a celebrar.

Consiguientemente, el consentimiento que dá el poderdante para que el apoderado celebre por su cuenta y en su nombre un acto solemne, no queda sujeto a las formalidades que en este acto se exigen.

Este es, también, el principio general que formulan los autores modernos en lo que respecta a las solemnidades que debe llenar el acto por el cual se confiere poder cuando éste autoriza al representante para celebrar un acto solemne.

Sin embargo, hay casos en que por excepción, se estima por la doctrina que el otorgamiento de poder debe llenar las solemnidades que se exigen en el acto cometido. Estos casos son, en términos generales, los siguientes

1.—Aquellos en que la solemnidad del acto que se encomienda tiene por objeto hacer que el contratante reflexione sobre la importancia del mismo, atendiendo a las graves consecuencias que de ese acto se derivarán para él. En este caso sería inútil que el representante cumpliera con tales formalidades, ya que la reflexión y estudio del acto que se va a celebrar tiene interés para el representado, que es el que va a experimentar en su patrimonio las consecuencias del mismo. De aquí entonces, que en estos casos debe ser el representado, al conferir el poder, quien se sujete a ellas, transformándose, de esta manera, el otorgamiento de poder de acto consensual en acto solemne.

2.—Aquellos en que la solemnidad exigida tiene por objeto garantizar la autenticidad de la voluntad manifestada por el obligado, a fin de dejar claramente establecidos los derechos del tercero contratante.

En este caso es evidente que el poder ha de otorgarse en forma solemne, que garantice ampliamente la efectividad de la voluntad del representado.

3.—Aquellos casos en que una disposición expresa de la ley exige que el otorgamiento de poder cumpla con determinados requisitos de forma. Se trata, entonces, de situaciones excepcionales en que existen razones de peso que han inducido al legislador a dar mayor gravedad y trascendencia al acto en que se otorga poder.

Fuera de estos casos, no hay razón alguna para exigir que el acto por el cual se confiere poder a una persona para representar a otra, reúna los requisitos de forma que la ley exija en el acto para cuya celebración se confiere. Por lo tanto, podría otorgarse un poder en forma verbal, por instrumento privado, etc., autorizándose al representante para la celebración de un contrato solemne, y este es el criterio que, sin perjuicio de las excepciones anotadas, acepta la doctrina contemporánea.

Nuestro Código Civil, al pronunciarse sobre este punto; expresa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico, (²⁰²).

La jurisprudencia casi unánime de nuestros Tribunales interpreta esta disposición en

²⁰² art. 2123 del Código civil.

el sentido de que el acto por el que se confiere poder, ha de llenar las mismas condiciones de forma que el acto cometido. Y así, en innumerables sentencias de nuestros Tribunales se ha establecido que el mandato otorgado para celebrar un contrato de compraventa de un bien raíz ha de constar por escritura pública, (²⁰³).

Esta interpretación, que en la doctrina actual resulta exagerada, tiene cierta base dentro de nuestro derecho positivo, en que no existe un principio general que establezca la regla contraria, con las excepciones que hemos anotado y que, en cambio, se refuerza por la disposición del art. 2123 del Código civil, ya citado.

Por esta razón, se hace necesario que en nuestra legislación se sienta, como principio general, que el acto por el cual se confiere poder no debe cumplir con las solemnidades que se exigen en el acto para el cual se autoriza al representante, estableciéndose, al mismo tiempo, los casos en que, por excepción, el acto por el cual se confiere poder ha de ser solemne.

No habiéndolo hecho así nuestro Código y existiendo interés en ciertos casos, de que el que autoriza a otro para ejecutar actos de disposición sobre su patrimonio reflexione acerca de la gravedad que tal acto reviste para él, nos parece que el criterio de nuestros Tribunales es conveniente, al elevar esos casos excepcionales a la categoría de regla general y de exigir, siempre, las solemnidades del acto que se encomienda, no sólo en la celebración del mismo, sino, también en la autorización del representado para que se efectúe. Ello significará una traba o requisito inútil en ciertos casos, pero que se compensa por el resguardo que significará en los demás casos, para el patrimonio del representado.

Dentro del Código de Procedimiento Civil tenemos, en cambio, una disposición expresa que eleva el acto por el cual se constituye poder a la categoría de acto solemne.

En efecto, para obrar "como mandatario se considerará poder suficiente, dice el Código citado: 1.º el constituido por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad; 2.º el que conste de una acta estendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y suscrita por todos los otorgantes; y 3.º el que conste de una declaración escrita del mandante autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa. (²⁰⁴).

Y todavía, se impone al representante una obligación que no existe en materia civil, la de exhibir el título que acredita su representación. En efecto, establece el mismo Código que "el que comparezca en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación" (²⁰⁵).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido muy estricta al respecto y ha considerado la obligación del representante de exhibir el título que acredita su representación, como una condición esencial para que esta exista (²⁰⁶).

²⁰⁴ art. 8.º del Código de procedimiento civil.

²⁰⁵ art. 7.º inc. I del mismo Código.

O-O-O

El Código alemán que, como lo hemos visto en repetidas ocasiones, aplica en sus disposiciones el concepto moderno de la representación, sienta un principio diametralmente opuesto al aceptado por nuestros Tribunales, y expresa: "El poder se dará por declaración hecha al, apoderado o a un tercero respecto del cual deba tener lugar la representación. **Esta declaración no deberá hacerse en la forma exigida para el acto jurídico que sea objeto del apoderamiento**" (²⁰⁷).

He aquí, pues, el principio general que propiciábamos al estudiar la doctrina que impera en esta materia, consagrado ampliamente en la legislación alemana, En ella se aceptan, asimismo, las excepciones que al estudiar ese punto señalábamos al principio formulado, y por las mismas razones que también indicábamos (²⁰⁸). Pero estas excepciones deben hallarse contempladas en un texto expreso de la ley, pues en caso contrario, entrará a regir la regla general del art. 167 del Código civil, según la cual no se exige solemnidad alguna en el apoderamiento, aún cuando el acto que sea objeto de él se halle sujeto a formalidades.

El derecho inglés, sin embargo, sienta principios análogos a los establecidos en nuestro Código, porque si bien es cierto que la designación de "agente" (es decir, de representante), no es solemne y, por lo tanto, puede efectuarse oralmente o por simple escritura privada, cuando se trata de la designación de agente para un acto solemne. es menester que se efectúe cumpliendo con las mismas solemnidades que se exigen en el acto cometido. (²⁰⁹).

En el derecho suizo se adopta un Criterio análogo, pues «cuando la ley subordina a una forma particular la validez de la declaración de voluntad. es imposible tomar en cuenta una voluntad manifestada en otra forma o una voluntad resultante de presunciones": (²¹⁰).

Tal es la situación, pues, de la legislación extranjera en lo que se refiere a la forma que debe adoptar la constitución del poder de representación cuando el acto que es objeto de él es solemne..

²⁰⁶ En efecto, una sentencia recaída en un recurso de casación en la forma, de 21 de Julio de 1905, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, 2.a parte, sec. primera, p. 57, establece la siguiente doctrina: «El que comparece en juicio a nombre de otro debe exhibir el título que acredite su representación o rendir a satisfacción del Tribunal la fianza de rato dispuesta por el art. 7 del Código da procedimiento civil. Los actos que un tercero ejecute en juicio a nombre de otro sin sujetarse a estas formalidades, son actos de mera intrusión que no obligan al supuesto representado *aunque existiera poder otorgado por éste* y que es exhibido después por la parte contraria, interesada en que se considere a su contendor presente en el juicio»

²⁰⁷ art. 167 del C. Civil alemán

²⁰⁸ arts. 77, 518, 1560 del mismo Código

²⁰⁹ Story, ob. cit. p. 45

²¹⁰ Sentencia de los tribunales suizos, citada por M.. Popesco, ob. cite, p. 654.

Como vemos de lo expuesto, la mayoría de ellas sigue el mismo criterio que inspira a nuestro Código, aún cuando la doctrina moderna lo rechaza y no exige formalidad alguna en la constitución del poder, salvo excepciones calificadas.

Sin embargo, nosotros, en doctrina, aceptarnos ampliamente éste último criterio, reconociendo, naturalmente, que deben contemplarse las excepciones citadas y que indicábamos oportunamente.

V. — Poderes aparentes-presunciones de poder.

Conforme acabamos de exponerlo en el acápite que antecede, fuera de los casos en que se confiere poder a una persona para la celebración de un acto solemne, la ley no exige formalidad alguna en el otorgamiento de poder.

Como dice nuestro Código, el encargo que es objeto del mandato, y consiguientemente, el poder de representación que lleva naturalmente envuelto este contrato, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra (²¹¹).

Pero la doctrina, y aún la legislación positiva, van más allá y aceptan que en ciertos casos en que, no existiendo poder de representación, ha podido creerse que existe, sea por las circunstancias en que se celebró el acto representativo, sea por la conducta que observó el pseudo representado, o por otra causa cualquiera, se produzcan los mismos efectos que si realmente se hubiera celebrado el acto en virtud de poderes legalmente constituidos.

La ley considera que en estos casos existe de parte del representado mala fé o simple negligencia, cuyas consecuencias deben pesar sobre él y no sobre la parte engañada por esas apariencias. La buena fé del tercero aparece, ante el legislador, más digna de protección que el representado que culpablemente ha dejado de destruir, mediante las oportunas reservas, una apariencia que él mismo creó" (²¹²).

Un ejemplo claro de la aplicación de este criterio lo encontramos en el derecho inglés, en la llamada "agency by estoppel".

El estoppel es un principio según el cual una persona no puede sostener algo que aparece contradiciendo su actitud anterior (²¹³).

Existe, entonces, "agency by estoppel" cuando una persona asume la actitud, de un poderdante, en forma que de esa actitud cualquiera persona puede inferir que está tratando con un agente debidamente autorizado, El pseudo representado no podría alegar, en esta situación, frente al tercero, que ese agente carece de poder para representarlo; como dice el mismo Popesco, el principal estará "estopped" de negar la

²¹¹ art. 2123 del Código civil.

²¹² Hupka, ob. cit. p. 119

²¹³ Popesco, ob. cit. p. 564.

relación de agencia (²¹⁴).

He aquí, pues, una aplicación lisa y llana del criterio que considera, conforme lo expresábamos al comienzo de esta materia, que cuando de dos personas, una de ellas debe sufrir perjuicios por el hecho de un tercero, el que ha dado ocasión a éste para producir los perjuicios es quién deberá soportarlos. Y en este caso, es el pseudo representado el que ha dado origen, con su actitud, al error del tercero contratante, por lo que no debe ser éste sino aquel quien soporte los perjuicios que de este error se deriven.

No ya en el derecho positivo, como sucede en Inglaterra, sino en la jurisprudencia, encontramos en Francia aplicado el mismo principio que se funda, según el eminente maestro Demogue, en que la representación reposa, por necesidad práctica, "ménos sobre la voluntad o la declaración de voluntad del representado que sobre la voluntad aparente de éste. La seguridad dinámica así lo exige" (²¹⁵).

Así, una sentencia de la Corte de Casación francesa de 24 de julio de 1901, resolviendo un caso en que el hijo de un cliente de una Sociedad comercial se presentó a ésta con una carta de su padre, en la que había falsificado la firma del padre confiriéndose poder para recibir mercaderías que éste había adquirido de dicha sociedad, estableció que dicha sociedad "no podría ser declarada responsable de la pérdida de las mercaderías, puesto que no se había acreditado respecto de ella ninguna circunstancia de la cual se pudiera inferir que la sociedad habría debido saber que la firma no era la del signatario o que su hijo no había recibido de él poder de percibir.

He aquí, pues, en la jurisprudencia francesa, la aplicación más amplia de la teoría de los poderes aparentes, aplicación que, por lo mismo, ha merecido objeciones de algunos comentadores (²¹⁶).

En esta situación, qué criterio adopta nuestro Código civil? Siguiendo la línea de conducta que se ha trazado nuestro legislador a través de todas las instituciones, también en esta materia ha adoptado un criterio que podríamos llamar eclético, porque si bien protege eficazmente a los terceros de buena fe, no dá a esta protección el alcance desmedido que le ha asignado la legislación inglesa y la jurisprudencia francesa.

En efecto, el legislador chileno ha establecido, como ya lo habíamos dicho a propósito de las solemnidades a que se halla sujeto el otorgamiento de poder, que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra..."

En esta frase final se advierte, a la simple lectura, una situación bastante parecida a la que habíamos conocido en el derecho inglés en la "agency by estoppel" y a la que habíamos considerado al tratar de la doctrina de los poderes aparentes, si bien con algunas diferencias.

²¹⁴ Popesco, ob. cit. p. 565-566.

²¹⁵ Demogue, ob. cit. tomo I, p. 191.

²¹⁶ Ver los comentarios de M. Demogue, que aparecen en la misma obra de M. Popesco, ob. cit. p. 271.

En efecto, el principio que informa en esta materia es el de que, como decía M. Popesco, si de dos personas que pueden sufrir los perjuicios de un tercero, una ha dado motivo a que el tercero los ocasione, ésta que ha dado ocasión a los perjuicios es quien debe soportarlos exclusivamente.

Pues bien, en el caso de "aquiescencia tácita" del representante de que habla nuestro Código, no es otra la situación que se presenta. Un individuo está gestionando los negocios de otra, que nada dice al respecto. Los terceros de buena fé creen que el representante tiene poder para actuar por el representado silencioso. Este, con su mutismo, deja que los terceros incurran en ese error y por su negligencia en hablar y en destruir una situación equívoca, permite que esos terceros celebren contratos que serán ineficaces, por la falta de poder del pseudo representante, con evidente perjuicio para sus intereses.

El legislador, entonces, salva la situación estableciendo un mandato tácito, fundado en una voluntad presunta del representado, voluntad **cuya existencia real es indiferente**, porque el tal mandato tácito no tiene otro objeto que proteger exclusivamente a los terceros, que por la negligencia del representante han podido creer que existía.

La diferencia entre esta situación y la de los poderes aparentes, en estricta doctrina, es que en el caso de los poderes aparentes no existe poder, pero la ley ha obligado al pseudo representado a cumplir los contratos celebrados en su nombre por el pseudo representante, como una sanción por su culpa o negligencia, mientras que en el caso de nuestro Código, existen poderes que el legislador "presume" por el silencio del representado.

Esta presunción tiene su origen, para nuestro legislador, en la circunstancia de que es evidente que si el interesado calla, es porque acepta. Existe una voluntad presunta en el representado, que se objetiviza en su silencio frente a los actos del representante. Esto no significa que en muchos casos, prácticamente, tal presunción de mandato no sea equivalente a una verdadera sanción para el representado.

Pero lo interesante, en este caso, es observar que gracias a esta disposición, los terceros tienen acción contra un representado que con su silencio dió a entender que consentía. en tomar sobre sí el peso de las obligaciones que en su nombre estaba contrayendo el pseudo representante, a su vista y paciencia.

Sin embargo, el legislador no ha sido consecuente con este principio, de tanta importancia en las relaciones jurídicas de los hombres, y en otras disposiciones ha adoptado un punto de vista más estrecho.

Así, al tratar de la posesión, ha establecido que no es justo título en consecuencia, que no habilita para ser poseedor regular, el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo, (²¹⁷).

He aquí, pues, que el tercero adquirente de un madatario que no tenía poder de representación, se encuentra en la situación de un poseedor irregular, aún cuando de las circunstancias pudiera haberse creído, con mediana inteligencia y buena fe, que se

²¹⁷ art. 704 N.o 2 del Código civil.

trataba de un representante debidamente constituido.

Creemos, no obstante, que en esta situación los terceros podrían, amparándose en lo prescrito por el art. 2123 del mismo Código civil, probar que el representado tuvo conocimiento de la celebración del acto sin haberse opuesto ni protestado y, en consecuencia, acreditar la existencia de un mandato tácito que les permitiría adquirir la calidad de poseedores regulares.

En esta forma, pues, el art. 2123 del Código civil adquiere una importancia enorme en todos aquellos casos en que el pseudo representado pretende desligarse de compromisos contraídos a favor de terceros de buena fé por un representante que carecía de poder para ello.

Nuestra Jurisprudencia, en cambio, no ha hecho aplicación de la doctrina de los poderes aparentes y, por el contrario, manifiesta un criterio estrecho al respecto, rechazando toda acción contra un pseudo representado, por obligaciones contraídas por un representante suyo que carecía de poderes al respecto (²¹⁸).

Fuera de esta doctrina de, los poderes aparentes, esto es, de aquellos casos en que no existiendo poder de representación los terceros pueden exigir al pseudo representado el cumplimiento del acto o contrato celebrado por su pseudo representante existe, también, la doctrina de los poderes presuntos, que presenta cierta analogía con la anterior.

En efecto, se asemejan en que en ambos casos, no existe poder de representación

²¹⁸ En efecto, una sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VI, sec. 2.a p. 40, dictada por la Corte de Talca, estableció la siguiente doctrina: «Es válido el pago de un siniestro hecho por, una compañía de seguros a un asegurado, aunque se halla notificado al agente de la Compañía, encargado de liquidar el siniestro, un decreto judicial de retención del pago, si éste agente no tenía mandato de representación, ni facultad de comprometer a la Compañía. «Un tercero que ha obtenido retención judicial por un crédito, no tiene derecho a exigir de la Compañía el pago de ese crédito que ha quedado insoluto si la retención fué notificada al agente que no tenía representación de la Compañía y porque en el supuesto de que la negligencia del agente en dar conocimiento a la Compañía de la retención o en no haber retenido el pago constituyera un casi delito tampoco correspondería a la Compañía la indemnización del daño; ... » He aquí, pues, un caso en que un tercero, creyendo que el agente de una Compañía de Seguros tenía facultad de representarla, por ciertas circunstancias anteriores que se hacen valer en el juicio y que se debían a la situación incierta en que la misma Compañía colocaba a sus agentes, notificó a uno de estos agentes un decreto judicial de retención de pago de la cantidad a que ascendía el seguro, a fin de cobrarse de un crédito que tenía pendiente contra el asegurado. No obstante, el Tribunal de primera instancia, con un criterio mucho más amplio que el de la mencionada Corte de Apelaciones y más de acuerdo con la doctrina universal, unánime en la aceptación de la doctrina de los poderes aparentes, dió lugar a la demanda deducida por el tercero acreedor contra la Compañía, estableciendo en uno de sus considerandos: que: «Que aún suponiendo que esa notificación no fuera eficaz por no tener el señor Abascal (es decir, el agente) facultad para representar a la Compañía, ésta sería siempre responsable del daño irrogado, ya que ese daño provendría del error a que las mismas Compañías inducen al público de hacer aparecer como sus representantes a sus agentes en provincia, pues, como se ha visto, estos aparecen como verdaderos mandatarios y es lógico y natural creer que si tienen poder para intervenir en la liquidación del daño en, caso de siniestro y hacer el pago del seguro, lo tengan también para hacer una simple retención de ese mismo pago;» He aquí, en pocas palabras, consagrada la doctrina de los poderes aparentes, por un juez de primera instancia, cuya sentencia, apareciendo quizá demasiado audaz para nuestras Cortes de Apelaciones, fue revocada por la Corte de Talca, cuya doctrina se ha transcrito en esta nota.

de parte del representante para celebrar el acto con el tercero, y se diferencian en que en la doctrina de los poderes aparentes estos poderes no existen en absoluto, y sólo se infieren de ciertas circunstancias, mientras que en la de los poderes presuntos, existen poderes que, otorgados para la ejecución de uno o más actos o contratos envuelven, implícitamente, la facultad de ejecutar otros actos o contratos que guardan estrecha relación con los primeros.

Así, cuando una persona confiere a otra poder especial para vender, no necesita expresar que también se otorga la facultad de recibir el precio, porque ello se subentende por la sola circunstancia de otorgarse la facultad especial de vender (²¹⁹).

Los dependientes encargados de vender al por menor, se reputan autorizados para cobrar el producto de las ventas que hicieren (²²⁰).

En estos casos, como vemos, no se trata de poderes aparentes, sino de presunciones de poder, que el legislador establece por el solo hecho de otorgarse para otros actos determinados.

Estas presunciones legales pueden ser destruídas naturalmente, por las partes, en virtud de una cláusula expresa, contenida en el mismo acto por el cual se confiere el poder y siempre que se dé conocimiento de ella al tercero. No existiendo estas limitaciones, o existiendo pero sin conocimiento del tercero, el representante actuará válidamente con las facultades que la ley le confiere y obligará al representado no sólo en lo que expresa el poder, sino dentro de los límites que la ley señala, atendida la naturaleza del mismo.

o – o – o

Lo que hemos expuesto en cuanto a los poderes aparentes y poderes presuntos tiene aplicación respecto de los casos en que el poder emana de la voluntad del representado; en otros términos, respecto de los casos de representación voluntaria.

Pero, podrían admitirse estas mismas doctrinas y aplicarse las mismas disposiciones en los casos en que la representación emana de la ley, como sucede con los tutores y curadores, con los socios de una sociedad, etc., etc.?

Observaremos, en primer término, que aquí no puede tener cabida la aplicación de la idea de culpa del representado en la representación aparente.

En efecto, siendo el tutor o curador un representante designado por la justicia en virtud de una disposición legal, es evidente que no puede decirse que tal actitud o circunstancia o el silencio del pupilo, ha hecho incurrir a los terceros en el error de creer que están tratando con un representante legítimo.

Pero sí es muy posible, en cambio, que el nombramiento hecho por la justicia adolezca de defectos, en forma tal que aparentemente sea legítimo representante del pupilo y los terceros contraten con él en su calidad de tal, descubriéndose posteriormente los vicios que invalidaban su nombramiento o designación.

²¹⁹ art.2142 del Código civil,.

²²⁰ art. 346 del Código de comercio.

En esta situación, es evidente que puede hablarse de poderes aparentes, apoyándose, entonces no en el principio de culpa del representado, que en estos casos no existe, sino en el conocido aforismo de que el error común constituye derecho.

En efecto, el error de todos los terceros que en virtud de un nombramiento aparentemente legal, han contratado con un representante en su calidad de tal, constituye error común que se eleva a la categoría de derecho.

Nuestro legislador ha tomado en cuenta estos principios, pero subordinándolos siempre al interés del pupilo, que aparece siempre en primer término, en materia de guardas, y así establece que "el que ejerce el cargo de tutor o curador **no lo siendo verdaderamente**, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones responsabilidades del tutor o curador verdadero y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieran reportado positiva ventaja" (²²¹).

En esta forma, pues, los terceros que han contratado con el guardador que no lo era, pero que creía serlo, tienen acción contra el pupilo, es decir, contra el representado, siempre que el acto o contrato del cual se deriva la acción, haya reportado utilidad al pupilo, gran limitación que encontramos a lo largo de toda esta institución de las tutelas y curadurías.

VI.-Extensión del poder de representación

Esta materia no presenta dificultades de ninguna especie, cuando se trata del poder de representación que tiene su origen en una disposición legal, ya se trate de la representación de protección, como las, guardas, ya de la que la ley impone como consecuencia de ciertas relaciones contractuales, como las sociedades.

En estos casos es evidente que la misma disposición legal que da nacimiento al poder de representación, señala su extensión.

Así tenemos que casi todos los artículos que aparecen en el título XXI del Libro I del Código Civil, que trata de la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes, no hacen otra cosa que determinar la extensión del poder de representación que tienen esos guardadores respecto de sus pupilos.

De esta manera, pues, cuando el legislador nos dice, en ese título que "no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enagenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enagenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta" (²²²), expresa, simplemente, que para estos actos el guardador carece de poder suficiente y establece, al mismo tiempo, las formalidades o requisitos necesarios para completarlo; en una palabra, en esta disposición, como en casi todas las restantes comprendidas en este título, el legislador señala la extensión del poder de representación de los guardadores.

²²¹ art. 426 inciso primero, del Código civil.

²²² art. 393 del Código civil.

En el Código de comercio, al mismo tiempo que ha otorgado a los socios de una sociedad colectiva el poder de representarla, se han señalado los límites y extensión de este poder legal, y se ha establecido, textualmente, "que en virtud del mandato legal, cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiere propuesto" (²²³).

Y también se señala la extensión del poder de representación de los administradores de estas sociedades, cuando dispone el legislador que "no necesitan poder especial los administradores para vender los inmuebles sociales, siempre que tal acto se halle comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad, ni para tomar en mútuo las cantidades estrictamente necesarias para poner en movimiento los negocios de su cargo, hacer las reparaciones indispensables en los inmuebles sociales, alzar las hipotecas que los graven o satisfacer otras necesidades urgentes" (²²⁴).

En estos casos, pues, en que el poder de representación emana de la ley, es ella misma quien se encarga de señalar la extensión de ellos, en forma de que no cabe entrar a interpretar la voluntad o intención del representado. Esta labor de interpretación ha correspondido al legislador y por eso ha señalado las reglas que hemos visto.

Distinta es la situación que se produce en los casos de representación voluntaria, en que el poder de representación emana de la voluntad del representado. Es natural que aquí sea la misma voluntad que da origen a la representación la que determine sus consecuencias y alcance.

En efecto, siendo esta institución una consecuencia directa de la voluntad del representado, y significado la representación, como lo hemos observado a través de nuestro estudio, nada menos que la afectación de un patrimonio a las consecuencias de los actos celebrados por una persona distinta de su titular es lógico que sea también la voluntad de éste la que determine hasta qué punto los actos del representante podrán obligarle y comprometer su patrimonio.

Es natural, entonces, que para determinar la extensión de los poderes en la representación voluntaria, se acuda a la voluntad expresada por el poderdante.

Si esta voluntad expresada es clara, no habrán dificultades de ninguna especie y habrá que atenerse, entonces, a lo dispuesto en el acto constitutivo del poder.

Si no aparece claramente determinada, será necesaria una labor de interpretación, la que deberá tratar de ajustarse, en cuanto sea posible, a la intención del representado.

Tratándose de un poder que no ha sido otorgado expresamente, sino que aparece de la "aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", la extensión de los poderes del representante se encuentra limitada por las mismas condiciones que determinaron su nacimiento. Y así, es evidente que si la aquiescencia

²²³ art. 387 del Código de comercio.

²²⁴ art. 397 del mismo Código de Comercio.

tácita del representado se refería a determinados actos, celebrados, también, en determinadas condiciones, los poderes del representante se extienden solamente a estos actos, ejecutados en esas condiciones, y nó mas.

Lo mismo podríamos decir en el caso de los poderes aparentes: las circunstancias que dieron origen a que los terceros creyesen en la existencia de la representación (actitud del representado frente a los actos del pseudo representante, expresiones proferidas por aquel respecto de éste. etc.) son las que determinarán, asimismo, la extensión de esos poderes aparentes. Es decir, esas circunstancias, al mismo tiempo de indicar la posible existencia de la representación, señalarán, también, el alcance de ella, o sea, hasta que punto pudieron creer lógicamente los terceros de buena fe que el pseudo representante estaba facultado para actuar.

Agreguemos, por último, que son múltiples las circunstancias que servirán a los terceros para determinar la extensión de las facultades del representante que aparece contratando en su calidad de tal. Así, la ejecución repetida de determinados actos, que pueden tener cabida dentro de las facultades del representante y que han sido aceptados por el representado, está indicando naturalmente que éste los ha comprendido dentro del poder del representante. Así, también, indican la extensión de los poderes los usos y costumbres del lugar donde se otorgaron, el objeto que con ellos persigue el poderdante, el interés que en la ejecución de estos actos tiene el apoderado, etc.

En último término, son los tribunales de apelación quienes determinarán y apreciarán cual es el sentido en que han debido interpretarse los poderes del representante, y siendo ésta una cuestión de hecho, queda excluida del conocimiento de los tribunales de casación (²²⁵).

Pero no puede olvidarse, tampoco, otro elemento esencial para determinar la extensión de los poderes del representante: la ley. En efecto, en muchísimas disposiciones legales aparecen normas de interpretación que vienen a determinar cual es el alcance o extensión de las facultades del representante. En tal caso, es evidente que debe estarse en primer término a la norma legislativa, siempre que no aparezca voluntad contraria, expresamente manifestada por aparte del representado.

Así, por ejemplo, en la inhabilidad del mandatario para donar, no se comprenden naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio (²²⁶). De modo que en virtud del poder de representación que emana del mandato, el mandatario tiene facultad de hacer esas pequeñas gratificaciones; es decir, su poder de representación, en cuanto a las donaciones, está determinado por la misma ley. Si el representado quiere suprimir o ampliar esta facultad de donar, debe decirlo

²²⁵ Así lo ha resuelto uniformemente nuestra Jurisprudencia. De las múltiples sentencias que se han pronunciado al respecto podemos citar la publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo IX, 2a. parte, eco. primera, p. 253, en que se establece la siguiente doctrina: «*El tribunal sentenciador que aprecia la extensión y mérito probatorio de un mandato y establece que el mandatario está autorizado para, aceptar letras de cambio, obra dentro de sus facultades privativas de estimar la prueba y fijar los hechos de la causa, ya que no hace apreciación ninguna sobre la calificación jurídica del contrato ni sobre los hechos que requieren facultades especiales del mandato*».

²²⁶ art. 2139 del Código civil.

expresamente, pues de lo contrario, la ley entra a suplir su silencio en la forma que acabamos de señalar.

En otros casos la ley no nos dá directamente, la interpretación precisa de los poderes del representante, sino que nos dice si debemos ser más o menos estrictos al interpretarlos; es decir, dá normas a los jueces para orientar su criterio. Y así, las facultades concedidas al mandatario, cualesquiera que sean, deben interpretarse con alguna más latitud cuando no está en situación de poder consultar al mandante (²²⁷). Ahora bien, si éste no quiere que se interpreten con más latitud las facultades del mandatario, deberá decirlo expresamente y en tal caso se estará en primer término a su voluntad declarada, ya que, por regla general, las disposiciones del Código rijen en el silencio de las partes, son eminentemente supletorias.

Observaremos, por último, en esta materia de la extensión de los poderes, que no caben reglas de interpretación cuando la ley exige poderes especiales para la celebración del acto encomendado.

En efecto, en muchas ocasiones la ley establece que para la ejecución de tal o cual acto, por cuenta y a nombre de otro, es menester de una autorización expresa del representado. En estos casos, entonces, no bastará un poder ordinario, sino que será menester que en el acto por el cual se otorga, se especifiquen, más o menos claramente, los actos para los cuales se faculta al representante.

Así, dentro de nuestro derecho, un simple mandato no bastaría: para que el mandatario pudiese vender las cosas comprendidas en la administración del mismo, porque el mandato no "confiere naturalmente al mandatario mas que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario: perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas y otros objetos de industria que se le hayan encomendado", agregándose, más adelante, que "para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial" (²²⁸).

Y como si aún fuera poco terminante esta disposición, agrega el Código civil que "cuando se dá al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, **ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales** (²²⁹).

De modo, entonces, que frente a estas disposiciones precisas de nuestro Código, el tercero que contrata con un representante provisto de un poder ordinario, no podrá alegar que "pudo deducirse", de éste poder la facultad de ejecutar ese acto, porque debió saber que para ello era menester que el representado lo hubiese autorizado expresamente.

²²⁷ art. 2148 del Código civil.

²²⁸ art. 2132 del mismo Código.

²²⁹ art. 2133 del Código civil.

En el Código de Procedimiento Civil encontramos un caso típico de exigencia de poderes especiales.

En efecto, en él se establece que "no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, deferir el juramente decisorio, aceptar su delación, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitadores, aprobar convenios y percibir" (²³⁰).

En consecuencia en el mandato judicial no puede hablarse de interpretaciones o deducciones de los términos en que él se halla concebido: es menester una declaración expresa del mandante y sin ella el mandatario-representante carece de facultad para ejecutar tales actos o celebrar tales contratos (²³¹).

Un punto muy interesante que dice estrecha relación, también, con esta materia de la extensión de los poderes del representante, es el de determinar si éste puede obligar en su propio beneficio el patrimonio del representado, sea mediante una contraprestación que se obliga a efectuar, a su vez, en favor del representado, sea en forma exclusivamente gratuita. En otros términos, el de establecer si el representante está facultado, por su sola calidad de tal, para celebrar lo que se ha denominado en doctrina, un "auto contrato" o acto jurídico consigo mismo (²³²).

Dos son los puntos primordiales sobre que ha versado la discusión de la doctrina: el primero se refiere a determinar la posibilidad jurídica del autocontrato y el segundo, admitida la posibilidad de su existencia, el de determinar su naturaleza jurídica.

En realidad, ambos problemas están ligados en forma tan íntima que la solución que se dé a uno de ellos explicará por sí sólo el otro.

²³⁰ art. 8 inciso segundo del Código de procedimiento civil.

²³¹ Al respecto, podemos citar una sentencia del 28 de abril de 1904, dictada por nuestra Corte de Casación, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo I, segunda parte, p. 408, cuya doctrina, en su parte pertinente, dice así: El mandatario está obligado a ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autorizan para obrar de otro modo; y el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante pertenecientes años y otros al giro ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas y otros objetos de industria que se le hayan encomendado; necesitan de poder especial para todos los actos que salgan de estos límites; y no se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exijan poderes o cláusulas especiales, aún cuando se dé al mandatario la facultad de obrar del modo más conveniente. En consecuencia, el mandato conferido a una persona para administrar una casa de comercio o quincallería no lleva consigo la facultad de contraer, a nombre del mandante, propietario de dicho negocio, deudas procedentes de contratos mutuos que no se pruebe haber sido contraídas en servicio de la administración del mismo negocio, no siendo bastante autorización para ello, la cláusula especial, contenida en el poder, de que el mandatario puede celebrar contratos de cuenta corriente para el giro del negocio, como quiera que el contrato de mutuo ordinario es enteramente diverso de aquel, atendida la naturaleza jurídica de uno y de otro.

²³² Sobre este punto, véase el interesante estudio de don Arturo Alessandri R. sobre «La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo», publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII correspondiente al año 1931.

En efecto, los autores que niegan la posibilidad jurídica de la autocontratación se basan en que es imposible que una persona celebre un contrato consigo mismo, ya que el contrato, por su propia naturaleza, requiere un acuerdo de voluntades que en el caso de la representación no existe, pues, como hemos venido sosteniendo a través de todo nuestro estudio, en la celebración del contrato encomendado interviene sólo la voluntad del representante (y la del tercero), pero en modo alguno la del representado.

Como admitir, entonces, la existencia de un contrato celebrado entre representante y representado en que sólo ha intervenido la voluntad del primero?

Pero, y hé aquí la solución del problema, los autores que admiten la posibilidad de la autocontratación no la, consideran un contrato, sino simplemente un acto jurídico unilateral que produce efectos contractuales.

En efecto, partiendo del hecho real de que sólo existen una voluntad generadora de derechos y obligaciones, que es la del representante, es perfectamente posible la existencia de una declaración unilateral de voluntad generadora de derechos y obligaciones. Así, el testamento es, precisamente, un acto unilateral de voluntad del causante, que crea derechos en favor de terceros.

Pero en el caso en estudio, la declaración de voluntad del representante produce ciertos efectos especiales: el de afectar a sus resultados y consecuencias jurídicas, no sólo el patrimonio del declarante, sino también el de otra persona, el representado, en virtud de la facultad especial de obligar su patrimonio conferida por éste a aquel.

En una palabra, el acto jurídico consigo mismo es, según Vallimaresco, "un acto híbrido, que se asemeja al acto unilateral por el hecho de que requiere una sola voluntad, y al contrato, por el hecho de ,que pone en relación dos patrimonios" (²³³).

Dentro de nuestra legislación el acto jurídico consigo mismo es legalmente posible y la regla general es, precisamente, su admisibilidad, Sólo por excepción no tiene cabida cuando un texto expreso de la ley lo prohíbe y ello sucede cuando hay conflicto de intereses entre representante y representado.

Así se desprende de numerosas disposiciones de nuestra legislación, cuyo análisis detenido se encuentra en el estudio ya citado del profesor don Arturo Alessandri Rodríguez.

En las legislaciones francesa e italiana no se ha reglamentado expresamente sobre la posibilidad o prohibición del autocontrato, de donde se desprende que, salvo los casos en que la ley lo prohíbe expresamente, es jurídicamente posible y válido.

En la legislación alemana, en cambio, el art. 181 del Código Civil dice, textualmente, que "salvo autorización en contrario, el representante no podrá celebrar, en nombre del representado ningún acto jurídico consigo mismo, sea que obre en su propio nombre o como representante de un tercero, a menos que ese acto consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación".

De esta disposición parte, pues, que en la legislación alemana no es lícito el acto consigo mismo, a menos que el representante haya sido expresamente autorizado para

²³³ Vallimaresco, citado por A. Alessandri, ob. p. 20.

ello o que, como lo dice la disposición citada, consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.

Esta es la situación, pues, en un ligerísimo esbozo, del problema del acto jurídico consigo mismo o autocontratación. sobre el cual estimamos innecesario extendernos por haber sido tratado ya, con lujo de detalles, en el tantas veces citado estudio del señor Alessandri Rodríguez.

VII.—Instrucciones dadas al representante

Una de las materias más importantes en lo que se refiere a ésta. del poder de representación, es la relativa al valor de las declaraciones restrictivas de las facultades del representante hechas por el representado y de las que no han tenido conocimiento los terceros.

Es frecuente que el poderdante dé instrucciones al apoderado en cuanto a la ejecución del acto para el cual se le autoriza, y que de ellas no tenga el conocimiento el tercero, sea porque hayan sido verbales y no consten en el poder, sea porque el tercero, confiando en la honradez y diligencia del representante, no haya exigido la exhibición de los poderes en virtud de los cuales contrata, o, en fin, sea por simple negligencia del tercero. Surje, entonces, la cuestión de saber que valor tienen estas instrucciones y hasta qué punto puede oponerlas el representado al tercero, para liberarse del cumplimiento de obligaciones contraídas por su representante en contravención a ellas.

Siguiendo a Hupka, que estudia detenidamente esta materia, debemos examinar separadamente dos situaciones: por una parte, la que se produce cuando el acto por el cual se confiere poder no ha sido conocido de terceros, de tal manera que estos no han podido conocer las facultades del representante sino a través del instrumento en que constan esos poderes o de las declaraciones del mismo representante, y por otra parte, la que se produce cuando los poderes han sido comunicados por el representado; no sólo a su representante, sino también a terceros determinados o bien al público en general.

En el primer caso, o sea, cuando los terceros no han sido notificados por el representado de la extensión de los poderes conferidos al representante, creemos, con M. Demogue, que la representación opera plenamente y sin limitaciones respecto de los terceros que han ignorado las limitaciones establecidas por el representado, porque, copio muy bien lo dice este autor, la representación reposa, por necesidad práctica, menos sobre la voluntad o declaración de voluntad del representado que sobre la voluntad aparente de éste. La seguridad dinámica así lo exige (²³⁴).

Estimamos correcto el pensamiento de M. Demogue, que se reduce, en buenas cuentas, a saber si los terceros han ignorado o conocido las limitaciones impuestas por el representado a su representante. Si las ignoraron, y estas limitaciones, como es el caso de que estamos tratando, aparecen de instrucciones internas dadas al representante, es natural que no afecten en nada al acto que se ha celebrado con prescindencia de ellas. Pero si las han conocido, por cualquier causa. ese evidente y lógico que el representado pueda oponerlas para negarse al cumplimiento del acto o contrato celebrado entre los

²³⁴ Demogue, ob. cit. p. 191.

terceros y el representante en contravención a tales instrucciones. En efecto, en caso de que las instrucciones dadas al representante aparezcan en el instrumento del cual constan los poderes, los terceros no podrán alegar desconocimiento de ellas, porque la prudencia más elemental exige que hayan procedido conforme a esos poderes. Si, habiendo conocido tales instrucciones las han interpretado mal, creyendo que no prohibían o limitaban el acto, los terceros deberán responder de su error y soportar las consecuencias que se deriven, de la no aceptación del representado de los actos celebrados en tales, condiciones.

Observemos, por último, que el representante que actúa aparentemente dentro de los límites de su poder, obliga al representado, aún cuando los actos que ejecute sean perniciosos para éste o no haya sido su voluntad que los celebre el representante. En efecto, si el representante ha podido celebrar actos que no hallándose comprendidos en sus facultades representativas, aparentemente podían caber en ellas, ha hecho incurrir en un error a terceros que, no tienen culpa y que, en caso de no estimarlo así, sufrirían un perjuicio que debe recaer exclusivamente en el representado, porque él es el autor de los poderes y el único responsable de la obscuridad en las frases empleadas en la especificación de las facultades del representante, que ha podido permitir a éste falsear sus poderes y a los terceros creer en ellos. (²³⁵).

Entre los intereses de terceros de buena fe y los de un representado torpe, es evidente que son los primeros los que la ley debe proteger.

Por lo demás, y a mayor abundamiento, observaremos que si el representado pretende acojerse a los beneficios de esta institución, es justo que soporte los riesgos inherentes a ella y que siendo él, también, quien ha elegido voluntariamente a la persona que habrá de representarle, ha incurrido en culpa de no haber elegido bien. Razones todas por las cuales, en caso de que el representante se haya excedido de sus poderes ignorándolo inculpablemente los terceros, el representado habrá de cumplir las obligaciones contraídas por aquel, sin excusas de ninguna especie.

En cuanto a la representación emanada de la ley, no existe problema, porque las limitaciones que se imponen a los representantes aparecen consagradas en la misma ley y los terceros no pueden alegar su ignorancia, como tampoco el error, ya que cuando éste versa sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento (²³⁶).

Entrando, ahora, al terreno del derecho positivo, observaremos que nuestro Código civil no se ha pronunciado al respecto, en tal forma que no hay una disposición expresa que nos señale el valor o alcance jurídico de las instrucciones internas dadas al representante respecto de la ejecución del acto cometido.

Sin embargo, aparece claramente el espíritu que anima a nuestro legislador en la materia, al tratar de la terminación del mandato.

En esta materia el legislador se atiene, en primer término y de manera esencial, a la buena o mala fe de los terceros contratantes, esto es, el mismo criterio que nos había

²³⁵ El mismo criterio que aplica nuestro Código civil en el art. 1566, inciso segundo, al tratar de la interpretación de los contratos.

²³⁶ art. 8 y 1542 del Código civil.

guiado a nosotros para determinar el alcance de las instrucciones internas dadas al representante. Y, así, al tratar de los efectos que produce la terminación del mandato, ha establecido que "en general, todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a **terceros de buena fe** contra el mandante. **Quedará, asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo ha hecho espirar, hubiere pactado con terceros de buena fe**; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice" (²³⁷).

La frase que hemos subrayado presenta una analogía enorme con el caso que nos ocupa. En efecto, tanto en uno como en otro caso el mandatario sabe que el acto que está ejecutando en representación de otro contraviene la voluntad declarada del representado, y también en ambos casos los terceros ignoran estas circunstancias. Pues bien, el Código, para resolver una de estas situaciones, la del representante que actúa a sabiendas de que sus facultades representativas han expirado, se atiende, en primer término, a la buena o mala fe de los terceros. Buena o mala fe que se traduce, en este caso, en el conocimiento o ignorancia de las circunstancias que han hecho expirar el mandato. Si han contratado de buena fe, el representado debe cumplir lo pactado por su ex-representante; no sucede así si han ido de mala fe.

La situación del mandatario que contraviene las instrucciones de su mandante, presenta una semejanza tan grande con la que resuelve la disposición citada, que no dudamos deben aplicarse los mismos principios. Y, como ya lo habíamos observado al estudiar la doctrina que rige en esta materia, debe distinguirse entre terceros de buena y de mala fe. Los primeros, esto es, los que ignoraban inculpablemente las instrucciones limitativas dadas por el representado, pueden exigir el cumplimiento de lo pactado con el representante en contravención a ellas. Los que fueron de mala fe, esto es, a sabiendas de la existencia de tales instrucciones limitativas, no podrán exigir el cumplimiento de lo pactado con el representante en contravención a ellas, porque ha habido culpa o dolo de su parte y deben soportar, en consecuencia, los perjuicios y responsabilidades que la culpa o el dolo acarrearán a quien incurre en ellos.

Este es el principio que inspira a la doctrina y también a nuestro Código, en el caso de instrucciones limitativas de las facultades de representación dadas por el poderdante al apoderado y que no han sido puestas en conocimiento de terceros o del público en general, por medio de una comunicación directa del poderdante.

Veamos, ahora, cuál es la situación que se produce cuando tales instrucciones fueron puestas en conocimiento de terceros determinados o del público, mediante declaraciones hechas al respecto por el representado.

Dos son las situaciones que plantearémos para el mejor estudio de esta materia:

- a) que por las declaraciones del poderdante a los terceros se restrinjan las facultades del representante;
- b) que por esas declaraciones se amplíen esas facultades.

²³⁷ art. 2173 del Código civil.

Un ejemplo del primer caso sería el del poderdante, que habiendo autorizado a su apoderado para comprar ciertos productos a ciento, manifiesta al vendedor de esos productos que sólo, los comprará a ochenta; y un ejemplo del segundo, sería el inverso, o sea, aquel en que el poderdante que autorizó a su apoderado para comprar a ochenta manifiesta, al vendedor que está dispuesto a pagarle hasta ciento.

En el primero ejemplo, surge la cuestión de saber si la venta hecha por el tercero al representante a ciento, obliga o nó al representado; y en el segundo, surge la de saber si comprando el representante a ciento obliga o no a su representado, quien sólo le había facultado para pagar hasta ochenta.

Hupka, que es el tratadista a quien seguimos en esta materia, estima que en ambos casos debe atenderse a la intención del representado al señalar estas instrucciones al representante y a los terceros (²³⁸).

En el caso de que la comunicación hecha al tercero signifique restricción de las facultades otorgadas al representante y que haya hecho esa comunicación precisamente con el objeto de restringirlas, es evidente que los terceros no podrán alegar ignorancia de ellas y que el acto celebrado en contravención a esas restricciones, aún cuando quede comprendido dentro de las facultades otorgadas primitivamente al representante, no obligará al representado.

Así, en el ejemplo propuesto, si el representante estaba autorizado para comprar a ciento y el representado comunica a los terceros que aquel sólo podrá pagar ochenta, es evidente, dice el citado Hupka, que los terceros que vendan a ciento no podrán exigirle el cumplimiento del contrato, porque sabían que el representante, al contratar en esas condiciones, estaba extralimitándose en sus poderes.

Pero si el representado, al hacer tal comunicación a los terceros, expresa sólo un deseo de que el negocio se efectúe a ochenta, por estimarlo más beneficioso para sus intereses, pero no manifiesta intención de reducir las facultades del representante, quedará obligado por el contrato que éste celebre dentro de los límites de su poder y aún cuando contravenga las instrucciones dadas por el representado a los terceros.

En el caso inverso, o sea, en aquel en que la comunicación hecha a los terceros signifique una ampliación de las atribuciones del representante, Hupka sigue atendiendo a la intención del representado. Y así estima que si al otorgar al representante facultades o instrucciones mas restringidas que aquellas que comunicó a los terceros, el representado, pretendió únicamente darle una instrucción interna, una pauta para la mejor conclusión de los negocios que le encomendaba, la celebración del acto excediendo los límites de estas instrucciones, pero dentro de las que había comunicado a los terceros, afecta al representado.

En este caso estima Hupka que las instrucciones otorgadas al representante no afectarían al poder mismo de representación sino a las, relaciones internas de mandante y mandatario. En consecuencia, el mandatario - representante que celebra contratos contraviniendo esas instrucciones, pero dentro de los límites de la comunicación hecha por el representado a los terceros, obligaría a su mandante-representado, respecto de estos,

²³⁸ Hupka, ob. cit. p. 204 y siguientes.

pero sería obligado al resarcimiento de los perjuicios que le hubiera ocasionado la contravención.

Pero si con las instrucciones dadas al representante el representado no pretendió únicamente darle una pauta, a seguir en la ejecución de los negocios, sino restringir su poder de representación, sería evidente que el acto celebrado fuera de estas instrucciones, aun cuando haya quedado comprendido dentro de las que conocieron los terceros, no afectaría al representado.

Como vemos, por las soluciones anotadas, Hupka nos dá una serie de reglas que si bien están de acuerdo con la más estricta equidad, presentan algunos puntos débiles que las tornan ineficaces.

Así y en primer término, como lo reconoce el mismo Hupka, "la averiguación del sentido en que haya sido emitida la declaración de voluntad no siempre es cosa fácil, mucho más teniendo en cuenta que casi nunca se dispone de una manifestación expresa del principal sobre el alcance que en su propósito tiene la instrucción" (²³⁹).

Esta observación es, a nuestro juicio, fundamental si tenemos en cuenta que en el derecho lo esencial es la posibilidad de las situaciones y de las soluciones que se plantean y proponen, respectivamente. Nada, se obtiene con teorizar si en la práctica no tienen aplicación los principios que se formulan.

En segundo término, Hupka desconoce un principio que es aceptado hoy día unánimemente y que inspira toda la teoría moderna de la representación, y que Demogue ha formulado magistralmente con sus ya citadas frases: «La representación reposa, por necesidad práctica, menos sobre la voluntad o declaración de voluntad del representado que sobre la voluntad aparente de éste. La seguridad dinámica lo exige así». (²⁴⁰).

En realidad,, Hupka atiende exclusivamente a la voluntad verdadera (no a la declarada ni a la aparente) del representado y olvida lamentablemente el interés de los terceros, que se encuentran en una situación realmente desmedrada si les imponemos no solo el peso de la interpretación de la voluntad del representado sino también los efectos de los errores a que una declaración torpe puede inducirlos, o quizá la propia mala fé del representado.

Por esto nosotros somos partidarios de una solución más simple en esta materia del alcance jurídico de las instrucciones dadas a los terceros y creemos, sencillamente, que si la comunicación amplía las facultades representativas del apoderado, los actos que éste celebre dentro de los límites de esa comunicación, aún cuando se extralimite en sus poderes primitivos, obligan al representado, porque toda comunicación en tal sentido implica naturalmente una ampliación del poder que otorgó al representante.

En cambio, si la comunicación hecha a los terceros restringe las atribuciones del representante, los terceros que contratan con éste no tendrán acción contra el representado, porque de concedérsela se protegería la mala fe, lo que no puede

²³⁹ Hupka, ob. cit..p. 207.

²⁴⁰ Demogue, ob. cit. p. 191.

permitirse en derecho. En efecto, al comunicar a los terceros instrucciones que limitan los poderes del representante, se está demostrando explícitamente la intención de restringir esos poderes y los terceros no pueden pasar por sobre esa comunicación sin hacerse responsables de error o dolo.

Por lo demás, este es el criterio que adopta nuestro legislador en el caso de la espiración del mandato, a que ya nos habíamos referido por, la similitud que , presenta con el que, estamos estudiando. Y allí establece expresamente que «cuando el hecho que ha dado causa a la espiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, **y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante**» (²⁴¹).

En otros términos, diremos nosotros que el mandatario que actúa a nombre de su mandante, expirado el contrato, obliga a éste si los terceros ignoraron esa circunstancia, esto es, si contrataron de buena fe. Y el mandataria que contrata a nombre del mandante una vez que ha expirado el mandato, es un representante que actúa sin poder de representación.

El representante que se extralimita en sus atribuciones, en sus facultades, es, también, un representante que actúa sin poder de representación, por cuanto el poderdante no le ha autorizado para ejecutar el acto o celebrar el contrato en contravención a sus instrucciones. En consecuencia, no vemos inconveniente alguno para que se aplique el mismo criterio que inspira a nuestro legislador en el caso de espiración del mandato y se atienda, entonces, para determinar si el acto o contrato afecta o nó al representado, a la buena o mala fe de los terceros contratantes, esto es, a su ignorancia o conocimiento de la circunstancia de contravenirse a las instrucciones dadas al representante.

o o o

El Código civil alemán no contiene ninguna disposición que se refiera a esta materia de la extensión de los poderes del representante. por lo que será necesario estudiar, en cada caso, la voluntad del poderdante, ya que es ésta, en la representación voluntaria, la que dá nacimiento a la representación y la que debe determinar, naturalmente, su extensión.

Para estudiar la voluntad del representado y establecer su intención, habrá que considerar las circunstancias que rodearon el otorgamiento del poder. Por consiguiente, si de estas circunstancias aparece que las facultades concedidas al representante son más amplias que las que se establecen en el instrumento donde consta el poder, los terceros podrán contratar con aquel dentro de los límites aparentes del poder y tendrán acción contra el representado, quien se hallará obligado "aún si el representante ha abusado de su poder, siempre que los terceros no hayan conocido ese abuso" (²⁴²).

Esta será, naturalmente ,y como ya lo, habíamos advertido ántes, una cuestión de hecho que quedará, entregada al criterio del juez, teniendo en cuenta que no, existiendo

²⁴¹ art. 2173 del Código civil.

²⁴² Popesco, ob. cit. p. 433

en la legislación alemana las reglas de interpretación legal que existen en la nuestra, aquel tiene un campo de acción mucho más amplio para determinar el alcance de las facultades otorgadas por el poderdante a su apoderado.

El Código de las obligaciones suizo, en cambio se ocupa de esta, materia y establece expresamente que, "cuando los poderes emanan de , un acto jurídico, su extensión se halla determinada por éste mismo acto" (²⁴³). Y agrega más adelante, todavía, que "si los poderes han sido comunicados a terceros por el representado, su extensión se halla determinada respecto de' estos terceros, por los términos de la comuniacto" (²⁴⁴). Y agrega más adelante, todavía, que "si los poderes han si

Tenemos, así, que, como regla general, se determina la extensión de los poderes de representación, por el acto mismo del cual emanan. Si es un mandato, su extensión aparecerá de los términos en que se celebró el contrato; si una sociedad, por las estipulaciones pactadas por los socios, etc., etc.

Pero si el poderdante comunicó a los terceros la dación de poder la extensión de éste, respecto de aquellos, queda determinada por los términos en que, se hizo la comunicación.

Como vemos, esta es una regla análoga a la que dábamos nosotros al estudiar la extensión del poder de representación, después de haber indicado las numerosas y sutiles soluciones que nos señalaba Hupka en esta materia.

Por lo expuesto vemos que nada nuevo encontramos en la legislación suiza y que todo se resuelve en un problema de interpretación de la voluntad del representante, subordinada a la protección que siempre merecen los terceros de buena fe, cuando el representante ha ocultado a los terceros las restricciones a que se hallaban sujetas sus facultades representativas y estos las ignoraron inculpablemente.

VIII.-Extinción del poder de representación

Así como la extensión del poder de representación que emana de la ley queda determinada por ésta, así también es la ley la que determina su extinción.

Como la facultad que la ley concede a un individuo de representan o otro es sólo una consecuencia de las funciones que al representante le encomienda, generalmente las de administrador de los bienes del representado, es natural que esa facultad se extinga junto con la terminación de las funciones a que accedía. Y así, por ejemplo, el poder de representación de un tutor o curador se extinguirá necesariamente al fin de la tutela o curaduría.

Hay casos, sin embargo, en que excepcionalmente el poder de representación se extingue antes de la terminación de las funciones de las cuales se derivaba o que, a la inversa, espiradas esas funciones, el que las desempeñaba conserva durante un tiempo, todavía, cierto poder de representación.

²⁴³ Hupka, ob. cit. p. 204 y siguientes.

²⁴⁴ art. 33 inc, II del Código de las obligaciones suizo.

Este caso es más frecuente que el primero, esto es, sucede a menudo que habiendo expirado las funciones en virtud de las cuales el que las desempeñaba tenía poder de representación, éste subsiste en interés del representado.

Así tenemos, en materia de guardas, que **"expirado su cargo** procederá el guardador a la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible; **sin perjuicio de ejecutar** en el tiempo intermedio, aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo". La ejecución de estos actos se hará, evidentemente, en representación del pupilo. O sea, expirado el cargo de guardador, subsiste el poder de representación que lo faculta para actuar por cuenta de su pupilo. Esta subsistencia del poder de representación a la terminación de las funciones de donde emanaba, se halla condicionada, como ya lo advertíamos, a la protección de los intereses del representado.

Teniendo en cuenta siempre este mismo principio de protección al pupilo y también con el objeto de evitar la paralización intempestiva de los juicios, el legislador procesal ha establecido que "si durante el curso del juicio terminase por cualquier causa el carácter con que una persona representa por ministerio de la ley derechos ajenos, **continuará no obstante la representación** y serán válidos los actos que ejecute, **hasta la comparecencia de la parte representada**, o hasta que haya testimonio en el proceso de haberse notificado a ésta la cesación de la representación y el estado del juicio" (²⁴⁵).

Por último, y observamos esto someramente, porque será objeto de un estudio más detenido próximamente, en algunos casos no puede oponerse la extinción del poder de representación respecto de terceros de buena fe, esto es, de terceros que ignoran inculpablemente la espiración de las funciones del representante.

Pero estos casos no constituyen la regla general, ni mucho menos. Por el contrario, lo natural es que expirado el cargo en virtud del cual una persona representa a otra, se extinga, también, el poder de representación. Este es una cosa accesoria de aquellas funciones y como ya sabemos, un viejo aforismo dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Veamos, ahora, la extinción del poder de representación que emana, no ya de la ley, sino de la sola voluntad del representado.

o-o-o

De acuerdo con el criterio que vé en el otorgamiento de poder un acto jurídico independiente de los que generalmente lo originan, la doctrina moderna no acepta que la extinción de las relaciones convencionales que acarrearón el nacimiento del poder, produzca necesariamente, también, la extinción del mismo.

"Si el poder, como hemos visto anteriormente, dice Hupka, nace sin consideración a la existencia jurídica de su causa, su subsistencia tiene que ser también independiente de la subsistencia de la relación causal" (²⁴⁶).

En términos más sencillos diremos nosotros que así como puede haber poder de

²⁴⁵ art. 10 del Código de procedimiento civil.

²⁴⁶ Hupka ob. cit. p. 356

representación ántes de que hayan nacido las relaciones de mandato entre poderdante y apoderado, así también puede subsistir el poder de representación después que se hayan extinguido esas relaciones contractuales. O sea, el poder de representación es, en principio, independiente del nacimiento y extinción de las relaciones contractuales que le sirven ordinariamente de fundamento.

El criterio de Hupka, en este punto, si bien aparece como una consecuencia lógica de los principios que hoy rijen la representación, nos parece sencillamente exagerado. Porque aún cuando es efectivo que el poder de representación puede ser independiente de las demás relaciones de derecho que lo originan, ello no significa en forma absoluta, que la extinción del poder de representación derivada de la expiración de las relaciones causales sea "una mera coincidencia casual de los motivos de extinción que se dan por ambas partes" (²⁴⁷).

Por el contrario, nosotros creemos con M. Popesco Ramniceano, que por su propia naturaleza, la extinción de la relación causal debe acarrear la del poder de representación, cuando éste se funda, naturalmente, en una relación de derecho que no sea un acto jurídico independiente ejecutado exclusivamente con el objeto de darle nacimiento (²⁴⁸).

En efecto, si yo, por ejemplo, otorgo poder de representación a una persona para que asista a las deliberaciones de una sociedad de la que yo soy accionista, a fin de que me represente en ella, sin que esto implique obligación de ninguna especie para mi apoderado, estamos en presencia de un otorgamiento de poder elevado a la calidad de acto jurídico autónomo, cuya extinción no depende sino de la del acto mismo por la cual se otorgó poder y nó de la extinción de relaciones contractuales a las que pudiera ir accediendo.

Pero reconozcamos que esto no es lo ordinario; por el contrario, lo normal es que el poder de representación sea la consecuencia de una relación contractual que le sirve de fundamento y que generalmente es el mandato, pero que también puede ser la sociedad, el arrendamiento de servicios u otra relación contractual cualquiera.

En estos casos es evidente que la extinción del mandato, sociedad, arrendamiento, etc. acarrea la del poder de representación, que no tiene ya razón de ser. En efecto, en estos casos el poder de representación tiene por objeto facilitar la gestión de los actos que en virtud del mandato, sociedad, arrendamiento, etc. debía ejecutar el apoderado. Expirando la obligación de ejecutarlos debe desaparecer, también, el medio que el legislador ideó para hacer más fácil su ejecución, el poder de representar al principal.

De aquí, pues, que estemos plenamente de acuerdo con el legislador del Código alemán que, considerando, de acuerdo con la doctrina moderna, que el poder de representación es una facultad del apoderado que tiene su origen en un acto jurídico independiente de los que generalmente le sirven de fundamento, ha establecido que no obstante esto, la extinción del acto o contrato en que se funda acarrea, también, la del

²⁴⁷ Hupka, ob. cit. p. 357

²⁴⁸ Popesco, ob. cit. p. 437

poder de representar.

Y más todavía aceptamos esta conclusión si tenemos en cuenta que M. Popesco, siguiendo la doctrina de Saleilles, interpreta la disposición pertinente del Código alemán en el sentido de que ella tiene lugar en el silencio del poderdante, en forma de que si éste manifiesta expresamente su voluntad de que el poder de representación subsista a la extinción del mandato, sociedad, arrendamiento, etc., debe estarse a esa declaración, por cuanto el poder de representación, como acto jurídico independiente, puede tener la duración que determinen las partes o el poderdante, sin que sea obstáculo para su existencia la terminación de las relaciones contractuales que unan a poderdante y apoderado (²⁴⁹).

Citamos la disposición del Código alemán porque ella, con la interpretación que le dá Saleilles, nos parece la buena doctrina que debe seguirse en esta materia, ya que así se armoniza perfectamente la construcción técnica de la teoría de la representación con la naturaleza ordinaria de las relaciones jurídicas y con el fin que normalmente persiguen las partes al crearlas.

Pero es posible, conforme lo expresábamos hace poco, que el poder de representación sea la consecuencia de un acto que sólo tuvo por objeto darle nacimiento, o sea, que estemos en presencia de lo que los franceses denominan "procuración" y que nosotros hemos llamado "otorgamiento de poder". En este caso no hay extinción posible de relaciones causales, porque no existen, y surge, entonces, la cuestión de saber y determinar cuales son las causas que pueden poner fin el poder de representación que ha emanado de un acto, la procuración dirían los franceses, que no ha tenido otro objeto que darle nacimiento.

En otros términos, debemos examinar cuales son las causas que extinguen el poder de representación que ha nacido de un acto jurídico independiente ejecutado con el exclusivo fin de generarlo.

Siguiendo a Hupka, que estudia admirablemente todo lo que concierne al poder de representación, podemos mencionar las siguientes causales de extinción:

a) la ejecución del acto para el cual se había otorgado poder. Realizado el acto, el apoderado no podría continuar celebrando otros análogos, a nombre del poderdante, porque carecería de facultad para ello;

b) por tornarse imposible, material o jurídicamente, la ejecución del negocio encomendado. Esta causal, cómo la anterior, tiene cabida siempre que se trate de poderes especiales, para actos determinados. Un poder general no podría caducar por la imposibilidad de ejecutar un acto determinado, puesto que quedarían pendientes una serie de negocios respecto de los cuales el apoderado tendría facultad de representar al poderdante. Así, también, en este caso, la ejecución de uno de los negocios encomendados no pone término al poder de representación, porque en la administración de un patrimonio ageno, el del poderdante, es necesaria la celebración reiterada de negocios análogos.

²⁴⁹ Popesco, ob. cit. p. 436 y siguientes.

c) Por el trascurso del tiempo señalado o por el cumplimiento de la condición. En efecto, es posible que el poder de representación otorgado a una persona se halle limitado a un período de tiempo o bien por el evento de una condición. En este caso, a la llegada del día fijado o realizada la condición expira el poder de representar, aún cuando pueda subsistir la relación contractual que le dió origen, en caso de que haya existido tal relación;

d) La muerte del apoderado extingue, también, el poder de representar porque la facultad de representar a una persona, esto es, de disponer del patrimonio ajeno, no es otra cosa que una extensión, anormal, de la capacidad de ejercicio del representante. Un individuo puede ejecutar actos, válidamente, que afecten su patrimonio; tiene capacidad legal para ello. En virtud de la representación, este mismo individuo puede ejecutar actos y celebrar contratos que afecten, no ya su propio patrimonio, sino el patrimonio ajeno, el de su representado; es decir, su capacidad de ejercicio ha aumentado y tiene como campo de acción dos patrimonios: el suyo y el de su representado. Y, en consecuencia, como tal capacidad termina con la muerte del individuo ya que la capacidad ni se trasmite ni se transfiere por ser algo esencialmente personal.

Esto no obsta para que, en virtud de una declaración expresa del poderdante, sea transmisible el poder de representación a los herederos del apoderado. Pero no se trataría en este caso de la transmisión propiamente tal del poder de representación, sino, como muy bien lo dice Hupka, "de un apoderamiento eventual en favor de los herederos, que indudablemente es válido", (²⁵⁰).

Sin embargo, por excepción presume la ley en determinados casos, esta voluntad del poderdante de otorgar ese poder eventual a los herederos del apoderado. Esta presunción opera, generalmente, cuando la muerte del apoderado deja pendiente la ejecución de negocios cuya omisión acarrea perjuicios al poderdante. En estos casos el legislador considera que los herederos del apoderado se hallan obligados en favor del poderdante a la terminación de esos negocios, sin perjuicio del aviso que deberán hacer al poderdante de esta circunstancia;

e) La muerte del poderdante también acarrea la extinción del poder de representarlo. Lo exige así, en primer término, la naturaleza misma de esta institución. El representante es un individuo cuyos actos pueden producir la ruina del representado y es natural, entonces, que deba contar con la confianza absoluta de este último y que no pueda imponerse a sus herederos un representante que sólo contaba con la confianza del extinto.

Entrañaría un verdadero tutelaje sobre una persona capaz, la facultad del causante de imponer un representante determinado a sus herederos, representante de cuyo criterio, bueno o malo, doloso o bien intencionado, puede depender el incremento o la ruina de los causahabientes. Naturalmente que el causante puede designar representantes que administren su patrimonio después de su muerte, pero nó el de sus herederos, y esto con limitaciones.

Esta regla presenta excepciones en materia procesal, con el fin de reo entorpecer la

²⁵⁰ Hupka, ob. cit. p. 360

marcha del juicio, y en materia comercial, con el objeto de procurar seguridad y rapidez en los negocios;

f) la incapacidad absoluta sobreviviente del apoderado si bien no pone fin a la existencia del poder de representación (que depende exclusivamente de la voluntad del representado), prácticamente lo torna ineficaz, pues el representante se halla imposibilitado de celebrar acto jurídico alguno, ya que carece de voluntad ante la ley.

La incapacidad relativa, en cambio y desde el punto de vista doctrinal, que es el que hemos adoptado en esta materia, no debe acarrear consecuencias de ninguna especie en la existencia del poder de representación ya que, como hemos visto, el representante debe tener, solamente, la capacidad natural necesaria para actuar en la vida, aún cuando su capacidad de ejercicio se halle restringida. Si un relativamente incapaz puede ser designado representante, sin que esa incapacidad sea obstáculo alguno, es lógico que si posteriormente se torna, incapaz, no habiéndolo sido cuando se le designó representante, subsista siempre el poder de representación;

g) La incapacidad sobreviniente del poderdante, por su parte, debe producir la terminación del poder de representar, porque en estos casos la ley designa al apoderado un representante legal que cuide de su patrimonio, que administre sus bienes y le represente en sus negocios y que autorice los actos que el incapaz pretenda realizar personalmente.

Hupka, sin embargo, no admite esta solución porque, según él, la capacidad de obrar es requisito para el nacimiento del poder, pero no es condición para su subsistencia (²⁵¹). Será el representante legal, entonces, quien deberá revocar el poder otorgado antes de la incapacidad del pupilo.

Nosotros no podemos aceptar este criterio (consagrado, sin embargo en nuestro Código civil, art. 2171), porque ello significaría un olvido de la finalidad fundamental que se persigue con la restricción de la capacidad de ejercicio y que consiste en entregar la administración del patrimonio del incapaz a otra persona, plenamente capaz, que debe velar por los intereses de la primera y responder, naturalmente, de esa administración. Este representante legal, entonces, debe ser la única persona que pueda afectar el patrimonio del pupilo al cumplimiento de los actos que se celebren por cuenta de éste, porque la ley, al confiarle la administración de los bienes del pupilo le torna responsable, correlativamente, de los perjuicios que éste sufra en su patrimonio.

Admitiéndose, entonces, con Hupka, que la incapacidad sobreviniente del representado no acarrea necesariamente la terminación del poder de representación, podría suceder que al lado del representante legal existiese, sin conocimiento de éste, un representante convencional, nombrado anteriormente por el pupilo y a quién éste ni siquiera puede revocar el poder otorgado, porque carece de voluntad para ello. En estas circunstancias, la lógica aconseja que la incapacidad sobreviniente del pupilo, al mismo tiempo que exige automáticamente la designación de representante legal, produzca, también, la terminación de todo poder de representación otorgado por el incapaz, sin necesidad de declaración especial al efecto, de pleno derecho;

²⁵¹ Hupka, ob. cit. p. 364

h) La renuncia del apoderado no tiene significación alguna en la existencia del poder de representación, por cuanto, como ya lo habíamos observado ántes tampoco se requiere la aceptación del mismo para el nacimiento del poder. Este no es, como el mandato, una relación obligatoria de la que el apoderado pueda desligarse por su sola voluntad y ni siquiera un derecho subjetivo del apoderado que como tal, pueda ser renunciado, sino que es una legitimación formal exterior que se apoya únicamente en la voluntad del poderdante y que sólo por virtud de esta voluntad puede cesar (²⁵²).

Naturalmente que si el poder de representación no tiene su origen en la declaración unilateral de voluntad del representado, sino en una relación jurídica cualquiera renunciado por el representante (como el mandato, el arrendamiento de servicios, etc.) la renuncia del representante pondrá fin al poder de representación, no porque renuncie a éste, sino como una consecuencia de la terminación de la relación jurídica en que se fundaba;

i) La revocación del poderdante, en cambio, pone término al poder de representación, puesto que es precisamente su voluntad la que le dió origen y es lógico que sea la misma voluntad la que pueda ponerle fin.

Pero surge aquí la discutida cuestión de la irrevocabilidad del poder, problema que se plantea en los siguientes términos: Puede una persona otorgar poder a otra comprometiéndose a no revocarlo jamás? Y en caso de poder hacerlo, qué alcance tiene esa cláusula de irrevocabilidad?

Algunos autores, como Schlossmann, niegan la posibilidad de la irrevocabilidad del poder de representación. (²⁵³). Según este autor, la procuración dejaría de ser tal si se negara al poderdante la facultad de revocarla. En el mismo sentido se pronunciaba Planck, Dernburg, etc. (²⁵⁴).

No es este, sin embargo, el criterio que predomina en la doctrina moderna. Por el contrario, la tendencia actual y casi unánime en los tratadistas es la de permitir la validez de la cláusula de irrevocabilidad del poder de representación, aunque dentro de cierto límite. Estos límites consistirían, según Hupka, que estudia, también, detenidamente esta materia, en la existencia de un interés digno de ser protegido y correspondiente a aquel con quien se ha estipulado la irrevocabilidad (²⁵⁵).

Así, entonces, cuando la irrevocabilidad se ha establecido en interés de representante, o de ambos representado y representante, o de un tercero, es evidente que debe ser válida. Dentro de estos principios, el poder conferido a un acreedor hipotecario para cobrar los arriendos de la finca, con el objeto de que éste pueda deducirlos o imputarlos a los intereses que produce su crédito, es evidente que no puede

²⁵² Hupka, ob. cit. p. 3;0

²⁵³ Citado por Popesco, p. 441

²⁵⁴ Cit. Popesco, p. 441

²⁵⁵ Hupka, 383

ser revocado al arbitrio del deudor.

Dentro de estas condiciones, pues, sería válida la cláusula de irrevocabilidad, lo que es lógico si se tiene en cuenta que en estos casos el poder de representación aparece como la garantía de la eficacia de los legítimos derechos de terceras personas.

La revocación, que procede en todos los casos, salvo la excepción que acabamos de anotar, puede ser expresa o tácita. Esta consistirá en la ejecución de actos que envuelven necesariamente la extinción del poder. Así sucedería en el caso de revocación de mandato, que acarrearía necesariamente la del poder de representación aún cuando no se dijera nada al respecto.

IX.—La extinción del poder de representación en nuestro Código.

Otra de las múltiples consecuencias que se derivan de la circunstancia de no hallarse contemplado en nuestro Código el otorgamiento, de poder como acto jurídico autónomo, es la de no considerar, tampoco en forma independiente, las causas que ponen término al poder de representar. En efecto, como el legislador chileno ha considerado el poder de representación voluntario como un elemento de la naturaleza del mandato, debemos recurrir a este contrato para establecer los casos en que se extingue y que acarrearán, también, la terminación del poder que de él emana.

Pero debemos tener presente, y esto como una observación de carácter general para todos los casos que analizaremos enseguida, que la extinción del mandato no siempre acarrea la del poder de representación, como a la inversa, la extinción del poder de representación no siempre acarrea la del mandato. En efecto, recordemos en cuanto al primer caso, sin perjuicio de estudiar este punto detenidamente más adelante, que "todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fé contra el mandante" (²⁵⁶). He aquí, pues, un caso en que por expresa disposición de la ley subsiste el poder de representación habiéndose extinguido el mandato.

Si esto ocurre por disposición de la ley, significa que no hay imposibilidad jurídica para que se produzca tal situación y es lógico, entonces, que lo mismo pueda acontecer por voluntad de las partes. Y así, nada impediría que se estableciese en un mandato que a pesar de la extinción del contrato el mandatario conservará la representación del mandante para los efectos de la validez de las ofertas que terceros dirijan a aquel para contratar con éste. Tal estipulación sería válida y dejaría subsistente el poder de representación a la terminación del mandato.

El caso inverso es aún más sencillo y así bien puede establecerse en el mandato que el mandatario actuará a nombre del mandante durante cierto tiempo, transcurrido el cual deberá actuar a nombre propio, aunque siempre por cuenta del mandante. En este caso se habría extinguido el poder de representación y quedaría subsistente el mandato.

Por esto, pues, el estudio que haremos en el Código civil de las causas de extinción del mandato lo referiremos, en cuanto sea posible, a la influencia que puedan tener en la

²⁵⁶ art. 2173 inc. I del Código civil.

extinción del poder de representar, anotando las consecuencias que se derivan de la circunstancia de tratarse de reglas creadas para el mandato mismo y no para el poder de representación. Habrá casos, pues, en que de acuerdo con el criterio que hoy predomina en esta materia, sólo podría producirse la extinción del mandato y no la del poder de representación emanado de un acto autónomo.

El Código civil, en el artículo 2163, nos señala las siguientes causas de terminación del mandato:

a) el desempeño del negocio para que fué constituido. Esta causal la habíamos considerado ya al estudiar la expiración del poder de representación en doctrina, y observamos que tiene cabida siempre que se trate de un poder especial para la ejecución de uno o más actos determinados. Ejecutado el acto para el cual se confirió poder, no podrían continuar celebrándose válidamente actos análogos que obligasen al poderdante, porque el poder se extinguió conjuntamente con la celebración del primer acto.

b) Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijada para el mandato.

Esta causal acarrea generalmente la extinción del poder de representación que lleva envuelto el mandato. Pero esta regla no es absoluta y es posible que el mandato expire por el cumplimiento de la condición o por la llegada del plazo y subsista, sin embargo, el poder de representación.

En efecto, nuestro propio legislador establece, como ya lo habíamos observado antes, que "todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante" (²⁵⁷).

Uno de los casos en, que tendrá más aplicación este artículo será, precisamente, éste de la terminación del mandato por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados. Así, puede ocurrir que el mandatario ignore el suceso que ha puesto fin al contrato y siga representando al mandante, en cuyo caso los terceros tendrán acción contra éste, porque el poder de representación ha subsistido a la expiración del mandato.

Esto mismo puede suceder por disposición de las partes, las que pueden estipular que a pesar de extinguirse el contrato por la llegada del plazo subsistirá, sin embargo, el poder de representación en favor del mandatario. En tal caso, la expiración del mandato no acarrearía la del poder de representación.

A la inversa, es posible que el mandante fije un término o una condición de cuyo evento dependa la expiración del poder de representación, sin que ello importe extinción del mandato. En efecto, nada se opondría a que las partes pactasen que "si el mandante lo solicita, el mandatario emprenderá a su propio nombre la gestión de los negocios que se le encomiendan". En presencia de una estipulación de esta naturaleza habría que aceptar que, requerido el mandatario, se extinguiría el poder de representación subsistiendo, sin embargo, el mandato.

²⁵⁷ art. 2173, inc. I del Código civil.

c) El mandato termina por la revocación del mandante.

Habíamos considerado también esta causal en el párrafo anterior y observamos allí que dentro del criterio que predomina hoy día en las legislaciones más modernas que la nuestra de considerar la voluntad del representado como la generadora del poder de representación, se señala, también, como causa de terminación de ese poder, la revocación del poderdante.

Vimos, asimismo, que esta facultad de revocar concedida al poderdante, tiene ciertas limitaciones derivadas de la misma voluntad del que confiere el poder, en concordancia con los intereses de aquel en cuyo beneficio se ha establecido la irrevocabilidad.

Dentro de nuestro Código Civil, el legislador ha establecido que el mandante puede revocar el mandato a **su arbitrio** y que la revocación, expresa o tácita, produce su efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella (²⁵⁸). En esta forma, el legislador considera la facultad de revocar el mandato como dependiente en forma exclusiva de la voluntad del mandante.

Pero no es así, o, por lo menos, hay casos en que esta regla no es tan exacta y en que nuestro legislador ha reconocido, lo mismo que la doctrina moderna, que el poder de representación no puede quedar entregado al simple arbitrio del mandante. Ello ocurre cuando el interés legítimo de un tercero depende de la existencia del poder o cuando el medio en que éste se desarrolla requiere cierta seguridad, cierta estabilidad que no puede dejarse entregada al capricho del poderdante porque de hacerlo así se lesionaría el derecho de otras personas, tan respetable como el del representado.

Así, aceptando estos principios, ha establecido nuestro legislador que "la persona designada por ambos contratantes para recibir, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello" (²⁵⁹).

He aquí un caso, claramente establecido, de poder de representación en que se niega al poderdante la facultad de revocarlo. Y debemos observar, todavía, que esta irrevocabilidad ha sido establecida por el propio legislador, aún cuando las partes no hayan dicho nada al respecto y que ella subsiste mientras el deudor tenga interés en oponerse a la terminación del poder.

Es curioso observar, también, cómo el legislador chileno ha establecido en el derecho positivo principios que aún los tratadistas contemporáneos defienden apasionadamente como innovaciones que deben introducirse en las legislaciones de todos los países y que Hupka resume admirablemente en esta frase, transcrita ya anteriormente: "En resumen, tenemos como requisito general para el nacimiento y subsistencia de la irrevocabilidad, la existencia de un interés digno de ser protegido y correspondiente a aquel con quien la irrevocabilidad se ha estipulado" (²⁶⁰).

²⁵⁸ art. 2165 del Código civil.

²⁵⁹ art. 1584 del C. civil.

En nuestro caso existe ese interés digno de ser protegido, el del deudor y correspondiente, también, como lo dice Hupka, al mismo deudor con quien la irrevocabilidad nose ha estipulado expresamente, pero con quien se ha puesto de acuerdo el acreedor para designar al apoderado, lo que, a juicio de nuestro legislador, equivale a una cláusula de irrevocabilidad que subsiste, como consecuencia de lo anterior, mientras el deudor tenga interés en oponerse a la terminación del poder.

Aplica el mismo criterio nuestro legislador, al establecer, también dentro del Código Civil y a continuación de la regla anterior, que "si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo, o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es, igualmente válido y **no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero**, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello" (²⁶¹).

Se mantiene, pues, el mismo principio de irrevocabilidad, ya que "no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero". Eso sí que se establece una salvedad derivada del interés, no menos digno de protección, del acreedor, si tiene "justo motivo para revocar el poder.

También hallamos aplicado este criterio en el campo del derecho comercial, donde no podía menos de ser así, dado el espíritu de lucro que anima a los individuos que emprenden tales actividades. De aquí que el legislador mercantil, más conciso todavía que el anterior y refiriéndose a un caso concreto, haya establecido espresamente que "el comitente **no puede revocar a su arbitrio** la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros" (²⁶²).

En estos tres casos vemos que el legislador ha consagrado la irrevocabilidad del poder de representación atendiendo, para ello, a las mismas razones que ha tomado en cuenta la doctrina moderna para admitirla.

Por estas razones creemos evidente que en presencia de casos análogos debemos llegar a idéntica conclusión, aún cuando no se hallen espresamente contemplados en el Código, por cuanto el espíritu del legislador es manifiesto en el sentido de admitir la irrevocabilidad del poder cuando ella se ha establecido en garantía de los intereses del propio representante o de terceros.

d) El mandato termina por la renuncia del mandatario.

Dos observaciones interesantes haremos a este respecto. La primera se refiere a la circunstancia de que, conforme a la doctrina, la renuncia del apoderado, si bién pone término al mandato, no pone termino al poder de representación que emana de un acto autónomo. En otras palabras, la renuncia pone fin a la calidad de mandatario pero no a la de apoderado. El poder de representación es el efecto de una declaración unilateral de voluntad del poderdante en que la voluntad del apoderado no juega ningún rol. Por

²⁶⁰ Hupka, ob. cit. p. 383

²⁶¹ art. 1585 del C. civil.

²⁶² art. 241 del C. civil. de Comercio

consiguiente, tampoco puede influir la voluntad del apoderado en la extinción del poder. Este, al renunciar, no extingue el poder de representación sino que su actitud se traduce, prácticamente, en la no ejecución de los actos que si quisiera, podría ejecutar obligando al poderdante". Pero mientras éste no derogue el poder, el apoderado puede arrepentirse y ejecutar aquellos actos, porque su inacción o su voluntad contraria no lo ha extinguido.

Dentro de nuestro Código, sin embargo, debemos admitir que la renuncia del mandatario extingue el poder porque este es una cosa accesoria del mandato y expirado éste, es lógico que también desaparezca la facultad de representar, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Y la renuncia del apoderado extinguiría aún el poder de representación que emanase de un acto jurídico independiente, porque el legislador chileno ha considerado que este acto generador del poder es un contrato y no una manifestación unilateral de voluntad. Y todavía que es un contrato al que las partes pueden poner término por su sola voluntad.

d) El mandato termina por la muerte del mandante o mandatario.

I. Muerte del mandante. — Esta causal determinación del mandato, que acarrea consiguientemente la de la representación del mandatario, recibe aplicación, también, cuando se trata ya no de la terminación del contrato que la origina, sino de la extinción del poder de representación, considerado en sí mismo y sin conexión alguna con las relaciones que le sirven ordinariamente de fundamento.

En efecto, la naturaleza misma de la representación, que implica una facultad de disposición sobre un patrimonio ajeno, hace que ese poder se extinga con la muerte de la persona que lo creó, ya que de admitir su subsistencia tendríamos que los herederos se verían afectados por los actos de una persona a quien posiblemente ni siquiera conocen.

Ello entraña, además, el peligro de la posible ignorancia de los herederos de la existencia de ese poder. En este caso, ni siquiera podrían ejercitar la facultad de revocarlo, por cuanto no tendrían conocimiento de que existía. Mientras tanto, el apoderado podría comprometer gravemente los intereses de sus nuevos representados.

Por lo demás, si los herederos quieren que el representante del difunto continúe siendo el de ellos, tienen en sus manos la facultad de ratificar el nombramiento o designación.

Hay casos, sin embargo, en que existen razones que aconsejan no dar lugar a la terminación del poder de representación por esta causa. Así sucede en el derecho comercial en que el legislador debe considerar, en primer término, la rapidez y seguridad de las transacciones mercantiles. Por esto es que allí se establece que "la comisión no se acaba por la muerte del comitente; sus derechos y obligaciones pasan a sus herederos" (²⁶³).

En derecho procesal, a fin de evitar la paralización de los juicios, lo que acarrea graves perjuicios no solo a las partes que en él intervienen sino a la sociedad entera, se ha seguido el mismo criterio y así se establece que no termina por la muerte del

²⁶³ art. 2410 del C. de Comercio.

mandante el mandato para negocios judiciales" (²⁶⁴).

Pero aún en los casos en que se produce la extinción del mandato y del poder de representación por la muerte del mandante, la ley ha debido considerar el interés de éste, representado por sus herederos, a fin de que la gestión comenzada no quede a medio hacer. De aquí, entonces que la muerte del mandante no ponga término automáticamente al poder de representación, el cual quedará subsistente hasta la realización de los negocios comenzados y cuya inejecución acarree perjuicios al patrimonio del causante.

Atendiendo a esto nuestro legislador ha dicho que "sabida la muerte natural o civil del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada" (²⁶⁵).

O sea, subsiste el poder de representación a fin de que el mandatario termine el negocio comenzado.

II. Muerte del mandatario — Se produce con ella la extinción del mandato, ya que se trata de un contrato "intuitu personae"; y junto con extinguirse el mandato termina el poder de representación.

La muerte del mandatario extingue el poder de representación asimismo, cuando éste emana de un acto jurídico independiente, esto es, cuando es la consecuencia única y exclusiva del acto por el cual se otorga poder.

En efecto, la facultad concedida a un individuo de representar a otro, no es un derecho patrimonial que pueda ser transmitido. La facultad de disponer del patrimonio ajeno, y nó otra cosa significa la representación, es una "aptitud jurídica", una "capacidad especial" de que goza un individuo por disposición de la ley o del propio representado, que se extingue con la muerte del titular de ese privilegio. Así como no se transmiten las inhabilidades, porque son personalísimas, así tampoco puede transmitirse esta capacidad anormal que le permite disponer de otro patrimonio que el suyo.

Excepcionalmente se admite la subsistencia del mandato y del poder de representación cuando de lo contrario se siguen perjuicios al representado. En tal caso, "los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de sus bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan" (251).

Fuera de este caso excepcional, contemplado por el legislador a fin de no perjudicar considerablemente al representado, la muerte del mandatario pone fin al mandato y a la representación.

f) El mandato termina por la quiebra o insolvencia del uno o del otro.

I.— Quiebra o insolvencia del mandante - representado.—

La quiebra del mandante, entre sus efectos principales, produce el desasimiento de

²⁶⁴ art. 293 de la Ley Orgánica de Tribunales.

²⁶⁵ art. 216 del Código Civil.

los bienes del fallido, el cual pierde la administración de ellos y, consiguientemente, no puede afectarlos a las consecuencias jurídicas de los actos que celebre. La administración de estos bienes pasa a los acreedores del quebrado, representados, para estos efectos, por el Síndico.

Es natural, entonces, que la quiebra del mandante haga espirar ipso jure el poder del mandatario, puesto que con la declaración de quiebra del primero se persigue, precisamente, que el patrimonio del deudor no pueda verse alcanzado por otros actos que los celebrados por los acreedores representados por el Síndico. Se burlaría este objeto si el representante nombrado por el fallido ántes de la quiebra pudiera seguir afectando posteriormente a ella el patrimonio del quebrado.

Muy distinto es el caso de insolvencia del mandante; aquí, sí bien es natural que se extinga el mandato (relación contractual interna entre las partes), porque en la ejecución de este contrato el mandatario debe atender a gastos que deben serle reembolsados por el mandante, remuneración que sería ilusoria en caso de insolvencia, no es lógico ni tiene razón de ser que se señale esta insolvencia como causal de extinción del poder de representación que emana de un acto jurídico independiente.

El otorgamiento de poder, puro y simple, es un acto o contrato celebrado entre el poderdante y apoderado, para que los actos ejecutados por el segundo en determinadas condiciones, afecten el patrimonio del primero. La insolvencia del poderdante no acarrea ninguna consecuencia jurídica que modifique la situación legal del mismo; su capacidad de goce y de ejercicio es la misma y continúa administrando su patrimonio con todas las prerrogativas de cualquier individuo.

De aquí pues que el poder voluntario de representación no fundado en un mandato no se extingue por la insolvencia del poderdante..

II.—Quiebra o insolvencia del mandatario.

Si bien ambas, quiebra o insolvencia, son causas de extinción del mandato y del poder de representación, cuando éste emana de aquel, por las razones de confianza en que se funda ese contrato y que desaparecen cuando el mandatario cae en la quiebra, o en la insolvencia, no deben producir ningún efecto en la existencia de un poder de representación que no se funde en el mandato.

Hemos visto que la doctrina admite, y también nuestro Código, que sean designados apoderados aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio restringida, por las razones que ya hemos dado al estudiar la capacidad del representante. Así, un fallido puede ser designado, válidamente, representante de otra persona y los actos que ejecute en representación del poderdante afectarán a éste como si los hubiera celebrado él mismo. (²⁶⁶).

No es posible, entonces, que se extinga el poder de representación no emanado del mandato, por la incapacidad sobreviniente del apoderado. Si no existe impedimento alguno para que se designe apoderado a un incapaz, no vemos por qué ha de extinguirse

²⁶⁶ Así, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en la Revista de Derecho y Jurisp. tomo XXVII, 2.a parte, sec. primera, estableció que no hay disposición legal que impida al fallido ser mandatario, p. 484.

el poder de representación si habiendo sido capaz al designársele, le sobreviene alguna causal de restricción de su capacidad durante la vigencia del poder.

g) El mandato termina por la interdicción del uno o del otro..

I.—Interdicción del mandante. —

También es esta una causa de extinción del poder de representación, aún cuando no emane de un mandato, por razones análogas a las que vimos existían para admitir la quiebra como causa de terminación del poder.

II.—Interdicción del mandatario.—

Si bien acarrea esta causal la extinción del mandato y la del poder de representación que se funda en él, no debe producir la del poder emanado de un acto jurídico independiente, que no envuelve mandato sino exclusivamente apoderamiento, por las razones que dimos al tratar de la quiebra o insolvencia del mandatario, en la letra anterior.

h) El mandato termina por el matrimonio de la mujer mandataria.

También es lógico que sea esta una causa, de terminación del mandato y del poder de representación que éste lleva envuelto naturalmente, pero no hay razón alguna para considerarla causal de extinción del poder que no emana de un mandato, sino de un acto exclusivo de otorgamiento de poder. Basta recordar que la mujer casada puede ser designada representante; qué motivo justifica, entonces, la terminación de su poder si la representante soltera se casa? Ninguno.

A la inversa, el matrimonio de la mujer no extingue el mandato ni el poder de representación que de él emana, pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio (²⁶⁷).

i) El mandato se extingue por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

Y en este caso, agreguemos, debe extinguirse no sólo el poder de representación que emana del mandato, sino también el que tiene su origen en un otorgamiento de poder independiente del mandato. En efecto, se trata en este caso de un poder otorgado en virtud de facultades que autorizaban para ello al poderdante y que ahora han desaparecido. Podría decirse que el poder de representación otorgado en tales circunstancias lleva envuelta la condición resolutoria de que terminen las atribuciones en virtud de las cuales fué conferido.

Terminamos, con ésta, el estudio de las causas de espiración del mandato, contempladas en el artículo 2163 de nuestro Código civil.

Observaremos, nuevamente, que si bien muchas de ellas deben ser también, causas de espiración del poder de representación voluntaria que no emanó de un mandato, otras son aplicables solamente a este último contrato, ya que se fundan en razones de orden moral, interés de las partes, mandante y mandatario, que carecen de importancia doctrinal y práctica tratándose del poder de representación considerado en abstracto, independiente de toda otra relación contractual a que pueda ir accediendo.

²⁶⁷ art. 2172. del Código civil.

Esta es una consecuencia, como ya lo decíamos al comenzar el estudio de esta materia, de la circunstancia de no considerar nuestro legislador el poder de representación como el efecto de un acta jurídico autónomo, sino como un elemento accesorio del mandato.

Las legislaciones extranjeras adoptan, sin embargo, un punto de vista análogo al que inspiró a nuestro Código, si bien más de acuerdo con el criterio que hemos venido señalando a través de este trabajo, de considerar al poder de representación no sólo como un elemento accesorio de ciertas relaciones jurídicas, sino, también, como una relación jurídica autónoma que puede nacer, vivir y morir independiente de aquellas.

Así, el Código civil alemán considera que "la extinción del apoderamiento se determinará por las relaciones jurídicas que hayan ocasionado su dación" (²⁶⁸).

M. Popesco, comentando esta disposición, dice que "desde este punto de vista, la suerte del poder de representar depende, naturalmente, del acto anterior que sirve de causa a la procuración. Se trata de una extinción que se produce de pleno derecho. Esta regla no es sino un vestigio de la vieja concepción que asimilaba la procuración al mandato" (²⁶⁹).

En efecto, de la letra de esta disposición aparece que, tal como sucede en nuestro Código civil, el poder de representar va unido al acto que le sirve de fundamento, mandato, sociedad, arrendamiento de servicios, etc. y que de la existencia de estas relaciones jurídicas depende forzosamente la del poder de representación.

Pero no es ésta la interpretación que le atribuye el mismo M. Popesco, siguiendo al tratadista alemán Saleilles.

En efecto, agrega el primero que la regla del art. 168 del Código civil alemán no es imperativa y que las partes, mediante una manifestación expresa de su voluntad, pueden establecer lo contrario, o sea, que el poder de representación, en cuanto a su subsistencia, será independiente del acto jurídico que le sirve de fundamento, cosa que, a nuestro juicio, también puede acontecer dentro de nuestro derecho.

Saleilles, por su parte, estima que el citado artículo 168 no pretende decir que el poder de representación termina siempre con la relación jurídica a que va unido, sino que "la extinción de la procuración se determina según la relación jurídica", o sea, diríamos nosotros para aclarar el concepto, para decidir si subsiste o no el poder de representación, habría que acudir al acto que le sirve de fundamento, para buscar en él la intención de las partes respecto del poder de representación. Así, dice Popesco, confiriéndose un mandato a término, sin subordinar la procuración a la misma modalidad, se está manifestando de una manera indudable la intención de no hacer depender, en ese caso, la suerte del poder de la suerte que corra el mandato.

En cuanto a la revocación, el legislador alemán ha considerado dos reglas. La primera dispone que "a la declaración de revocación se aplicará por analogía, lo

²⁶⁸ art. 168 del Código civil alemán.

²⁶⁹ Popesco, ob. cit. p. 430 y siguientes.

dispuesto en el inciso primero del artículo 167", o sea, la revocación "se dará por declaración hecha al apoderado o a un tercero respecto del cual deba tener lugar la representación". Consiguientemente, la revocación aparece, dentro de la legislación alemana, como una declaración unilateral de voluntad que puede ser dirigida al mismo apoderado o bien a un tercero respecto de quien se produce la representación.

La segunda regla se refiere a la validez de la cláusula de irrevocabilidad, y se establece que "el apoderamiento será revocable aún continuando la relación jurídica, a **menos que de ésta última resultare lo contrario**", agregándose, poco más adelante, al tratar de la revocación del poder mediante anuncio público, que "la declaración de ineficacia no producirá efecto **cuando el poderdante no pueda revocar el poder**" (²⁷⁰).

Nuestro Código es superior al alemán en esta materia, pues señala las condiciones requeridas para que proceda la irrevocabilidad del poder y que son: estipulación con el representante o con un tercero y que la irrevocabilidad haya sido pactada en interés de aquel con quien se estipuló, artículos 1584 y 1585 del Código Civil.

La declaración de apoderamiento, como ya lo hemos visto, puede hacerse en el derecho alemán, o al mismo representante o al tercero respecto del cual deba tener lugar la declaración (²⁷¹). Y se asimila al caso de comunicación particular de apoderamiento por el poderdante, el en que éste último haya entregado al representante un acta de apoderamiento y éste haya exhibido dicha acta al tercero. Se produce, en este caso, una situación en extremo peligrosa para el representado, quien se encuentra obligado a comunicar directamente a cada uno de esos terceros a quienes el representante exhibió el poder, la extinción de éste. En efecto, dispone el mismo Código que "si el apoderamiento se diere por declaración hecha a un tercero, continuará en vigor respecto de éste último hasta que el poderdante le haya comunicado la extinción" (²⁷²).

Como es posible que el representado no sepa cuales son los terceros con quienes ha contratado su representante y, en consecuencia, ignore a quienes debe notificarles la extinción del poder en virtud de su revocación, el legislador alemán ha permitido que el poderdante deje sin efecto el apoderamiento mediante el anuncio público. Se sigue un procedimiento judicial no contencioso especial y transcurrido un mes después de la última inserción en los periódicos, surtirá efectos esa declaración de ineficacia.

En el derecho suizo, en cambio, a diferencia del derecho alemán, se considera independientemente la extinción del poder de representación y la de las relaciones jurídicas que generalmente le sirven de fundamento.

El Código de las obligaciones suizo dice, en efecto, que "los poderes que emanan de un acto jurídico se extinguen por la muerte, la declaración de ausencia, la pérdida del ejercicio de los derechos civiles y la quiebra del representado o representante, a menos que se haya convenido lo contrario o que ello resulte de la naturaleza del negocio" (²⁷³).

²⁷⁰ arts. 16 y el 176 del Código civil alemán.

²⁷¹ art. 167 del mismo Código.

²⁷² art. 170 del Código civil alemán.

En cuanto a la revocación, "el representado tiene en todo momento el derecho de restringir o de revocar los poderes que emanan de un acto jurídico" y contrariando el criterio aceptado por nuestro Código, por el Código alemán y por la doctrina moderna, rechaza en absoluto el principio de la irrevocabilidad de los poderes, estableciendo que "es nula toda renuncia anticipada a éste derecho (de revocar) por el representado" (²⁷⁴).

Con la extinción del poder de representación nace una obligación para el representante y para el representado: la de restituir o exigir, respectivamente, los títulos que acreditan el otorgamiento de esos poderes. Si el representado no exige su restitución, debe indemnizar a los terceros del perjuicio que de ello se derive, si han actuado de buena fe (²⁷⁵).

En el derecho inglés, la "agency", relación jurídica que tiene por único objeto el nacimiento del poder de representación del agente respecto del principal, se extingue por las mismas causas, en términos generales, que ponen término al mandato en nuestro derecho: ejecución del negocio cometido, llegada del plazo, cumplimiento de la condición, etc.

En cuanto a la revocación, también se la admite, como en nuestro derecho, pero se señalan algunas excepciones. Esto sucede cuando el poder ha sido otorgado no sólo en interés del principal, sino también del agente.

Por último, también se consideran causales de extinción de la facultad de representar del agente, la incapacidad sobreviniente y la quiebra de cualquiera de ellos.

X.—Subsistencia del poder de representación en beneficio del representante y de terceros de buena fe.

Ocurriendo algunos de los hechos constitutivos de las causales que acabamos de estudiar, debiera producirse automáticamente la extinción del poder de representación en forma absoluta. Sin embargo no sucede así y ello se debe a que el legislador ha debido contemplar la situación de los terceros de buena fe, que contratan con un representante y que no han podido conocer los hechos que han puesto término a los poderes de este último.

En efecto, es posible que la muerte, quiebra, matrimonio, etc. u otro accidente cualquiera sobrevinido a la persona del poderdante, acarreen la terminación de los poderes del representante y que tales hechos no hayan podido ser conocidos por los terceros; en tal caso es natural que estos no sean perjudicados en sus derechos o intereses por circunstancias extrañas, que no pudieron prever y que el poderdante, con mediana diligencia de su parte, pudo haber evitado, sea por avisos o por cualquier otro medio.

Por lo demás, aún cuando el representado haya obrado con toda la diligencia

²⁷³ art. 35 del Código de las obligaciones suizo.

²⁷⁴ art. 34 del mismo Código.

²⁷⁵ art. 36 del, Código de las obligaciones suizo.

posible, si los terceros se sienten lesionados en sus intereses por circunstancias extrañas, como es la de la terminación de los poderes del representante por causas que no pudieron conocer, es justo que sea el poderdante y no aquellos quien soporte las consecuencias de esta situación, porque es el representado quien ha creado esa situación especial "representación" y si él es quien se aprovecha de sus ventajas, justo es que soporte los riesgos que lleva consigo. Uno de esos riesgos es, precisamente, el de que los terceros, ignorantes de la terminación de los poderes, contraten con el ex-representante y exijan, después, el cumplimiento de lo pactado.

Lo que decimos de estos terceros podemos aplicarlo al representante que, ignorando sin culpa la extinción de sus poderes, sigue celebrando contratos a nombre del representado. En tal caso, no se debe derivar para él ninguna responsabilidad, ni para con los terceros ni para con el mandante.

Nuestro legislador, contemplando expresamente esta situación, ha establecido que "en general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante" (²⁷⁶).

Y todavía agrega, a continuación: "Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo ha hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice".

La situación es sencilla: si el mandatario-representante actúa de buena fe, esto es, sin conocimiento de la causa que ha hecho expirar el mandato, obliga al mandante y no se deriva para él responsabilidad de ninguna especie; si obró de mala fe, siempre obliga al mandante, pero debe indemnizarle.

En cuanto a los terceros, la situación también es sencilla; si actuaron de buena fe, esto es, ignorando la expiración del mandato y de los poderes del representante, tienen acción contra el mandante porque hubo representación. En cuanto al conocimiento o ignorancia del representante, es indiferente; el legislador atiende solamente a la buena o mala fe, de los terceros.

Si estos han obrado de mala fé, no merecen protección de ninguna especie; sabían el riesgo que corrían y naturalmente, carecerán de acción contra el ex representado.

Al respecto, dispone nuestro legislador que "cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante" (²⁷⁷). Esto no significa otra cosa que la ausencia de toda idea de representación cuando la ignorancia de los tercedso es culpable (como en el caso de la notificación por avisos o carteles) o cuando esa ignorancia no existía o, por lo menos, no era probable.

²⁷⁶ art. 2173 del Código civil.

²⁷⁷ art. 2173 inc. III del Código civil.

El mismo criterio lo hallamos aplicado en el Código de procedimiento civil, que dispone al respecto que "todo procurador legalmente constituido conservará su carácter de tal **mientras en el proceso no haya testimonio de la espiración de su mandato**" (²⁷⁸).

Esta es una verdadera protección al tercero de buena fe, que podría de otra manera, continuar actuando inútilmente en un juicio seguido contra un procurador que ha espirado en su cargo por una causa ignorada o que, por lo menos, se le ha ocultado. Conforme a la disposición citada, en cambio, subsiste el poder de representación del procurador, mientras en el proceso no haya testimonio de su expiración.

También en el derecho comercial encontramos una aplicación amplísima de este principio de subsistencia del poder de representación en beneficio de terceros de buena fe, en materia de sociedades. Estas aparecen como un contrato solemne, que se forman y prueban por escritura pública, inscrita, fijada y publicada conforme a las reglas que establece el art. 355 del Código respectivo.

Entre las cláusulas que deben figurar en esta escritura figura la que se refiere a los socios encargados de la administración y del uso de la razón social. En defecto de una delegación expresa, todos los socios se entienden autorizados para usar de la firma social.

Esta es la situación que conocen los terceros en virtud de la inscripción, fijación y publicación de la escritura pública de constitución de sociedad que contiene las cláusulas indicadas.

Pues bien, si los socios pretenden alterar esta situación durante la sociedad, privando a uno de ellos de la administración y uso de la razón social y confiriendo dicha administración y uso de la firma a otro, es menester que procedan con las mismas formalidades, inscripciones y publicaciones con que procedieron a la legalización de la sociedad, porque de otra manera queda vigente el poder del ex representante respecto de terceros, contra quienes los socios ni siquiera podrán probar el conocimiento de la expiración de los poderes del socio privado de la administración, pues "no se admitirá pruebas de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del artículo 350 ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas" (²⁷⁹).

He aquí, pues, otro caso y sumamente importante, de subsistencia del poder de representación a pesar de la expiración del cargo a que accedía, en beneficio de los terceros de buena fe, que de otra manera podrían ser burlados fácilmente en sus intereses.

Este principio rige en toda su amplitud tratándose de la representación voluntaria, esto es, de la que emana de la voluntad del representado.

La cuestión surge tratándose de 1,a representación legal llamada "de protección" o sea, de la establecida por el legislador en las tutelas y curatelas. En esta materia se ha

²⁷⁸ art.11 del Código de procedimiento civil.

²⁷⁹ art. 353 del Código de comercio.

suscitado el problema de determinar si también se aplican estos principios de la subsistencia del poder de representación en favor de terceros de buena fe. En otros términos, si expirando el cargo de tutor o curador pueden los terceros que contrataron con el ex guardador, alegar su ignorancia de las causas que pusieron término a la guarda y exigir al pupilo el cumplimiento del contrato.

La opinión dominante es la de que los terceros no pueden prevalerse de su ignorancia o buena fe para obligar al pupilo, y se explica esta diferencia con la representación convencional porque en ésta es el representado quien, al crear esta situación especial llamada "representación", ha dado lugar a todos los riesgos que ella acarrea y es natural que sea el que dá origen a los riesgos el que deba soportar los perjuicios que de ellos se deriven.

En cambio, en la representación legal de protección el representado ni ha pedido ni ha designado a su representante, sino que es la misma ley quien se lo ha impuesto. No habría razón alguna, entonces, para hacerle soportar los riesgos de una situación que él no ha creado y que se hacen recaer sobre el representado porque se le presume negligente en comunicar a los terceros la expiración de los poderes del representante, presunción que no puede tener cabida en este caso, en que la ley no le impone tal obligación al pupilo.

Nuestro legislador, no obstante, ha considerado expresamente esta situación y ha establecido que **"las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero, sabidas por él, pondrán fin a la tutela o curaduría"** (²⁸⁰).

La primera parte de esta disposición, que dice que las causas ignoradas de incapacidad **no vician** los actos del tutor o curador, presenta gran analogía con lo que establece que "en general todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante" (²⁸¹).

En ambos caso el representante (voluntario o legal) ignora la extinción de su poderes y obliga al representado respecto de terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice". respecto, dada la similitud de las situaciones resueltas por él en forma análoga.

En igual forma se debe interpretar la segunda parte del inciso segundo del mismo artículo 512, que establece: "pero sabidas por él (las causas de incapacidad) pondrán fin a la tutela o curaduría", disposición que, a nuestro juicio, debe concordarse con lo que dispone el art. 2173 inciso segundo, que establece: "Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario **sabedor de la causa que lo haya hecho expirar** hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice".

Tendríamos así, conforme al artículo 512 inciso segundo, que el tutor o curador que conocía las causas de incapacidad que le inhabilitan para ejercer el cargo, expira en sus

²⁸⁰ art. 512 inciso segundo de Código civil.

²⁸¹ art. 2173 inciso primero del mismo Código.

funciones y se le aplicarán las sanciones que señala el artículo 426 en su inciso final, pero obligará al pupilo respecto de terceros de buena fe, esto es, de terceros que han podido ignorar inculpablemente las causas de incapacidad que hacían expirar las funciones del guardador.

Debemos observar, en apoyo de nuestra opinión, lo siguiente: a) que no podría alegarse que los terceros debieron conocer la terminación de las funciones del guardador, porque la ley se presume conocida de todos, puesto que aquí no se trata de alegar ignorancia de la ley, sino **de hechos** que conforme a ella, ponen fin a la guarda. En efecto, un tercero debe saber que es incapaz de toda tutela o curaduría el que haya sido condenado judicialmente a una de las penas designadas en el art. 267 n.º 4 del Código Civil, pero puede ignorar la existencia de esa condena; conoce la ley pero ignora la existencia del hecho que ella toma en cuenta para legislar.

b) que tal solución no acarrea perjuicios al pupilo, quien se encuentra ampliamente protegido por la ley contra los posibles errores o mala fe de su guardador, por la fianza, inventario, rendición de cuentas, aprobación judicial de ellas, aprobación judicial del nombramiento antes que entre en sus funciones, etc. etc.

Este es, entonces, el espíritu que se deduce de nuestro Código, armonizando las distintas disposiciones que reglan la representación, y el que está más de acuerdo con la justicia y protección que merecen no solamente el pupilo, ampliamente protegido por el legislador, sino también los terceros que han obrado diligentemente y de buena fe.

Los principios que emanan de nuestro Código en cuanto a la subsistencia del poder de representación en beneficio de los terceros de buena fe, parecen consagrados en casi todas las legislaciones del mundo, especialmente en lo que se refiere al poder de representación emanado de la voluntad del poderdante.

Ya hemos visto en el Código civil alemán una serie de disposiciones que tienden a proteger a los terceros de buena fe contra el posible perjuicio que les ocasione la expiración del apoderamiento por causa ignorada inculpablemente por ellos. Así, la revocación de los poderes debe hacerse, ya lo hemos visto, en la misma forma en que se otorgaron y la declaración de revocación debe dirigirse a las mismas personas a quienes se notificó la existencia de ellos (²⁸²).

Efectuada la revocación en otra forma, los poderes se consideran subsistentes respecto de terceros de buena fe, situación análoga a la que se produce dentro de nuestro Código de Comercio, cuando se priva de la administración y del uso de la razón social a uno de los socios.

Disposiciones análogas contiene el Código de las obligaciones suizo. Así, se establece que "cuando el representado ha dado a conocer, sea por comunicación expresa, sea por sus actos, los poderes que ha conferido a su representante, no puede oponer a terceros de buena fe la revocación total o parcial de esos poderes, a menos que les haya comunicado igualmente esa revocación" (²⁸³).

²⁸² art. 171, 172 y 173 del C. civil alemán.

²⁸³ art. 34. inc. III del C. suizo de las obligaciones.

Y, además, después de establecer la obligación del representado de exigir la restitución de los instrumentos en que constan los poderes otorgados al representante, señala, como sanción al incumplimiento de ella, que "si el representado o sus causahabientes son negligentes en exigir esta restitución, responderán de los perjuicios que de ello pueda resultar a los terceros de buena fe" (²⁸⁴).

En términos generales, pues, el poder de representación subsisten en beneficio de los terceros de buena fe, a quienes se supone perjudicados por la negligencia del representado en comunicarles la extinción de los poderes otorgados al representante.

En el derecho inglés hemos visto ya, al tratar de los poderes aparentes, la llamada "agency by estoppel", cuyos principios rijen también en lo que se refiere a la extinción del poder de representación. Según ella, si una persona asume el rol de representado, deberá soportar todas las consecuencias que se deriven de ello, y, por lo tanto, se hallará obligada a cumplir todos los contratos celebrados por su pseudo representante con terceros de buena fe.

Lo mismo puede decirse, entnces, cuando el principal, por su negligencia, ha hecho incurrir a los terceros en él error de creer que los poderes otorgados al representante subsisten todavía y no les comunica oportunamente la cesación de ellos.

Este criterio de protección, pues, ampliamente considerado en nuestro Código Civil, inspira a todas las legislaciones que consagran, en forma más o menos amplia, el principio de la representación en los actos jurídicos.

CAPITULO CUARTO. DE LA REPRESENTACION SIN PODERES

PARRAFO PRIMERO

I.— Consideraciones generales

Hemos visto ya cuales son los elementos esenciales que deben concurrir para que exista representación: declaración de voluntad del representante, intención de celebrar el acto o contrato para otra persona, que es el representado, la cual intención debé ser compartida por el tercero contratante y, por último, que el representante tenga poder de representación, esto es, que en virtud de una disposición de la ley o de una declaración del representado, pueda el representante afectar el patrimonio de aquel a todas las consecuencias jurídicas del acto que celebra para él y en su nombre.

Hasta ahora hemos partido de la base que han concurrido los tres elementos. Sin embargo, es posible que una, persona actúe para otra y en su nombre, obligándola

²⁸⁴ art., 36. del mismo Código.

respecto de terceros y carezca, no obstante, de poder de representarla.

En este caso se habla de la "representación sin poderes" (²⁸⁵).

Ella tiene lugar, entonces, cuando una persona ejecuta un acta, o celebra un contrato a nombre de otra, sin tener facultad de representarla y sin que el representado haya dado lugar, con su actitud, a que los terceros crean en la posible existencia de esos poderes.

En otros términos, al hablar de la representación sin poderes excluimos todas las hipótesis de "poderes aparentes", fundadas en la negligencia, silencio culpable o intención dolosa del representado, pero incluimos, en cambio todos aquellos casos en

²⁸⁵ Debemos advertir que las reglas que rijen la representación sin poderes aparecen modificadas en el derecho procesal, donde se exijan ciertos requisitos para que ella opere y sin los cuales no puede producirse. Estos requisitos tienen por objeto evitar que el que interviene en un juicio pueda verlo recommenzado por el que compareció representado por un individuo que no tenía poderes para ello. Dada la naturaleza de este estudio, no puedo extenderme en el análisis de esas modificaciones, ya que ellas se refieren a una materia determinada, como es la representación en juicio, que por sí sola da tenía más que suficiente para una Memoria de prueba. No obstante, no resisto la tentación de citar una sentencia de nuestros Tribunales de Justicia en que se resume esta materia de la comparecencia en juicio en representación de otro, sin poder para ello. Esta sentencia aparece publicada en la Revista de Derecho y Jurisp. tomo XXII, 2.a parte, sec. 1a. p. 321 y sienta la siguiente doctrina, que yo acepto en todas sus partes: "Al reglar el Código de Procedimiento Civil la comparecencia en juicio, disponiendo, como base fundamental de ella, que toda persona puede hacerlo por sí o por apoderado, cuidó de fijar normas particulares y, precisas a la comparecencia, las cuales introducen algunas modificaciones a las reglas generales del mandato que consigna el Código Civil, y que deben primar sobre éstas. "Una de esas reglas particulares del mandato judicial es que la comparecencia en juicio a nombre de otro debe justificarse con el título de la representación, pudiendo admitirse, sin embargo, la comparecencia al juicio de persona que obró sin poder en beneficio de otra con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre, en cuyo caso el tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida y fijará un plazo para la ratificación del interesado. De estos preceptos se deduce lógicamente que la comparecencia en juicio sólo produce efectos jurídicos, sea con relación al representado, sea con respecto a la contraparte, cuando está aparejada de título que acredite la representación, o cuando, a falta de él se ofrece y garantiza, también, con aprobación del Tribunal, la ratificación del interesado; por lo cual, *la ratificación posterior no puede obligar a la contraparte, sino cuando ha sido previamente ofrecida y aceptada los términos indicados.* De acuerdo con estas disposiciones relativas al mandato judicial, la ley consignó entre las excepciones que pueden oponerse al juicio ejecutivo la falta de personería o representación legal del que comparece a nombre del demandante, y esto *eu resguardo precisamente de los derechos del demanaddo a fin de evitarle las contingencias de una nueva demanda por quien no la dedujo debidamente representado.* En consecuencia, establecido que la persona que intervino a nombre de otro al iniciar la ejecución carecía de la representación que asumió y que no ha hecha uso de su derecho en la forma prevenida en el inciso tercero del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, para que hubiera podido aceptarse su comparecencia sin el respectivo mandato del interesado, la sentencia que desestima la personería de quien intervino en representación del ejecutante y no acepta para ese efecto la ratificación posterior de éste que no se ofreció en oportunidad ni fué acogida previamente por el Tribunal, da correcta aplicación a dicho artículo 7 del Código de procedimiento civil. «No procede acoger la infracción del artículo 1691 del Código civil que se refiere a la forma en que debe hacerse la ratificación expresa para sanear los actos y contratos nulos, cuando adolecen de algún vicio susceptible de ese remedio, pues el mandato judicial no es susceptible de ratificación sino cuando esta ha sido oportunamente ofrecida y aceptada por el Tribunal, lo que no ocurrió en el caso sub lite. «No procese acoger la infracción del artículo 2120 del Código civil porque, además de que se refiera a casos diversos del que se trata, *la agencia oficiosa no puede tener cabida en juicio sino conforme a las indicadas reglas del Código de procedimiento civil.* «El artículo 2123 del Código civil contempla también una situación diversa de la producida y establece reglas acerca del mandato en general que están modificadas por las reglas particulares del Código civil acerca del mandato judicial.

que el representante se excede en sus facultades representativas en forma que los terceros no hayan podido ignorarlo.

Tratándose de la representación sin poderes podemos establecer como principio general, que la eficacia del acto o contrato celebrado por el representante queda sujeto, para determinar su valor o eficacia respecto del representado, a la ratificación de éste; o sea, a la declaración de voluntad del representado por la cual manifiesta que consiente en que los efectos de aquel acto o contrato celebrado a su nombre por el representante se radiquen en su patrimonio en forma idéntica a la que se habría producido si éste hubiese actuado en virtud de poderes conferidos ántes de la celebración de ese acto.

Esto es, por lo demás, lo que establece nuestro Código civil, cuando dispone que "el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre" (²⁸⁶). Y aplica el mismo principio al tratar de la delegación, diciéndonos que "la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante, no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado".

Vemos, así, que para que el acto celebrado por el representante a nombre del representado afecte a éste último, es menester que el primero haya actuado con poder de representación o, en caso contrario, que el representado lo haya ratificado expresa o tácitamente.

No obstante, hay casos en que, actuando el representante sin poderes o excediéndose de los que le han sido conferidos, no es necesaria la ratificación del interesado, porque la otorga la ley, supliendo la voluntad de éste. Ello ocurre cuando el negocio que celebró el representante fué necesario o por lo menos útil, al representado.

En esta forma tenemos que, obrando sin poderes, el representante puede obligar o nó al representado. Lo obligará inmediatamente si el acto que ha celebrado es útil o necesario al interesado y será menester la ratificación de éste cuando el acto en referencia no reúne esas cualidades.

De aquí han pretendido deducir algunos autores de Derecho, que hay dos clases de representación sin poderes o gestión de negocios una a la que llaman "regular" y que es aquella que se produce cuando no es necesaria la ratificación del interesado, porque el acto celebrado por el representante le es necesario o útil, y otra a la que llaman "irregular", que sería aquella en que, por no producirse esos beneficios, sería necesaria la ratificación del interesado para que esos actos le afectasen (²⁸⁷).

Esta distinción carece de importancia si se tiene en cuenta que en ambos casos es necesario que el agente celebre el acto por cuenta y a nombre del representado, con la única diferencia que si el acto es verdaderamente útil a éste, la ley no exige su ratificación, mientras que si no lo es, será menester que el propio interesado la exprese. Esta diferencia queda entregada, en último termino, a la apreciación o criterio de los jueces de

²⁸⁶ art. 2160 del Código civil.

²⁸⁷ Ver Demogue, tomo I, p. 198, nota 1.

tondo, ya que de estos depende determinar si el acto celebrado era o no útil.

En ambos casos el acto o contrato nace por la voluntad del agente, o de éste y el tercero, siendo necesaria la ratificación del interesado, no para la existencia del acto, que ya nació y vive en virtud de aquellas voluntades, sino para que él se radique en el patrimonio del interesado.

Esta ratificación coexiste con la celebración del acto cuando ella emana de la ley, porque es útil al interesado, o viene posteriormente cuando la ley no la presume y es necesario que la otorgue personalmente.

Como vemos, esta distinción entre gestión de negocios regular e irregular no tiene razón de ser, máxime si se tiene en cuenta que en uno y otro caso es menester que se cumplan las otras condiciones esenciales para que haya, representación: declaración de voluntad del gerente y "contemplatione domini".

En efecto, recordemos que es el representante con el tercero quienes dan nacimiento al acto y para que éste afecte al representado es menester que aquellos lo hayan celebrado "contemplatione domini" o sea, con la intención, compartida por ambos, de crear un vínculo directo entre el tercero y el representado, sin afectar a las consecuencias del contrato al representante.

Esta contemplatione domini, como ya lo habíamos observado al estudiar este elemento de la representación, consiste, simplemente, en la intención de actuar para otro, aún cuando no se sepa exactamente quien es este otro, o aún cuando haya error sobre su persona. En efecto, en nuestro derecho el que creyendo hacer el negocio de una persona hace el de otra, tiene respecto de ésta los mismos derechos y obligaciones que habría tenido si se hubiese propuesto servir al verdadero interesado (²⁸⁸).

Si se exigen las mismas condiciones y se producen los mismos efectos, la distinción carece de importancia y bastará decir, entonces, que en la representación sin poderes es necesaria la ratificación del interesado, cuando la ley no la presume, para que los efectos del contrato celebrado entre el gerente y el tercero lo afecten.

Ahora bien, para que la ley presuma la ratificación es menester que la gestión haya sido útil al interesado. Esta utilidad ha de existir al tiempo de celebrarse el contrato, ya que sería inicuo que el interesado lo rechazara porque después perdió, en otros negocios, las utilidades obtenidas en aquel; y estas utilidades deben apreciarse objetivamente, debe tratarse de beneficios pecuniarios y reales, pues no podemos olvidar que estamos dentro del campo de los derechos patrimoniales.

Nuestro Código civil sienta principios análogos a los que hemos señalados, y así establece que "si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión y le reembolsará las espensas útiles o necesarias" (²⁸⁹).

De manera, pues, que en este caso nuestro legislador ratifica de antemano,

²⁸⁸ 2293 del Código civil.

²⁸⁹ art 2290 del Código civil.

podríamos decir, el acto que celebra el gerente para el interesado, porque "un buen padre de familia no podría sino aprobar una negociación necesaria o por lo menos útil" (²⁹⁰).

La cuestión surge, en realidad, cuando se trata de una gestión de negocios en que por no reunirse aquellas circunstancias, es necesaria la ratificación del interesado.

Que carácter presenta esta ratificación en cuanto a la validez del acto o contrato? Será un elemento de su existencia o simplemente un acto jurídico posterior e independiente?

El problema ha sido ampliamente debatido y se ha llegado a soluciones diversas, según el criterio que cada autor ha adoptado frente al problema de la naturaleza jurídica de la representación.

Entre las teorías más importantes que se han formulado al respecto podemos señalar la que considera al gestor de negocios como un oferente del contrato celebrado por el principal y la ratificación como la aceptación de esa oferta.

O sea, según Laurent, "el contrato (entre el tercero y el principal) no se ha formado antes de la ratificación por la falta de consentimiento de aquel que no ha dado poder" (²⁹¹).

Esta teoría significa un desconocimiento de la doctrina moderna que, como lo hemos señalado en diversas ocasiones, considera que es la voluntad del representante con la del tercero la que da nacimiento al contrato que afectará al representado y que la voluntad de éste no tiene ingerencia alguna en la formación del contrato. La voluntad del representado tiene por objeto aceptar que los efectos de ese contrato en que ella no intervino, se radiquen en su patrimonio como si lo hubiera celebrado él mismo.

Labbé, en cambio, considera, de acuerdo con el criterio contemporáneo, que "la ratificación consolida un contrato ya formado entre el tercero contratante y el ausente que ha sido representado sin su conocimiento y que lo aprueba" (²⁹²).

Este es también el criterio adoptado por nosotros y el único aceptable si se tienen en cuenta los principios que rigen la teoría moderna de la representación.

Conforme a ellos el contrato principal es el resultado del acuerdo de voluntades del representante y del tercero, el cual contrato afectare directamente al representado no porque su consentimiento haya dado origen al acto sino porque ha manifestado su voluntad de que le afecte ese acto, celebrado por otras personas que él.

El mismo mecanismo rige en la representación sin poderes: el acto es celebrado por el tercero y el agente y en virtud de la "contemplatio domini" con que estos lo han celebrado, nace el vínculo jurídico "representación" entre el tercero y el principal, con la diferencia de que, mientras que en el caso de la representación con poderes el acto afecta al representado desde el momento en que se celebró, en el de la representación

²⁹⁰ Popesco R., ob. cit 332:

²⁹¹ Laurent, T. 28, N.º 69, p. 73 y 74.

²⁹² Labbé, «Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires», cit. Popesco, ob. cit. p. 343.

sin poderes es menester la ratificación del representado para que le afecte.

Observaremos sobre este punto que un criterio análogo al que hemos expuesto ha sido adoptado, también, para explicar la naturaleza jurídica de la estipulación por otro a que se refiere el artículo 1449 de nuestro Código Civil.

Esta institución que presenta tanta analogía con la que estamos estudiando que famosos tratadistas como Pothier, Colmet de Santerre y Demolombe han llegado a asimilarlas, aparece, también, corro un contrato que celebrado entre dos personas, "engendra, por sí misma, dice don Carlos Cofré Meza, un crédito en provecho del tercero sin necesidad de que éste se adhiera al contrato por medio de una aceptación expresa o tácita" (²⁹³).

Agrega más adelante el señor Cofré Meza, que "la aceptación del tercero no hace nacer el derecho a su favor, sino que tiene como único objeto colocar ese derecho al abrigo de toda revocación".

Baudry Lacantinnerie sostiene que en este caso, "el crédito del tercero nace **directamente del contrato en que no ha sido parte**, y si rehusa aceptarlo, no hace más que despojarse de un derecho ya adquirido, de un derecho que ya había entrado a su patrimonio" (²⁹⁴).

La analogía que existe entre la estipulación por otra y la gestión de negocios es evidente; tanto es así que en muchas ocasiones la línea divisoria entre ambas instituciones se esfuma y no puede determinarse.

Pues bien, en la estipulación por otro se admite francamente que el contrato se ha formado entre estipulante y promitente y que de este contrato nace inmediata y directamente una acción a favor del tercero en cuyo beneficio se ha celebrado el contrato.

En la gestión de negocios la situación es análoga: el gerente y el tercero celebraron el contrato "contemplatione domini", esto es, con la intención, compartida por ambos de que produzca sus efectos respecto de un tercero (el principal o representado). Por este contrato ya perfecto, nace directamente el vínculo "representación" entre el tercero y el principal, eso si que subordinado en cuanto a su eficacia frente al representado, a la ratificación de éste último. Si éste ratifica (si acepta, diríamos en la estipulación por otro), se producen todos los efectos normales de la representación y todas las consecuencias jurídicas del acto que ratifica se radicarán en su patrimonio.

Más gráficamente, podría decirse que por la celebración del acto entre el agente y el tercero, nace un vínculo directo entre éste y el representado (el vínculo jurídico representación); pero ese vínculo aparece en forma estática, inmóvil, siendo necesaria la ratificación del interesado para que comience a actuar, a agitarse, a producir sus efectos.

De lo expuesto podemos concluir, entonces, que "la ratificación es un acto jurídico unilateral, en virtud del cual una persona acepta como suyas las declaraciones de voluntad hechas en su nombre por otra que carecía de poder" (²⁹⁵).

²⁹³ Carlos Cofré Meza. La estipulación por otro; publicado en la Rv. de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXIII, p. 16.

²⁹⁴ Baudry Lacantinnerie et Barde, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, tomo XII "Des Obligations", p. 209.

A semejante conclusión llega, también, M. Popesco R., quien se expresa diciendo: "Concluamos, pues, de todo esto, que el contrato existe desde el momento en que ha sido celebrado por el gerente y que .su nacimiento no depende de la ratificación del principal" (²⁹⁶).

Esta es, también, la solución que nos parece más aceptable y que podríamos resumir diciendo que el contrato celebrado entre el agente y el tercero existe, pero sus efectos están subordinados a la ratificación del principal.

De la aceptación de esta doctrina se deducen consecuencias de Viran importancia, entre las que podemos señalar las siguientes

a) La ineficacia de la voluntad del agente en cuanto a la revocación del acto que celebró a nombre del interesado.

En efecto, habiéndose creado ya un vínculo directo entre el tercero contratante y el interesado, a raíz de la celebración del acto por el agente, éste desaparece de la escena jurídica para ceder su lugar al principal.

En cambio, considerando al gestor como un oferente, habría que admitir que éste puede, en cualquier momento, dejar sin efecto su oferta lo que sería evidentemente perjudicial para los intereses de tercero y del representado, quienes se hallarían entregados al capricho o mala fe del agente oficioso.

b) La muerte del agente o del interesado no hace caducar la agencia oficiosa. Por el contrato celebrado entre el agente y el tercero nacen **en el patrimonio del interesado** todos los derechos y obligaciones que emanan de aquel contrato (subordinados, eso sí, a la ratificación del principal) y por consiguiente, siendo derechos adquiridos, en nada puede afectarles la muerte del agente o del interesado; la de aquel, porque su persona nada tiene que hacer ya en la existencia del contrato a que su voluntad dió origen, la del interesado, porque siendo un derecho adquirido, ha ingresado a su patrimonio y se trasmite a sus herederos.

Esto no sería posible si se adoptase el principio que mira la agenda oficiosa como una oferta y la ratificación como a aceptación de ella. En efecto, muerto el agente se extinguiría la oferta y muerto el interesado no podría transmitir su facultad de aceptar, ya que ésta es una mera expectativa y no un derecho adquirido.

c) Por último, el derecho del interesado nace en el momento de la celebración del contrato entre el agente y el tercero y por esto la ratificación consolida sus derechos retroactivamente, desde aquel momento. En cambio, si la ratificación fuese la aceptación de una oferta de contrato, el derecho del aceptante nacería desde el momento en que se efectuase la ratificación y no ántes, porque ántes de su aceptación no habría contrato ni habría nada.

Esta declaración, por consiguiente, no necesita ser aceptada, ni por el agente ni por el tercero. El primero no necesita aceptarla porque celebrado el acto, desaparece de la

²⁹⁵ Juan Estrada M.-De la representación en los actos Jurídicos, Memoria de Prueba, año1930. p. 21.

²⁹⁶ Popesco, ob. cit. p.

escena jurídica para ceder su. puesto al representado y el tercero tampoco necesita aceptarla porque su voluntad contractual ya se manifestó frente al agente dando nacimiento así al contrato que existe entre él y el interesado.

La declaración de éste es, entonces, una declaración unilateral de voluntad cuyo efecto principal consiste en hacer eficaz el contrato existente entre él y el tercero contratante (²⁹⁷).

Esta declaración debe emanar de la persona en cuyo patrimonio se han radicado aquellos derechos y obligaciones, si es capaz de obligarse, o bien de su representante legal.

Recordemos que la ratificación equivale a un otorgamiento de poder y que para esto, como para cualquier otro acto jurídico, el poderdante o el que ratifica ha de estar en el goce de su capacidad de ejercicio. Si el que ratifica no tiene la libre disposición de sus bienes, deberá ser autorizado por su representante legal, o bien será este mismo quien podrá efectuarla en representación de aquel.

II.—De la ratificación en particular.

La ratificación, acto jurídico unilateral, conforme lo hemos visto ya puede ser expresa o tácita. Nuestro legislador lo ha dicho espresamente al establecer que: "será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre", y que "la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado" (²⁹⁸).

De acuerdo con lo dispuesto al tratar de la estipulación por otro, que podemos aplicarlo al caso en estudio, por analogía, debemos entender que "constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato" (²⁹⁹).

La ratificación está exenta de formalidades, así como lo está, también, el acto por el cual se confiere poder. En efecto, recordemos que en la estipulación por otro, cuya analogía con la agencia oficiosa hemos observado hace poco, la aceptación del beneficiario, que equivale a la ratificación del interesado, puede ser expresa y aún tácita, sin que se exija, en ninguna parte, que ella reúna condiciones de forma.

No obstante, creemos que cuando el acto que se ratifica es solemne, la ratificación debe reunir las mismas solemnidades que se exigen en ese acto, atendiendo a que en nuestro derecho el acto por el cual se confiere poder es consensual o solemne según lo sea, también, el acto cuya comisión se encomienda. Siendo la ratificación un verdadero otorgamiento de poder, con efectos retroactivos, es evidente entonces que ha de ser, también, solemne cuando lo sea el encargo que ha sido objeto de la gestión.

²⁹⁷ Estrada Mayorga, ob. cit. p. 24.

²⁹⁸ arts. 2160 inciso II y 2136 de Código Civil.

²⁹⁹ art. 1449 inciso II del mismo Código.

La ley no dice nada a este respecto y llegamos a esta conclusión sólo por la analogía evidente entre el otorgamiento de poder ántes de la celebración del negocio y el que se efectúa posteriormente, mediante la ratificación (³⁰⁰).

Debemos observar, además, que no cabe apoyarse, para llegar a esta conclusión, en lo dispuesto en el artículo 1694, ubicado en el título XX del Libro IV, que trata de la nulidad y la rescisión, y que establece que "para que la ratificación espresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica".

En efecto, la ratificación de que aquí se trata no es la misma que estamos estudiando. Aquella tiene por objeto validar un acto nulo, o sea, un acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

Es natural, entonces, que la ratificación que tiene por objeto, precisamente, dar validez a ese acto, cumpla con las solemnidades o requisitos que se exigen en él y que se omitieron acarreado su nulidad.

Distinta es la situación que estamos estudiando; en ella se trata de un **acto plenamente válido** pero cuyos efectos están paralizados mientras pende la aceptación del representado. Esta aceptación o ratificación no tiene por objeto validar el acto o contrato celebrado entre el representante y el tercero, pues el acto es en si plenamente válido, repetimos, sino únicamente tomar sobre si los efectos de él. (³⁰¹).

De esta diferencia entre la ratificación que tiene por objeto sanear un acto nulo y la que tiene por objeto aceptar los efectos de un acto o contrato celebrado a nombre de otro por el que no tenía facultad de representarlo, se deducen consecuencias importantes derivadas de la propia naturaleza de cada uno de estos actos jurídicos.

Tratándose de un acto nulo que se pretende ratificar, tenemos que ese acto afecta ya al que lo ratifica y este, al confirmarlo, no hace otra cosa **que renunciar al derecho** de solicitar la nulidad del acto.

En el caso de la representación sin poderes, en cambio, el acto no afecta en nada al que lo ratifica y éste, con su ratificación, accede a radicar en su patrimonio las consecuencias jurídicas de un acto que jamás le alcanzaría.

³⁰⁰ No podemos menos de citar una curiosísima sentencia de nuestros Tribunales de Casación, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XII, segunda parte, sec. primera, p. 138, que sentó la siguiente doctrina: "De consiguiente, vendida por el mandatario de una persona la propiedad cuya enagenación era el objeto único del mandato, en esa misma fecha termina el mandato y junto con él la delegación del mismo hecha por el mandatario y es, por lo tanto, ineficaz la enagenación de la misma propiedad hecha con posterioridad por el delegado. La situación de derecho de este último, en la fecha en que procedió a la venta de la propiedad en cuestión es, en el mayos de los casos, la de un extraño que administra sin mandato los negocios de otro, o sea, **la agencia oficiosa que jamás puede tener lugar respecto del contrato** de compraventa, para. cuya celebración a nombre de otro se necesita mandato expreso". Esta sentencia, a nuestro juicio, es absolutamente absurda, carece de fundamento, y, lo que es más criticable, destruye en gran parte el valor práctico de la gestión de negocios. No se vé por qué razón una persona no pueda ratificar por escritura pública, la compra de un bien raíz hecha por un agente oficioso en su nombre. Y por el contrario, siguiendo el criterio adoptado en esta sentencia la agencia oficiosa no podría tener lugar en ningún acto o contrato solemne, lo que significa crear limitaciones que la ley no señala.

De este modo, mientras que en el primer caso el acto se radicará definitivamente en su patrimonio, transcurrido cierto tiempo, si no manifiesta voluntad en contrario, en el segundo caso podrán pasar mil años y el acto no le afectaría jamás, porque el contrato celebrado entre un representante suyo que carecía de poder para ello y un tercero es una "res inter alias acta", esto es, un contrato celebrado entre extraños.

Por tratarse de la ratificación de un contrato válido y ya existente, los efectos de ella se retrotraen a la época en que se celebró el contrato; es decir, la ratificación opera con efectos retroactivos.

Así, una tradición que al principio fué inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enagenar la cosa como dueño o como representante del dueño (³⁰²).

La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante.

Pero la tradición que en su principio fué inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación (³⁰³).

Igual principio ha sentado nuestro legislador en la posesión, y así, si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni su representante, no poseerá ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá, su posesión al momento en que fué tomada a su nombre (³⁰⁴).

³⁰¹ Hace muy bien esta distinción entre ratificación de un acto nulo y ratificación que tiene por objeto tomar sobre sí los efectos de un contrato celebrado por un agente que no tenía poder de representar al que ratifica, una sentencia de la Corte de Apelaciones de 24 de Abril de 1933 publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX, segunda parte, sección primera, que sentó la siguiente doctrina: "Los artículos 1450 q 2160 del Código Civil se refieren a casos singulares y determinados, en los cuales la ratificación tiene por objeto validar obligaciones contraídas a nombre de una persona por alguien que se atribuye su representación o por un mandatario que se ha exlmitado en sus facultades. "El Código Civil, en los casos específicos que contempla en los artículos 1450, 1577, 1818 y 2160, que se refieren todos al caso de ratificación de obligaciones contraídas por parte de la persona que no obró directamente en un acto o contrato sino que a su nombre medió un tercero que carecía de su representación o personería u obraba exlmitándose en sus facultades de mandatario, le da uniformemente un valor tal a la ratificación que produce la pena validez de las obligaciones contraídas, demostrando que para el legislador la ratificación puede dar pleno vigor y sanear obligaciones no nacidas debidamente a la vida del derecho, como se dice en el artículo 1684, tratándose de los actos o contratos que adolecen de nulidad relativa; y en los raros casos en que la ratificación no es procedente, porque el acto o contrato primitivamente celebrado adolece de nulidad absoluta, por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para su validez, el mismo legislador se ha cuidado de prevenir que la ratificación no produce efectos jurídicos, para los fines del saneamiento, como lo hace en el artículo 1683 del Código Civil respecto de la nulidad absoluta y el artículo 358 del Código de Comercio, tratándose de la constitución irregular de la sociedad colectiva. "Los socios que administran ejercen funciones propias del mandato y, por tanto, cabe aplicarles el artículo 2160 del Código Civil, y en consecuencia, ratificado por el mandante, o sea, la sociedad, por intermedio de todos sus socios colectivos, la hipoteca contraída por los socios gestores sin estar facultados para ello, esa ratificación es válida y produce, con respecto al mandante, los efectos jurídicos que dicha disposición legal determina".

³⁰² art. 672, inciso, II, del Código Civil.

³⁰³ art. 673 del C. C.

Así, también, cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio (³⁰⁵).

Y la venta de cosa agena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta (³⁰⁶).

Pero este principio de la retroactividad de la ratificación, que es absoluta en lo que se refiere a las relaciones del interesado y del agente, sufre algunas excepciones en cuanto mira las relaciones del representado y los terceros.

Labbé, en su "Dissertación sur les effets de la ratification des agites d'un gérant d'affaires", distingue si los terceros han tratado con el interesado mismo o bien con el agente.

Si han contratado con el gerente, los derechos adquiridos por los terceros no impiden los efectos de la ratificación. Se trata de actos celebrados por el agente respecto de una cosa que no le pertenece y que no pueden ligar, entonces, en forma absoluta al principal o interesado.

Así, si el agente vendió la cosa del principal a dos personas distintas, sucesivamente, el principal puede ratificar la primera venta sin que en nada puedan entorpecer el efecto retroactivo de esta ratificación los derechos que el segundo comprador de la cosa quiera hacer valer sobre ella.

Distinta es la situación que se produce si habiendo sido vendida la cosa por un agente oficioso, el dueño lo ignora y la vende a un tercero. En este caso es evidente que el interesado no podrá ratificar el acto ejecutado por el agente, porque en tal caso caería por tierra la venta efectuada por él al tercero, quien tendría derechos adquiridos sobre la cosa, de los cuales derechos no podría verse privado por la sola voluntad del vendedor (³⁰⁷).

Si por la ratificación pueden coexistir los derechos del tercero que contrató con el agente oficioso y los del que contrató con el propio interesado, nada impedirá la ratificación del principal. Así sucedería en el caso de una hipoteca constituida por el tercero y otra por el principal, sobre una cosa de éste.

³⁰⁴ art. 721 del mismo Código.

³⁰⁵ art. 1577 del mismo Código.

³⁰⁶ art. 1818 del mismo Código.

³⁰⁷ Adopta este mismo criterio una sentencia de nuestros Tribunales ya citada por nosotros, p. 000 de este trabajo, que sentó la siguiente doctrina: "De consiguiente, vendida por el mandatario de una persona la propiedad cuya enagenación era el objeto único del mandato, en esa misma fecha termina el mandato y junto con él la delegación del mismo hecha por el mandatario y es, por lo tanto, ineficaz la enagenación de la misma propiedad hecha con posterioridad por el delegado. "La situación de derecho de este último, en la fecha en que procedió a la venta de la propiedad en cuestión es, en el mejor de los casos, la de un extraño que administra sin mandato los negocios de otro, o sea la agencia oficiosa que vemos, así, que el contrato de compraventa celebrado por el delegado con el tercero es ineficaz, no podría ser ratificado, por cuanto esa ratificación iría contra los derechos adquiridos por el tercero que contrató con el mandatario que tenía facultad para ello.

Ambas hipotecas pueden coexistir sobre la cosa y la ratificación que el principal haga de la constituida por el agente en nada perjudica los derechos del que la constituyó por convenio directo con el principal.

Se comprende fácilmente, dice M. Popesco, la diferencia entre la situación creada a los terceros que han contratado con el principal y la creada a los que derivan sus derechos del agente o bien del tercero contratante. El principal, ha dispuesto de su propio derecho, de su propia cosa; los últimos han dispuesto de la cosa de otro. No se podría imponer al interesado un gravámen contra su voluntad (³⁰⁸).

Baudry Lacantinnerie et Wahl expresan, en forma más absoluta, que "frente a terceros la ratificación no produce efectos retroactivos, lo que se expresa, en otra forma, diciendo que la ratificación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros" (³⁰⁹).

Pero es evidente que esta conclusión, tan absoluta, solo cabe respecto de los terceros que han contratado con el principal, ya que estos son los que realmente tienen derechos adquiridos. Los otros tienen derechos eventuales, subordinados a la ratificación del representado, para quien, por otra parte, es optativo consolidarlos o no. En tal situación el principal puede, ratificando un acto, dejar sin efecto los derechos presuntos de los otros terceros.

Nuestro Código no ha contemplado la situación de los terceros frente a los efectos retroactivos de la ratificación. Pero ha señalado el legislador algunos casos que presentan una ligera semejanza con el que nos ocupa y en los cuales ha seguido un criterio análogo al que hemos señalado, en el sentido de respetar los derechos adquiridos por los terceros frente a los efectos retroactivos de la ratificación.

En efecto, el artículo 1819 del Código civil, ubicado en el párrafo que trata "de los efectos inmediatos del contrato de venta", establece que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición. Por consiguiente, si el vendedor la vendiese a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador" (³¹⁰).

El caso de que trata este artículo es el siguiente: A vende a B una cosa de que no es dueño; posteriormente a esa venta, A adquiere el dominio de la cosa y ahora, siendo ya verdaderamente dueño, pretende venderla a C, saltando sobre los derechos de B.— Pues bien, no puede hacerlo porque este último aparece como único dueño de la cosa desde la fecha en que la adquirió por tradición.

Esta situación presenta alguna semejanza con el caso de la ratificación, que estamos estudiando. A vende una cosa a B, sin saber que un agente oficioso suyo la había vendido a C. —Pues bien, A no podría ratificar la venta hecha por el agente a C porque B

³⁰⁸ Popesco. ob. cit p. 348

³⁰⁹ Baudry Lacantinnerie et Wahl, ob. cit. p. 382 N

³¹⁰ Art. 1819 del Código civil;

tiene ya derechos adquiridos sobre la cosa, de los que se vería privado en caso de efectuarse tal ratificación. O sea, sucede lo mismo que en el caso anterior, en que A, siendo ya dueño de la cosa, no puede venderla a C porque la había vendido anteriormente a B y éste se reputa dueño desde la fecha de la tradición de la cosa, es decir, tiene un derecho adquirido sobre ella de que no puede verse privado por la sola voluntad de su vendedor.

o – o –o

Las legislaciones extranjeras coinciden con la nuestra en lo que se refiere a la necesidad de una ratificación del principal para que afecten a éste los actos o contratos celebrados por un representante sin poderes o por un representante que ha excedido de sus facultades representativas.

Así, se establece en la legislación alemana que "si cualquiera concluyese sin poder un contrato a nombre de otro, dependerá su eficacia, a favor o contra el representado, de la ratificación de éste"

Sin embargo, lo mismo que en nuestra legislación, el Código civil alemán acepta que no sea necesaria esa ratificación cuando la gestión ha sido necesaria o útil al principal. Y precisamente a éste caso en que no es necesaria la ratificación del principal, se le ha denominado "gestión de negocios", reservando el nombre de "representación sin poderes" para aquel en que la representación no opera sin la ratificación del principal.

Observemos, de paso, que el Código civil alemán, partiendo de estos principios, trata de la agencia officiosa en la sección tercera del Libro segundo, que se refiere a las "diversas relaciones obligatorias", a continuación del contrato de mandato y precediendo al de depósito.

Naturalmente que lo mismo que en nuestro derecho, la agencia officiosa entrañará representación solamente cuando se hayan reunido las demás condiciones que siempre se requieren para que ella exista actuación a nombre de otro, capacidad del representante, etc., etc. En caso contrario, el agente officioso lo mismo que el mandatario que actúa a nombre propio, adquiere para sí todos los derechos y obligaciones que emanan del contrato, de los cuales deberá hacer una cesión en forma al principal.

La ratificación aparece, por otra parte, como un acto unilateral, que puede ser dirigida tanto al representante como al tercero contratante y opera, lo mismo que en nuestro derecho, con efectos retroactivos. Salvo convenio en contrario, dice el Código civil alemán, el asentimiento dado con posterioridad se retrotraerá, en cuanto a sus efectos, al momento en que se realizó el acto jurídico (³¹¹).

En cuanto a la situación de los terceros frente a esta retroactividad de la ratificación, el Código alemán sienta los mismos principios que ya habíamos señalado como normas de nuestro derecho: esta retroactividad no quitará eficacia a los actos de disposición que se hayan realizado respecto de la cosa objeto del acto jurídico ántes de la ratificación, **por el autor de ésta**, o que resulten de una ejecución, de un embargo o de una decisión del Síndico en caso de quiebra" (³¹²).

³¹¹ 184 del Código civil alemán.

Lo mismo que el acto por el cual se confiere poder, el asentimiento no deberá darse en la forma exigida para la celebración del

Respecto de esta materia observábamos que en nuestra legislación no hay disposición alguna al respecto y que, por lo tanto, no debieran exigirse formalidades de ninguna especie en la ratificación, pero que dado lo dispuesto en el artículo 2123 del Código civil, que exige que en el mandato se llenen las solemnidades del acto que es objeto del mismo, era prudente concluir que cuando la ratificación era expresa debiera reunir los requisitos de forma que la ley exige en el acto que se ratifica.

Por lo demás, siendo discutible la cuestión, es preferible que la ratificación se efectúe en esas condiciones, para evitar posibles litigios.

acto que se ratifica (³¹³).

Advertimos que el Código alemán ha sido más lógico que el nuestro al conceder al tercero contratante el derecho de señalar un plazo al representado para que diga si ratifica o nó el acto celebrado por el agente (³¹⁴).

En nuestro derecho tal plazo no existe y ello acarrea el peligro de mantener al tercero contratante en una situación incierta, sin sabersi el representado ratificara o no el contrato celebrado por un agente o por un representante que carecería de poderes para ello.

El legislador procesal chileno, en cambio, ha contemplado esta, situación estableciendo que "podrá, sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida, y **fijará un plazo para la ratificación del interesado**" (³¹⁵).

Esta disposición de nuestro derecho procesal debiera existir, también, en nuestro derecho civil, permitiéndose al tercero acudir a la justicia, a fin de que el Tribunal señalase al interesado un plazo, mas o menos prudente, para decidirse a ratificar lo obrado por el agente, transcurido el cual plazo se entendería que renuncia a su derecho de ratificar.

Principios análogos a los que hemos visto en la legislación alemana sienta, también, el derecho siuzo. Aquí, como allí, aparece la ratificación como un acto exento de formalidades, necesario siempre que el representante haya carecido de poderes o se haya extralimitado en los que tenía.

El tercero contratante tiene derecho, asimismo, a exigir que el representante declare, dentro de un plazo conveniente, si ratifica o nó el contrato y en su silencio se entenderá

³¹² art. 184 inc. II del Código civil alemán.

³¹³ art. 182 del mismo Código.

³¹⁴ art. 177 del mismo Código.

³¹⁵ art. 7 C. Pr. Civil;

que no lo ratifica (³¹⁶).

En todo lo demás, dado el criterio de los Tribunales suizos que se inspiran directamente en el derecho alemán, rijen las reglas que hemos señalado al estudiar esta legislación.

III.—Responsabilidad del representante sin poderes a falta de ratificación.

Hasta ahora hemos visto la situación del que ha sido representado por otro que no tenía facultades para ello. Su situación es muy sencilla:

a) si el negocio le ha sido necesario, o por lo menos útil, ha, habido verdadera representación que producirá plenos efectos desde el momento mismo de la celebración del acto;

b) en caso contrario, la eficacia del acto celebrado, respecto del principal, dependerá de la ratificación de éste.

Pero nos corresponde ahora, analizar la situación del representante sin poderes, en lo que respecta a su responsabilidad frente a los terceros, cuando el principal no quiere ratificar el acto ejecutado en su nombre, comprendiéndose, asimismo en este caso, el del representante que ha excedido los límites de sus poderes.

Nuestro Código civil se pronuncia directamente sobre esta materia, estableciendo que "el mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante y no es responsable a terceros, sino: 1.º cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; y 2.º cuando se ha obligado personalmente" (³¹⁷).

De esta disposición se desprende que para determinar la responsabilidad del representante sin poderes, o del que se extralimitó en los que tenía, es menester distinguir si los terceros tuvieron o no conocimiento de la ausencia o extensión de los mismos.

Analicemos por separado ambas situaciones.

a) Caso en que los terceros contratantes han conocido la ausencia de poderes o la extensión de los mismos.—

En este caso dispone nuestro legislador que el mandatario-representante no es responsable a los terceros.

En efecto, el artículo 2154 dice que el mandatario que ha excedido los límites de su mandato es sólo responsable al mandante y no es responsable a terceros sino cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes A "contrarius sensu", si les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes o si le ha notificado la carencia de ellos, en el caso de la agencia oficiosa), el mandatario representante no es responsable a terceros.

Esto se explica por sí solo, ya que sería absurdo hacer responsable al

³¹⁶ arts. 38 y 39 Cód. obligaciones suizo.

³¹⁷ art. 2154 del Código civil.

mandatario-representante de los riesgos que los terceros aceptaron implícitamente tomar sobre sí al contratar en esas condiciones.

Naturalmente que si el agente o representante se ha obligado personalmente hacia los terceros para el caso de que el representado no ratifique lo obrado, esos terceros tendrán acción de perjuicios contra el agente, o la que corresponda, según lo convenido. Así, nada impediría que se estipulase entre el representante y los terceros, una cláusula penal para el caso de no ratificación del representado, Esta situación la ha contemplado expresamente nuestro Código civil, al disponer que "con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de una pena aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona" (³¹⁸).

Esta disposición calza perfectamente en el caso del representante sin poderes, que se impone una pena en favor del tercero contratante para el caso de que el principal no ratifique la obligación contraída a su nombre.

El representante sin poderes podría obligarse, por la cláusula penal, aún al cumplimiento personal del contrato celebrado, en caso de no ratificación del principal.

En caso de que el representante se obligase personalmente hacia los terceros para el caso de que el representado no ratificase lo obrado por aquel en su nombre, los terceros tienen, evidentemente, acción de perjuicios contra el representante. Esta obligación podría considerarse como un afianzamiento de un hecho ageno y, conforme lo dice nuestro Código Civil, afianzamiento un hecho ageno y conforme lo nuestro Código Civil, afianzado un hecho ageno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva (³¹⁹).

b) Caso en que los terceros contratantes no han conocido la ausencia de poderes o la extensión de los mismos, y el principal se niega a ratificar.

Este es, sin duda alguna, uno de los problemas más discutidos por los tratadistas que se han ocupado de esta materia y, probablemente, uno de los de más difícil solución

Cabría hablar de responsabilidad contractual del agente?, o de otra causa, será ineficaz. Cabe, ppes, en este caso, el del representante ageno? He ahí el problema.

Saillelles ha estudiado admirablemente un problema que presenta gran analogía con el que nos ocupa: el de la responsabilidad que se deriva, en general, para el oferente de un contrato que, por nulidad u responsabilidad delictual, por haber causado daño en el patrimonio sin poderes que contrata con un tercero y cuyo principal se niega a ratificar lo obrado. En virtud de esta negativa, el contrato celebrado entre el tercero contratante y el principal (subordinado a la ratificación de éste), carecerá de eficacia, no podrá cumplirse, y el tercero contratante se hallará en situación análoga a la del que celebró un contrato

³¹⁸ art. 1536 del Código civil.:

³¹⁹ art. 2343, inc. III del C. Civil.

nulo.

Podrá demandar perjuicios el tercero contratante al oferente de un contrato ineficaz? Y aceptado que pueda hacer efectiva la responsabilidad del agente, se tratará de una responsabilidad contractual o delictual?

En lo que se refiere al primer punto, esto es, al de la posible responsabilidad del oferente de un contrato ineficaz, se ha aceptado plenamente por la doctrina, siempre que el oferente, al hacer la oferta de contrato, haya tenido conocimiento de la ineficacia o imposibilidad de llevar a efecto el contrato ofrecido.

En el caso del representante sin poderes, que es el que ocupa nuestra atención, sería responsable siempre que conociese su falta de poderes y que el tercero contratante lo ignorase, pues de saberlo es de suponer que ha aceptado correr los riesgos que significa celebrar un contrato en esas condiciones.

Ahora bien, aceptada la responsabilidad del agente frente al tercero a quien induce a contratar, a sabiendas de que carece de poder para ello, surge la cuestión de saber si su responsabilidad es de carácter contractual o simplemente delictual.

La mayoría de los tratadistas se inclinan por la tesis de la responsabilidad delictual. Entre el tercero contratante y el agente no hay vínculo contractual alguno, como no lo hay, tampoco entre, el tercero y el principal mientras éste no ratifica.

De aquí, pues, que los autores hayan ido a buscar los fundamentos de la responsabilidad del oferente de un contrato ineficaz, en el campo de los delitos y cuasidelitos.

El representante sin poderes que conociendo estas circunstancias contrata en nombre de un representado y no dá conocimiento de esas circunstancias al tercero, actúa con dolo o negligencia que le hacen responsable de un delito o cuasidelito civil. Estaríamos en presencia de un hecho culpable, cometido con o sin intención de dañar, por lo que el representante, como todo el que comete un delito o cuasidelito, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, aún cuando vaya de buena fe, esto es, creyendo que el principal ratificará lo pactado a su nombre.

La circunstancia de que se trate de una responsabilidad delictual o contractual del representante, trae consecuencias de grave importancia.

Así, por tratarse de una responsabilidad delictual o cuasidelictual, el representante podrá acreditar que ha actuado diligentemente, en cuyo caso, habiéndose producido perjuicios para el tercero por la negativa del principal a ratificar, no podrá aquel intentar acción de perjuicios contra el representante, porque sería absurdo hablar de culpa probada la diligencia.

Agréguese a esto que vá contra el espíritu del Código hablar de responsabilidad delictual del representante sin poderes, es decir, del que administra sin mandato los negocios de otra persona, cuando esto aparece como una institución reglamentada especialmente por nueslegislador. .

Por lo demás, como dice Saleilles, la responsabilidad delictual aparece fundada en una verdadera negligencia y nó en una simple imprudencia, como sería la del agente

oficioso, si es que la hubo, y es evidente que el representante que actúa sin poderes, a nombre del representado, más que negligente puede estimarse imprudente, por haber confiado en una ratificación que después se le niega. Lo que aparece más acentuado aún por la circunstancia de que, conforme a nuestro derecho positivo, el representante puede creer que esa ratificación del principal ni siquiera será necesaria, por estimar que el acto que ejecuta o el contrato que celebra es necesario, o por lo menos útil, al principal.

Por último, la tesis de la responsabilidad delictual tiene el gravísimo inconveniente de hacer recaer el peso de la prueba sobre el tercero contratante, que sufrió los perjuicios, ya que corresponde acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito a aquel que alega su existencia.

Para evitar estos inconvenientes y salvar las objeciones formuladas a aquella doctrina, aunque manteniendo siempre el principio de la responsabilidad que pesa sobre el oferente de un contrato ineficaz, Ihering ha propuesto una nueva base de responsabilidad, a la que se ha denominado "culpa in contrahendo".

Saleilles la formula así: Cualquiera que entre en relaciones de negocios con otra persona haciéndole una oferta de contrato, se obliga, por este hecho, a responder de toda falta que debiera reparar en virtud del contrato ofrecido; y una vez aceptada la oferta, aún cuando el contrato sea nulo o revocado, subsiste aquella obligación del oferente y basta para hacerle responsable de toda falta cometida por él en razón de su proposición misma.

En otros términos, como dice el mismo Saleilles, la responsabilidad que debía derivarse del contrato nace ya con la proposición de contrato.

Esta responsabilidad del oferente abandona, así, su fundamento delictual para conservar "un origen contractual, puesto que puede descomponerse o desdoblarse la convención concluida entre las partes; ésta contiene un contrato nulo y además un pacto que es independiente y que subsiste, consistiendo en la obligación recíproca de responder de toda falta cometida por las partes en las relaciones de negocios habidas entre ellas".

Consiguientemente, el representante sin poderes que celebra un contrato con un tercero, el cual contrato no es ratificado después por el principal, ha contraído por su sola oferta, la obligación de responder al tercero de los perjuicios que le ocasione la imposibilidad de llevar a efecto el contrato ofrecido. Consiguientemente, el tercero que no puede exigir al principal el cumplimiento del contrato, porque no lo ha ratificado, podría dirigirse contra el representante para que indemnice los perjuicios que se deriven de esa inexecución.

En cuanto a la determinación del monto de los perjuicios sufridos por el tercero, no es posible medirlos, como observa Saleilles, en relación a los beneficios que habría obtenido con el cumplimiento del contrato, puesto que para obtener esos beneficios habría sido necesario que hubiese efectuado, a su vez, la prestación que por el contrato, ineficaz se le imponía. Y en éste caso, no llevándose a efecto el contrato, el tercero aparece dispensando de toda prestación y conserva en su patrimonio lo que habría debido entregar para obtener, a su vez, la prestación de la parte contraria.

De aquí que Ihering, como complemento de su teoría de la "culpa in contrahendo", haya expresado que los perjuicios del tercero contratante se medirán por el interés pecuniario que éste habría tenido **en no celebrar un contrato** que se iba a declarar ineficaz, lo que se llama 'negative vertrags interesse'.

Aplicando esta doctrina al caso del representante sin poderes, tendríamos que éste respondería, por la teoría de la culpa in contrahendo, de los perjuicios que se derivan para el tercero contratante de la ineficacia del contrato celebrado por la negativa del representado para ratificarlo, y estos perjuicios se determinarían por el interés pecuniario que habría tenido el tercero contratante en no celebrar con el agente un contrato que iba a quedar sin efecto. Esto es, el representante se limitaría a resarcir al tercero las espensas en que éste hubiera incurrido para celebrar el contrato, tiempo perdido en ellos, viajes, etc.

o - o

Ante tal situación de la doctrina, qué criterio adopta nuestro Código?

El problema es árduo, teniendo en cuenta que no podemos entrar al estudio de la teoría de la culpa en nuestro derecho, como tampoco al de las llamadas "obligaciones precontractuales", porque excedería con mucho el objeto de nuestra tesis (³²⁰).

Circunscribiéndose a la materia objeto de nuestro estudio, debemos admitir plenamente la responsabilidad del representante sin poderes en favor de terceros.

En efecto, bástenos recordar que nuestro legislador ha establecido espresamente que el mandatario que ha excedido los límites de su mandato es responsable a terceros cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes y que esto es aplicable, naturalmente, al caso en que el mandatario carecía en absoluto de poderes y no dió conocimiento de esta circunstancia a los terceros (³²¹).

Tratándose del representante de una corporación ha dicho nuestro legislador que los actos de éste, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; **en cuanto exceden de estos límites, sólo obligan personalmente al representante** (³²²).

Recordemos, por último que el socio administrador, en todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; **obrando de otra manera, él sólo será responsable** (³²³).

Establecida, pues, la responsabilidad del representante frente a los terceros que

³²⁰ Puede consultarse sobre este punto, la Memoria de Licenciado de don Manuel María Risueño, sobre "Obligaciones precontractuales" y el estudio del tratadista francés M. Henry Mazeaud. publicado en la Rev. de D. y Jurisp. tomo XXVII, p. 23 sobre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual".

³²¹ art. 2154 C. C.

³²² art. 552 C. C.

³²³ art. 2079 del Código Civil.

contratan con él, cuando ha excedido sus poderes o cuando contrató careciendo de ellos y el principal no ratifica lo obrado, surge la cuestión de determinar si estamos frente a una responsabilidad delictual, proveniente de dolo o culpa del representante, en que ha incurrido al no comunicar a los terceros sus poderes o la carencia de ellos, o bien de la llamada "culpa in contrahendo", derivada simplemente del hecho de haber propuesto un contrato que no va a poder cumplirse por la no ratificación del principal..

Nosotros estimamos que dentro de nuestro derecho se trata simplemente de una responsabilidad cuasidelictual, derivada de la negligencia en que ha incurrido el representante al no comunicar a los terceros la circunstancia de carecer de poderes o de celebrar el contrato excediéndose de ellos. En efecto, si el representante hubiese sido diligente, comunicándoles éstas circunstancias, los terceros probablemente no habrían contratado y se habrían evitado los perjuicios que les supone la no ratificación de parte del principal.

Esta es, a nuestro juicio, la base de responsabilidad que el legislador chileno ha considerado para determinar la del representante frente a los terceros, y para considerarlo así nos fundamos en el texto mismo de la ley.

En efecto, conforme al ya citado artículo 2154, tenemos que el mandatario que ha excedido los límites de su mandato es sólo responsable al mandante y **no es responsable a terceros sino cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes.**

Se rata, pues, de una responsabilidad derivada de la negligencia del representante en comunicar sus poderes o la falta de ellos a los terceros. Por esa negligencia los terceros han celebrado un contrato que no va a producir efectos, un contrato ineficaz y es natural, entonces, que de ello se derive un daño para su patrimonio. Este daño ha sido inferido por el representante y es un principio de nuestro derecho que "por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (³²⁴).

La misma situación contempla el artículo 2079 del mismo Código, que ya hemos citado y que establece que "en todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus socios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él sólo será responsable". Esta responsabilidad que nace para él se deriva, indudablemente, de la mala fe o de la simple negligencia en que ha incurrido al no comunicar a los terceros éstas circunstancias de carecer de poderes para el acto que ejecuta o de extralimitarse en los que se le han concedido.

La sociedad conforme acabamos de verlo, no es obligada por los contratos que el socio administrador celebre fuera de los límites de sus poderes; los terceros se hallarán con que no pueden efectivos los derechos que por aquel contrato habrían podido ejercitar contra ella: su patrimonio ha experimentado, entonces, un daño por la celebración del contrato ineficaz y este daño debe ser reparado por el que lo causó, o sea por el representante. De aquí que diga espresamente el artículo 2079 que "obrando de otra manera", o sea, fuera de los límites de su poder, él sólo será responsable.

³²⁴ art. 2329 del Código Civil.

Agreguemos a esto el concepto que nos dá del cuasidelito el artículo 2284, que al señalar las fuentes de las obligaciones expresa que "las obligaciones que se contraen sin convención (como es la de que estamos tratando) nacen de la ley o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella"; y agrega más adelante que "si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito".

El representante sin poderes, por un hecho culpable de su parte, consistente en contratar a nombre de otro sin tener poderes para ello y sin comunicar estas circunstancias a su contraparte, ha incurrido en las responsabilidades propias de todo el que por malicia o negligencia causa un daño al patrimonio ajeno y, por consiguiente, contrae la obligación de indemnizar.

Antes de continuar debemos hacer una observación, que es la siguiente. Para determinar la responsabilidad del representante sin poderes frente al tercero contratante no nos hemos apoyado en ningún momento en lo dispuesto en el artículo 1450 de nuestro Código Civil, en que se expresa que "siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra **el que hizo la promesa**".

Ello se debe a que en el caso presente se trata, simplemente, de una convención celebrada entre dos personas, por la cual una contrae la obligación de obtener de una tercera, una prestación o abstención en favor de su contraparte. Si no obtiene esa prestación o abstención, se produce el incumplimiento de la obligación contraída y, consiguientemente, el que hizo la promesa deberá indemnizar los perjuicios en que se resuelve todo incumplimiento de un contrato.

En el caso de la representación sin poderes, en cambio no existe obligación contractual alguna que ligue al representante con el tercero, porque si bien es cierto que aquel ha prestado su voluntad para dar nacimiento al contrato, éste se ha formado directamente entre el representado y el tercero, sin afectar en nada, ni siquiera por un instante, el patrimonio del apoderado. De aquí, pues, que el tercero no tenga acción contractual alguna contra el representante que contrató con él, porque la existencia misma de la "representación" excluye, por su propia naturaleza toda idea de obligación convencional que pueda unir al representante y al tercero.

En efecto, no podemos olvidar un momento que la representación supone precisamente una manifestación de voluntad del representante para afectar un patrimonio ajeno. En estas circunstancias, si aceptásemos que por la representación nace para el representante la obligación de indemnizar perjuicios por el incumplimiento del contrato, estaríamos reconociendo una responsabilidad contractual subsidiaria del representante en favor del tercero, lo que significaría la negación, precisamente, de toda, la teoría de la representación.

De todas estas consideraciones debe concluirse, pues, que la responsabilidad del representante que obra sin poderes o que excede los otorgados por el poderdante, tiene una base delictual o cuasidelictual derivada de su negligencia o dolo en comunicar a los

terceros su falta de poderes o la extensión de los mismos.

Por tratarse de una responsabilidad cuasidelictual, es indiferente para el ejercicio de los derechos de los terceros, que el representante haya actuado de buena fe, puesto que la culpa cuasidelictual se basa precisamente, en el daño causado "sin intención" de dañar, aunque por negligencia culpable.

De aquí que el artículo 2124 de nuestro Código no distinga si el mandatario conocía o nó su falta de poderes o la extensión de los mismos; en todo, caso será responsable. En otros términos, el representante deberá indemnizar a los terceros aún cuando haya creído, de buena fe, que tenía poderes o que obraba dentro de los límites de ellos.

Otra consecuencia interesante que se deriva de éste carácter de responsabilidad delictual, es la de que corresponde a los terceros acreditar lo hechos constitutivos de la misma o sea, deben probar que el representante ha actuado en la forma indicada, que no les ha dado suficiente conocimiento de los poderes, etc. Hecho negativo este último que se resolverá en un hecho positivo más fácil de probar: que el representante ha actuado en virtud de tales poderes (o bien sin poderes) y que en el acto o contrato aparecen insertados solo una parte de ellos (o bien que se hace referencia a poderes que no existen).

Esto es, sin duda, el más grave inconveniente que se origina de considerar la responsabilidad del representante como derivada de un delito o cuasidelito y nó de una relación contractual. En este último caso, bastaría acreditar que el poderdante no ha ratificado el contrato celebrado por su representante para que los terceros pudieran hacer efectiva la responsabilidad de éste.

Por último, en cuanto al monto de los perjuicios que se reclaman por la ineficacia del contrato, no se determinarán en relación al beneficio que se habría obtenido con la ejecución del mismo, como sucede tratándose de la responsabilidad contractual.

En efecto, observaremos con Saleilles que cuando el contrato se torna ineficaz por la falta de ratificación del interesado, "ninguna de las partes puede decirse acreedora de la otra, ninguna puede pedir indemnización correspondiente al valor de la cosa prometida, pues en la mayoría de los casos es decir, en materia de contratos sinalagmáticos, si cada una de las partes se vé privada de la cosa prometida por la otra dada la ineficacia del contrato, también se encuentra, a su vez, dispensada de efectuar la prestación que habría debido hacer en compensación. Sería, pues, absolutamente infundado medir los perjuicios que sufren las partes en relación de la utilidad que habrían obtenido a cambio de su prestación, ya que se hallan libres (por la ineficacia del contrato) de toda prestación y guarda en su patrimonio lo que habría debido entregar" (³²⁵).

El monto de los perjuicios que reclama el tercero cuyo contrato no ha sido ratificado, se determinará, entonces, por el daño efectivo que ha experimentado en su patrimonio, tanto en lo que realmente gastó en la celebración del contrato como en lo que positivamente dejó de ganar por él.

Así, el representante sin poderes que compra una cosa a nombre de su representado

³²⁵ Saleilles, ob. cit. p. 164.

responde al tercero, en caso de no ratificación, tanto de los daños efectivos experimentados por el tercero por la venta ineficaz (impuestos, escrituras, autorizaciones, etc., como por lo que realmente dejó de ganar de haberse celebrado ese contrato. Es posible que después de la venta ineficaz y antes de que el tercero haya tenido noticia de la ineficacia de ella, se haya presentado un comprador de la cosa en buenas condiciones. El representante responderá del daño pecuniario que le supone al tercero la no celebración de ese contrato.

o – o

Una cuestión interesante que surge en esta materia es la de saber si los terceros podrían demandar al representante la ejecución del contrato que se niega a ratificar el representado.

Para resolver este punto debe observarse, en primer término, que como ya lo habíamos observado a propósito de la naturaleza de la responsabilidad del representante sin poderes frente a los terceros, es imposible aceptar que ésta tenga una base contractual puesto que, precisamente, la idea de representación excluye, toda responsabilidad contractual derivada de la convención celebrada entre el representante y el tercero. Aquel, decíamos en otra ocasión, presta su voluntad para el nacimiento del contrato, pero no su patrimonio. Del contrato no nace para él ni una sola obligación y si naciera no sería de ninguna manera en virtud de la representación, sino de otra institución jurídica diferente.

De aquí, pues, que cuando se habla de obligaciones del representante frente a terceros, sea por haber actuado sin poderes o por haberse excedido de los poderes en que se fundaba su representación, debemos entender que se trata de una responsabilidad delictual y no contractual y, por consiguiente, el tercero contratante sólo podrá exigir el resarcimiento de los, perjuicios que la ineficacia (no el incumplimiento) del contrato le acarrea, pero jamás podrá exigir del representante el cumplimiento del contrato.

Aceptar lo contrario sería, repetimos, negar la representación en la forma que la concibe el derecho moderno y nuestro propio derecho positivo.

No hay, pues, razón alguna para aceptar que al tercero pudiese exigir al representante, el cumplimiento del contrato que el representado se niega a ratificar y que, por lo tanto, permanece ineficaz. El tercero habrá de contentarse con la correspondiente indemnización de perjuicios, determinados estos en la forma que hemos señalado más arriba.

Corrobora este criterio la circunstancia de que nuestro Código, en muchas ocasiones, ha resuelto algunos casos análogos en la misma forma que indicamos.

Así, al tratar de la promesa de hecho ageno, el legislador ha establecido expresamente, como ya lo habíamos dicho antes, que "siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante a que por una hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratificara, el otro contratante **tendrá acción de perjuicios** contra el que hizo la promesa" (³²⁶).

Observaremos bien que aquí, con más motivo que en el caso de la representación sin poderes, habría derecho para exigir del promitente (que equivale a nuestro representante sin poderes), el cumplimiento del contrato que el tercero se niega a ratificar. Sin embargo, el legislador ha expresado que "el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa"; es decir, señala como único derecho, este de pedir indemnización de perjuicios y excluye, implícitamente, el de solicitar el cumplimiento del contrato.

Y es bien significativo esto si se tiene en cuenta que tratándose de la promesa de hecho ageno el promitente (que equivale a nuestro representante sin poderes), **se obliga** para con su co-contratante a obtener la prestación del tercero, mientras que nuestro representante sin poderse no se obliga a nada, sino que, simplemente, contrata a nombre del tercero.

Entonces, decimos nosotros, si aquí, que hay estipulación expresa, el otro contratante no puede exigir el cumplimiento del contrato al que hizo la promesa, menos podrá exigirla en la representación sin poderes, en que el representante no ha hecho promesa alguna.

Observemos, por último, que en relación con esta materia, ha dispuesto nuestro legislador que "afianzando un hecho ageno, se afianza sólo **la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelve** (³²⁷).

Cómo aceptar, entonces, que el representante sin poderes, que ni se ha obligado contractualmente, ni ha prometido ni ha afianzado nada, pueda verse obligado al cumplimiento del contrato, cuando aún los que según la ley se obligan contractualmente a obtener la ejecución de un hecho ageno, sólo se obligan a la indemnización en que ese hecho se resuelva por su inejecución.

De aquí, pues, que cuando el Código Civil dice que el representante es obligado a terceros, debe entenderse en el sentido de que es responsable de los perjuicios que estos sufren a causa de la ineficacia del contrato no ratificado, pero no lo es de la ejecución del contrato.

En esta forma debemos interpretar, pues, la disposición de Código civil, que establece que "los actos del representante de la corporación, en cuanto no exceden de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación y en cuanto excedan de estos límites, **sólo obligan personalmente al representante**" (³²⁸).

Esta obligación personal del representante es la de resarcir los perjuicios que se deriven de la ineficacia del contrato; nada más.

Confirma este criterio la redacción misma del artículo 2079, ya citado, y que establece respecto del socio administrador de una sociedad, "que en todo lo que obra dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la

³²⁶ art. 1450 del Código Civil.

³²⁷ art. 2343 del Código Civil.

³²⁸ art. 552 del Código civil.

sociedad; obrando de otra manera, él sólo será responsable".

Observaremos la dualidad de expresiones que emplea el legislador para distinguir dos situaciones distintas: si el socio administrador no excede los límites de su poder, "obliga" a la sociedad, es decir, la obliga al cumplimiento de todos los actos en que obre "dentro de los límites legales o con poder especial"; pero si ha excedido esos poderes, no queda "obligado" sino que "es responsable frente a terceros. Es decir, el legislador emplea la expresión "responsable" en contraposición, podríamos decir, a la expresión "obliga" que habíamos empleado ántes, tratándose de responsabilidad contractual.

Sigue este mismo sistema más adelante, para establecer la disposición, tantísimas veces citada, de que "el mandatario que ha excedido los límites de su mandato es sólo responsable al mandante; y no es responsable a terceros sino cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes o cuando se ha obligado personalmente" (³²⁹).

La responsabilidad del mandatario que excede sus poderes es, evidentemente, delictual y por esto el legislador ha empleado la expresión "responsable" que aplica, también, tratándose de la obligación del mismo mandatario de indemnizar a los terceros en caso de que no les haya dado suficiente conocimiento de sus poderes.

En cambio, cuando la obligación del mandatario respecto de los terceros emana simplemente de una estipulación pactada entre ambos, ya no emplea tal expresión, sino que dice: "o cuando se ha obligad, personalmente" (³³⁰).

Advertiremos, si, que por excepción se admite en materia comercial que cuando el mandatario excede sus poderes, pueda el mandante rehusar el cumplimiento del contrato y dejarlo por cuenta de aquel.

Efectivamente, la seguridad y rapidez de las transacciones comerciales requiere que los terceros que contratan con un representante puedan exigir a éste el cumplimiento del contrato que el principal se niega ratificar.

Esto se explica fácilmente, además, si tenemos en cuenta que mientras que la inexecución del contrato, en materia civil, puede acarrear daños para el que lo celebró y confió en su cumplimiento, en materia comercial estos daños siempre se producen y acarrear consecuencias gravísimas, no sólo para el que lo celebró sino para todo el comercio en general ya que es sabido que todas las transacciones mercantiles se hallan estrechamente unidas entre sí.

Por esto ha establecido el Código de comercio que "excediendo el comisionista sus instrucciones respecto de la especie y calidad de las mercaderías, el comitente no estará obligado a recibirlas. Pero si el exceso fuere en la cantidad, el comitente deberá aceptar las mercaderías pedidas dejando las demás a cargo del comisionista" (³³¹). Y aplica más adelante este mismo criterio al disponer que "compradas las mercaderías a precios más subidos que los señalados en las instrucciones, el comitente podrá aceptarlas o dejarlas

³²⁹ art. 2154 del mismo Código.

³³⁰ art. 2154 N.º 2 del Código civil.

³³¹ art. 292 del Código de comercio.

por cuenta del comisionista" (³³²).

Por último, en el mismo Código de comercio, en el título que trata del contrato y de las letras de cambio, se establece que "negándose al librador, aceptante o endosante la representación que ellos se hubieren atribuido en la letra, se les considerará obligados al pago de ella hasta que justifiquen en forma su personería" (³³³).

Esta disposición debe interpretarse en la misma forma que hemos expresado anteriormente, teniendo en cuenta, sin embargo, que aquí la indemnización de perjuicios de que es responsable el representante sin poderes siempre ascenderá, naturalmente, al valor total de la letra, ya que este valor es lo que ha perdido el tercero contratante por la celebración del contrato ineficaz. De aquí que esta disposición, a pesar de lo que a simple vista pareciera decir, no obliga al representante al cumplimiento del contrato, sino que lo hace responsable de la cuantía de los perjuicios irrogados, que se determinan por el valor mismo de la letra.

o – o

Observaremos que en los casos excepcionalísimos en que el representante puede ser obligado a la ejecución del contrato que el principal se niega a ratificar, el tercero que ha contratado con él puede desistirse y exigirle, solamente, la indemnización de los perjuicios que la ineficacia del mismo le acarrea. En efecto, es inaceptable que si el tercero pensó contratar con el representado, se vea constreñido a hacerlo con el representante en virtud de una disposición legal.

En realidad el legislado ha establecido un derecho opcional del tercero contratante, en el sentido de que puede exigir el cumplimiento del contrato al representante o bien dejar sin efecto el contrato, exigiendo a éste la correspondiente indemnización de perjuicios, según las reglas que acabamos de ver.

Para esto no tenemos sino que recordar que nuestro legislador ha establecido que "el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato" (³³⁴) .

En el caso que nos ocupa es evidente que el tercero pensó obligar al representado al cumplimiento del contrato celebrado en su nombre por el representante. Y si a causa de una circunstancia ignorada por aquel, carencia de poderes, exceso de los mismos, etc. resulta que ha sido inducido a error y que no es el representado sino su representante quien se verá obligado al cumplimiento del contrato, es natural que pueda solicitar la nulidad del mismo en atención a que ha habido error acerca de la persona con quien se tuvo intención de contratar, siempre que la consideración de esa persona haya sido la causa principal del contrato, lo que es muy probable, porque es natural que la seriedad, solvencia, crédito mercantil etc. del mismo hayan sido razones poderosas para inducirle a

³³² art. 292 del Código de comercio.

³³³ art. 294. parte primera, del mismo Código.

³³⁴ art. 1455 del Código civil.

negociar. Si la persona era indiferente, es natural que no pueda exigir la anulación del contrato, porque en este caso tampoco existiría error en la persona.

Por último, si el tercero sabía que el representante actuaba sin poderes, no podrá exigir indemnización de perjuicios y deberá aceptar el contrato con el representante, por que al contratar en tales condiciones ha aceptado, implícitamente, correr los riesgos que ello significa.

o - o

En cuanto a las legislaciones extranjeras, observaremos que es en Alemania donde se ha discutido y estudiado más arduamente este punto de la responsabilidad del representante que contrata sin poderes frente al tercero que por esas circunstancias se encuentra con un contrato ineficaz por la falta de ratificación del representado.

La solución que se ha dado al problema por la generalidad de la doctrina es, por lo demás, muy simple y podría resumirse así a) si los terceros han conocido la falta de poderes; no puede haber responsabilidad alguna para el representado. Así lo establece, también, expresamente, el Código civil alemán cuando dispone que "el representante no incurrirá en responsabilidad cuando la otra parte conozca o deba conocer la falta de poderes" (³³⁵).

Observaremos por lo demás, que esta disposición equivale a la del artículo 2154 de nuestro Código civil tantas veces citada, que señala responsabilidad al mandatario frente a terceros sólo "cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes"; esto es, cuando los terceros no han podido conocer naturalmente la ausencia de poderes o el exceso en que ha incurrido el representante al contratar con ellos. Si los terceros, a contrario, han tenido conocimiento suficiente de esos poderes, no hay responsabilidad alguna para el mandatario; es decir, se produce la misma situación que el Código alemán estatuye al decir que el representante no incurrirá en responsabilidad cuando "la otra parte conozca o deba conocer la falta de poderes".

Si los terceros han ignorado la ausencia de poderes, el Código alemán distingue según el representante haya obrado ignorando o conociendo, respectivamente, esa falta de poderes;

b) si obraba ignorando su falta de poderes, será responsable frente a los terceros con quienes haya contratado, de los perjuicios que les ha ocasionado celebrar un contrato ineficaz. O sea, se miden los perjuicios en forma negativa en el sentido de que su monto no se determina por el beneficio que habrían obtenido con el cumplimiento del contrato sino por el perjuicio efectivo que les ha ocasionado la celebración de un contrato ineficaz. Es lo que Ihering denomina "negative vertrags interesse" y a lo cual nos referíamos al estudiar la, responsabilidad del representante referente a terceros.

El fundamento de esta responsabilidad, dentro de la legislación alemana, no es la culpa delictual y cuasidelictual como sucede en la nuestra, sino en "el riesgo que acepta correr aquel que contrata con otra, de repararle todo perjuicio eventual derivado de ese contrato" como dice M. Popesco y que no es sólo la aplicación de la teoría de Ihering que ya conocíamos, denominada de la "culpa in contrahendo" (³³⁶).

³³⁵ art. 179 inc. III del Código civil alemán.

c) Si el representante contrató a sabiendas de que carecía de poderes, sea de buena o mala fe, esto es creyendo en una ratificación posterior o a sabiendas de que no la obtendría, indiferentemente, Será responsable frente a terceros, y esto es lo curioso, del cumplimiento del contrato o de la indemnización de perjuicios, a elección del tercero.

El que haya concluido un contrato como representante, dice el Código civil alemán, y no pueda probar su representación, quedará obligado para con la otra parte, y a elección de ésta, ora a la ejecución, ora a la indemnización de daños y perjuicios si el representado se negare a ratificar el contrato" (³³⁷).

Como lo dice en una nota, comentando esta disposición una edicóntrahendo" formulado por Ihering y que ha sido aceptado ampliación comentada del Código civil alemán, esta responsabilidad del representante se halla fundamentada en el principio de la "culpa in mente a través de todo el Código civil alemán (³³⁸).

Es curiosísimo, sin embargo, el derecho optativo del tercero para exigir la indemnización de perjuicios o la ejecución del contrato, porque si bien lo primero es lógico y está de acuerdo con la legislación de casi todos los países, lo segundo es extraño y solamente ha sido aceptado en la legislación alemana. En efecto, la acción de cumplimiento del contrato ha de nacer, la lógica lo dice así, del contrato mismo y sabemos que éste no se ha formado entre el representante y el tercero sino entre éste y el representado, respecto de cual el contrato existe, pero no le afecta mientras esté pendiente su ratificación. Si no existe contrato entre el tercero y el representante, cómo podría intentar el primero contra el segundo una acción, la de cumplimiento, que sólo emana del contrato y entre las partes afectas al mismo? Evidentemente frente a un texto legal que consagra este derecho, no hay discusión posible, pero doctrinalmente estimamos incorrecta la solución a que llega el Código civil alemán y estimamos que, lisa y llanamente, debiera haber acordado al tercero la correspondiente acción de perjuicios, basada en la "culpa in contrahendo", pero jamás la acción de cumplimiento de un contrato que solo puede tener efecto entre el tercero y el representado y que jamás podría afectar al representante ni en su persona ni en su patrimonio.

Por tratarse de una responsabilidad basada en la "culpa in contrahendo" y no en el delito ni en el cuasidelito, el peso de la prueba no recae sobre los terceros, a quienes les bastará acreditar que han celebrado un contrato con un representante, el cual contrato no ha sido ratificado por el representado. Probado esto, habrá nacido para el representante la obligación de indemnizar o de cumplir por su propia cuenta el contrato, según acabamos de ver.

Por último, observaremos que el Código civil alemán considera especialmente la representación sin poderes respecto de los actos unilaterales, ejecutados por un representante, y decide que si éste carecía de poderes, esos actos son nulos absolutamente.

³³⁶ Popesco, ob. cit. p. 490.

³³⁷ art. 179, inciso primero, del Código civil alemán.

³³⁸ art. 179 del "Texto y comentario al Código civil alemán", ed. Madrid 1897.

"En los actos unilaterales, dice el Código civil alemán, no estará permitida la representación sin poderes" (³³⁹).

Se admite, sin embargo, que cuando el acto unilateral tiene lugar respecto de una persona determinada, como sería el caso del reconocimiento de hijo natural, se sigan las reglas de la representación en las convenciones; esto es, el acto puede ser ratificado por el principal, Lo mismo sucederá cuando se haya hecho un pacto unilateral ante un representante sin poderes, de acuerdo con él (³⁴⁰).

El mismo Código alemán concede al tercero contratante un derecho que el nuestro no contempla: el de revocar el contrato ántes de que lo haya ratificado el representado, cuando el tercero lo celebró ignorando que el representante carecía de poderes.

En efecto, se dispone en esa legislación que "hasta que el contrato se haya ratificado, tendrá derecho la otra parte para deshacerlo, a no ser que al concluir conociera ya la falta de poder del representante. La revocación podrá declararse también a éste último" (³⁴¹).

Vemos, por una parte, que el Código alemán sigue aplicando el mismo criterio de negar todo derecho al tercero que celebró el contrato a sabiendas de que el representante carecía de poderes para ello.

Por otra parte, esta disposición del Código alemán contiene, a nuestro juicio, un grave error de doctrina, al aceptar que el contrato sea revocable por la sola voluntad del tercero contratante, mientras no se haya ratificado por el representado. Tal conclusión significa que ántes dees a ratificación no hay contrato snío una simple oferta que puede retirarse en cualquier momento por el oferente (que sería el tercero) y significa, también ,el deconocimiento de la teoría de la representación que considera al apoderado como el verdaedro contratante y la ratificación como un elemento esencial para que el contrato, ya existente, produzca todos sus efectos frente al representado.

Agreguemos a esto que el tercero contratante, aplicando principios de simple lógica, no debe tener derecho a revocar el contrato, aún cuando después sepa que el representante carecía de poders para celebrarlo, porque precisamente lo que aquel persigue es el cumplimiento del contrato y esto puede obtenerlo mediante la ratificación del principal. Si éste se niega a ratificar, tampoco tiene derecho ni para qué revocar el contrato, porque éste permanecerá ineficaz y para resarcir los daños que esa ineficacia le acarrea tiene las acciones que le concede el art. 179 para exigir, ora la ejecución del contrato, ora la indemnización de perjuicios.

Más lógico en este punto es nuestro Código, que no contempla tal derecho a revocar el contrato, derecho absurdo y que implica una negación de la teoría de la representación, ampliamente aceptada, sin embargo, a través de todas las demás disposiciones del mismo Código.

³³⁹ art. 180 del Código civil alemán.

³⁴⁰ el mismo artículo.

³⁴¹ art. 178 del mismo Código.

PARRAFO SEGUNDO. De la responsabilidad del representado en razón del dolo o culpa de su representante.

Uno de los problemas más difíciles que se presenta en la materia objeto de nuestro estudio es, precisamente, este de determinar la, responsabilidad que afecta al representado por el dolo o culpa en que incurre el representante en el ejercicio de sus funciones de tal.

En efecto, es muy posible, y hasta podríamos aventurar que es bastante corriente que el representante, al celebrar el contrato o ejecutar el acto en nombre de su representado, se valga de maniobras fraudulentas destinadas a obtener beneficios para su parte en detrimento ilegítimo de los derechos de su co-contratante; o bien que cause perjuicios a éste por su culpa o negligencia.

En tal caso, surge la cuestión de saber si el tercero contratante puede dirigirse contra el representado exigiendo la nulidad del acto y la indemnización de perjuicios correspondiente, o sólo podría dirigirse contra el representante, ejercitando las acciones que emanan de todo delito o cuasidelito, para obtener la indemnización correspondiente.

En cuanto al punto de saber si el tercero contratante puede dirigirse contra el representado demandando la nulidad del acto por haberse obtenido mediante maniobras dolosas del representante están de acuerdo todos los autores en el sentido de conceder al tercero contratante este derecho. Para ello se tiene en cuenta que de no hacerlo así, el tercero no podría solicitar jamás la nulidad del acto viciado, puesto que su co-contratante (que es el apoderado) no se aprovecha del acto que ha celebrado, cuyo efectos todos se han radicado en el patrimonio del poderdante, y que éste, que se aprovecha del acto o contrato no ha sido el verdadero contratante.

Esta regla rige tanto para la representación convencional como para la legal, por cuanto si bien es cierto que en ésta última no puede pensarse en una presunción de culpa del representado, base de la responsabilidad del representado convencional, no lo es menos que es imposible admitir que un individuo, aún cuando esté exento de toda responsabilidad y de toda culpa, pueda aprovecharse de un acto o contrato que se ha obtenido mediante maniobras dolosas que han extorsionado a un tercero (³⁴²).

No sucede lo mismo tratándose del segundo punto^a esto es, del derecho que podría tener el tercero contratante para exigir del representado la indemnización de perjuicios en razón de los mismos actos.

Aquí la doctrina se ha dividido y mientras algunos creen que debe concederse tal acción de perjuicios al tercero contra el representado, otros están por la negativa.

Pero para mayor claridad en nuestro estudio, veamos por separado la opinión de los juristas tratándose de la representación legal y después de la convencional.

³⁴² Aubry et Rau, ob. cit. p. 506; Demogue, ob. cit. t. I. p. 228: En el sentido contrario, esto es, negando lugar a la acción de nulidad por el dolo cometido por el representante, cuando se trata de la representación legal, M. Wahl, citado por M. Popesco Ramniceano, ob. cit.

En el primer caso, esto es, cuando se trata de un representante legal, la opinión de la mayoría está porque no debe concederse al tercero acción de perjuicios contra el representado. (³⁴³).

Evidentemente, la primera reflexión que se hace en esta materia es que siendo la representación legal una institución que tiene por objeto precisamente, resguardar los intereses del pupilo, se transformaría en un arma peligrosísima en contra de éste si se le obliga a indemnizar los perjuicios que causen los actos negligentes o dolosos de su tutor (³⁴⁴).

Y en esta forma, la representación legal, llamada también de protección, dejaría de cumplir el rol que debe desempeñar y para el cual fué creada por el legislador.

Tratándose, ahora, de la representación convencional, los autores también se han dividido. Mientras unos aceptan que el tercero contratante pueda intentar acción de indemnización de perjuicios directamente contra el representado, por el dolo o culpa con que ha procedido su representante, otros le niegan esta acción y consideran que no puede afectar responsabilidad alguna al representado por los perjuicios que ha irrogado a los terceros la ejecución del acto doloso o culpable. En este sentido se pronuncian autores de la talla de Aubry et Rau, Baudry Lacantinnerie et Barde, Demolombe, etc. (³⁴⁵).

No obstante, estimamos con el resto de los tratadistas, que el representado debe responder de los perjuicios causados por los actos dolosos o culpables de su representante, siguiendo en este punto a M. M. Ripert y Demogue, que se pronuncian en el sentido que indicamos.

Pero, aceptada ya la responsabilidad del representado en razón de los perjuicios ocasionados por los actos dolosos o culpables del representante, cual será el fundamento de esta responsabilidad?

En otros términos, en virtud de qué razón ha de exigirse al representado la indemnización de perjuicios que han sido ocasionados por otra persona a quien él no le ha encargado la comisión de ellos?

He aquí, también una cuestión que ha dado lugar a grandes comenrios y que, como toda cuestión de carácter netamente doctrinal, se presta a discusiones sin fin.

Analizando brevemente el problema que por si solo es suficientemente profundo y extenso como para hacer un estudio exclusivo de él, enunciaremos las teorías que se han formulado al respecto.

Las principales, en resumen, son las siguientes:

a) La que funda la responsabilidad del representado en la misma noción de representación.

³⁴³ Autores citados en la nota anterior. En el sentido contrario, M. Tissier, citado por M. Popesco, ob. cit. p. 300.

³⁴⁴ Demogue, ob. cit. T. I, p. 239.

³⁴⁵ Aubry et Rau. ob. cit. párrafo 343, nota 28; Baudry.-Lacantinnerie et Barde, tomo I N.º 1112; Domolombe, T. XXIV, p. 187.

En efecto, M. Tissier, citado por M. Popesco, sostiene que si el representado responde de los perjuicios ocasionados por los actos ilícitos del representante es, simplemente, porque éste actuó en representación de aquel. Así como el representante carecía de poder de representación para ejecutar en forma negligente los negocios del representado, y sin embargo obliga a éste a cumplirlos aún cuando le perjudiquen, así, también, careciendo de poder para cometer delitos o cuasidelitos, obliga al representado, por la misma razón o circunstancia de ser su representante (³⁴⁶).

M. Popesco rechaza esta doctrina, pues según él falta en este caso uno de los elementos esenciales de la representación: la *contemplatione domini*. No podría admitirse, dice M. Popesco, que el representante haya actuado "*contemplatione domini*" porque no puede cometerse un delito por cuenta ajena.

Además, la representación se caracteriza por la creación de un vínculo directo entre el tercero y el representado, pasando por sobre la persona y patrimonio del representante, que se halle libre de toda responsabilidad, y esto no ocurre aquí, en que si bien es cierto que se obligaría al representado, no lo es menos que el representante no se halla desligado de toda responsabilidad, sino que, por el contrario, permanece obligado conjuntamente con el apoderado o representado.

Estas objeciones son, a nuestro juicio, de gran fuerza, especialmente la primera, esto es, la de que no puede admitirse que un delito se haya cometido "por cuenta ajena", máxime si se tiene en cuenta que hemos aceptado, a través de todo nuestro estudio, que es el representante quien actúa, quien manifiesta su propia voluntad y que solo en virtud de otras circunstancias, el poder de representación, se obligará el representado. b) La doctrina que funda la responsabilidad del representado considerando que el representante es un dependiente de aquel, por lo que se aplicaría la regla de que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (³⁴⁷).

Recordemos que conforme a la doctrina y a nuestra legislación positiva, la responsabilidad que emana de los actos ilícitos no solo afecta al que ha cometido el delito o cuasidelito sino que puede afectar a otra persona, cuando ésta tenía la obligación de velar por la conducta de aquel dependiente del representado, haciéndose recaer así, sobre éste, la obligación de reparar los daños que aquel causare en su calidad de tal.

Pero basta enunciar esta doctrina para darse cuenta de que es arbitrario pretender asimilar el representante al dependiente, por un sinnúmero de razones que casi no vale la pena enumerar porque están a la vista de todos.

En efecto, el dependiente es un individuo que, por las razones propias de su estado, permanece casi constantemente a la vista del principal, que carece de iniciativa y cuyas funciones se hallan limitadas por la naturaleza misma de su oficio y por las reglas establecidas por la costumbre, que en esta materia tiene una fuerza que no puede desconocerse.

³⁴⁶ Citado por Popesco, ob. cit. p. 300.

³⁴⁷ art. 2320 del Código civil.

El representante, en cambio, es un individuo que permanece alejado del principal, pues precisamente para la gestión de los negocios que éste no puede ejecutar personalmente se le ha designado, cuya iniciativa particular, propia, es la base del éxito en sus gestiones y cuyas funciones dependen de la extensión del poder, extensión que, como ya lo observamos, puede verse aumentada contra la voluntad del representado, por una serie de circunstancias que dan nacimiento a lo que denominábamos "poderes aparentes".

Es ilógico, pues, fundar la responsabilidad del representado en una calidad que no tiene, admitiéndose una doctrina que significaría el fracaso en la labor de encontrar un verdadero fundamento de la responsabilidad de aquel.

c) Por último, M. Demogue funda la responsabilidad del representado en la idea del riesgo.

Según el eminente profesor francés, en todas las actividades de la vida, correlativamente a los beneficios, se corren riesgos que deben ser soportados por el mismo individuo.

El que utiliza la institución de la representación se aprovecha de los beneficios que ella significa al ver aumentada su capacidad de acción, de ejercicio, su posibilidad de atender negocios en varias partes, representado por individuos que actúan por él. Es natural, entonces, que paralelamente con gozar de estos beneficios soporte los riesgos que significa el empleo de esta institución y que consistirían en el daño que pudieran causar los actos de sus representantes.

En esta forma, pues, el representado, que tiene las ventajas de la representación, debe soportar los inconvenientes que de ella se deriven, los riesgos inherentes a ella. Eso sí que el representante responde personalmente también, de sus faltas, pues es inadmisibile que se pueda delinquir impunemente (³⁴⁸).

M. Planiol, en su estudio sobre la responsabilidad por el hecho de otro, pretende fundamentar esa responsabilidad en una nueva explicación por la idea de empresa.

Sin embargo, M. Planiol, después de fundamentar su teoría, viene a caer, sin quererlo, en la doctrina de M. Demogue, conforme aparece del párrafo que a continuación transcribimos, en que expresa lo siguiente:

"Una sola idea parece capaz de proporcionar a la jurisprudencia moderna una base suficiente: es la idea de empresa. Analicemos la hipótesis. En vista de una ganancia que realizar, una persona se encarga de trabajos que exceden sus fuerzas personas. Si trabajara sola, sería naturalmente responsable de los accidentes que ella misma causara con su torpeza. Emplea un número más o menos grande de obreros o de auxiliares. **Como todo el provecho es para ella, parece justo igualmente que el riesgo total sea también para ella**".

Y más adelante agrega, en defensa de su doctrina, que "así comprendida la responsabilidad, no descansa ya sobre la presunción de una falta personal del empresario-patrón y por consiguiente esto explica porqué no desaparece ante la prueba

³⁴⁸ Demogue, ob. cit. T. I. p. 231.

de la ausencia de culpa; ninguna excusa es posible **para el que soporta un riesgo** porquesi es responsable no es por haber sido culpable" (³⁴⁹).

Don Gabriel Palma, en su clase de Derecho comercial, al fundar doctrinariamente la responsabilidad que la ley impone al naviero por los hechos del capitán o tripulación, bien constituyan un delito o cuasidelito, bien importen una mera culpa, expresaba que los fundamentos de esta responsabilidad no se pueden buscar en los principios clásicos que informan al Código civil sobre una presunción de culpa del obligado por el hecho de otro, sea culpa in eligendo (mala elección de la persona por quien se responde) o bien de culpa in vigilando (falta de vigilancia de la misma).

Según éste profesor, los fundamentos de la responsabilidad del naviero, esto es, del representado, se los encuentra en los principios de "la responsabilidad objetiva y del riesgo profesional"; el naviero se aprovecha de la actividad agena, él es quien ha lanzado al mar estos elementos (la nave) que pueden perjudicar a otras personas, él es el que crea el riesgo; es lógico, entonces, que sea él, también, quien responda (³⁵⁰).

Nosotros seguimos la opinión de los profesores citados y estimamos, por las razones que hemos transcrito, que el representado se halla obligado a indemnizar a los terceros de los perjuicios ocasionados por el hecho o culpa de su representante, en virtud de que, así como aprovecha de los beneficios de la institución, soporta también los riesgos inherentes a ella.

Terminaremos, entonces, diciendo con M. Planiol, que "cualquiera que emprende un trabajo para obtener un provecho pecuniario acepta necsariamente, como una contraparte inevitable, el riesgo de los daños injustos que este trabajo pueda causar a otro. Este principio, que es de una evidencia manifiesta si la persona trabaja sola, recibe una extensión, cuya equidad se demuestra por el razonamiento, si la persona que especula con la ejecución del trabajo emplea otras bajo sus órdenes para ejecutarlo. Este principio, que podría llamarse "ley de conexión entre el provecho y el riesgo" tiene a la vez un valor económico y moral. Es él, en realidad, la ley primordial; es él lo que constituye la "base única," de la verdadera responsabilidad por el hecho de otro" (³⁵¹).

o – o

Aceptada así la responsabilidad del mandante por los perjuicios que haya ocasionado el mandatario en la ejecución del acto cometido, y como fundamento, de su responsabilidad la idea del riesgo que corre el primero al emplear esta institución en el desarrollo de su vida jurídica, veamos la situación que se presenta dentro de nuestro derecho positivo.

Don Gabriel Palma, en sus clases de Derecho comercial, espresaba que la disposición del artículo 865 del Código de comercio, que hace responsable al naviero de

³⁴⁹ Marcel Planiol. Responsabilidad por el hecho de otro; trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VI, sección Derecho, página 121 y siguientes.

³⁵⁰ Gabriel Palma R.—Apuntes de clase tomados por don José Miguel Seguel, Derecho Marítimo, año 1935.

³⁵¹ Marcelo Planiol, estudio citado.

los hechos del capitán y tripulación, es una disposición inútil, si se quiere, porque a falta de este precepto se habría llegado a la misma conclusión aplicando las reglas de los delitos y cuasidelitos del Código civil.

En efecto, al capitán elegido por el naviero para dirigir la nave le es aplicable dice el señor Palma lo dispuesto en el artículo 2320 del código civil, que en su parte pertinente establece que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso".

El capitán es un subordinado del naviero, dice don Gabriel Palma, de modo que le es aplicable este precepto.

La conclusión a que llega nuestro profesor nos parece demasiado absoluta, especialmente si se tiene en cuenta que si en algunas situaciones podría asimilarse la situación del representante a la del dependiente, en otros casos es imposible hacerlo sin cerrar los ojos a la realidad de las cosas.

Precisamente, acabamos de examinar la doctrina que pretende fundar la responsabilidad del representado en la circunstancia de ser el representante un dependiente de aquel, observando al respecto que "es ilógico fundar la responsabilidad del representado en una calidad que no tiene" como es la de patrón respecto del representante, que aparecería como un criado o dependiente.

No es posible admitir, a nuestro juicio la responsabilidad del representado apoyada en estas disposiciones del Código civil, cuya redacción misma está excluyendo esta hipótesis.

Basta observar, para ello, que el legislador chileno, al establecer la responsabilidad de los empresarios por el hecho de sus dependientes, caso que se pretende asimilar al del representado respecto del representante, ha dicho textualmente: "Así ,los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, **mientras están bajo su cuidado**; y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, **en el mismo caso**".

Tratándose de la representación, en su forma ordinaria, fallaría por su base la disposición legal citada, porque el representante, por su propia naturaleza no está nunca "al cuidado del representado", situación esencial para nuestro legislador que fundamenta la responsabilidad del que responde por otro en una presunción de culpa (de falta de vigilancia) que no puede tener cabida en nuestro caso.

De aquí entonces, que la disposición del Código de Comercio que establece textualmente que "el naviero está obligado a responder civilmente de los hechos del capitán o tripulación, bien constituyan un delito o cuasidelito, bien importen una mera culpa", no sea un precepto inútil, sino, por el contrario, una disposición que tiende a asegurar la situación de los terceros que pueden sufrir injustamente perjuicios cuya reparación sería ilusoria si no pudiesen hacerlos efectivos sobre el naviero.

Nosotros estimamos que aparte de este caso singular del Código de Comercio el representado no responde, dentro de nuestra legislación, por los hechos ilícitos del

representante y que los terceros que han sufrido perjuicios por ello habrán de dirigirse directamente contra éste y no contra el representado. Salvo, naturalmente, que por una circunstancia especial pueda quedar incluido el caso en cuestión dentro de las disposiciones del título XXXV del Libro IV, que se refiere a los delitos y cuasidelitos y que establece los casos taxativos en que una persona responde por los hechos de otra.

A la misma conclusión debe llegarse tratándose de la representación legal llamada de protección. El pupilo, con mayor razón todavía que el simple representado-voluntario, no será responsable frente a terceros de los perjuicios ocasionados por los hechos de su guardador.

Eso sí que tratándose de la acción de rescisión entablada por los terceros en razón del dolo, vicio del consentimiento, en que les haya hecho incurrir el representante, deberá admitirse, tanto en la representación convencional como en la legal, que ella pueda intentarse contra el representado, ya que de otra manera no sería posible destruir un acta celebrado en esas condiciones.

Así, entonces, el tercero que haya celebrado un contrato con un representante legal o convencional, podrá dirigirse a los tribunales de justicia solicitando la rescisión del contrato, si es que ha habido dolo, y deducirá su acción contra el mandante o pupilo, y su acción estará bien entablada.

En este punto, pues, se asimilan el representado legal y el convencional en forma absoluta.

Por lo demás, nuestros Tribunales lo han reconocido así y han adoptado el criterio que exponemos, aunque quizá exageradamente, dadas las circunstancias que pasamos a anotar.

El guardador de unos menores enagenó unos inmuebles pertenecientes a éstos, mientras ejercía sus funciones de tal. Llegados a la mayor edad, los menores solicitaron la declaración de nulidad de aquella enagenación, fundándose en la omisión de ciertos requisitos que debía acarrear la nulidad absoluta del acto.

La parte contraria, defendiéndose espuso, naturalmente, que esa nulidad no existía y que "en todo caso los menores no podían solicitar esa declaración, por cuanto el artículo 1683 del Código civil dice que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". En el caso presente, sostenía el demandado, los comparecientes, representados por su guardador, han celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba y, en consecuencia, se hallan inhabilitados para solicitar su nulidad.

El problema, como vemos, estaba bien planteado: puede o nó oponerse al representado el dolo de su representante, cuando se solicita la declaración de nulidad del acto? Esto es lo que debía resolver el Tribunal, quien al respecto dictó la sentencia que, en su parte pertinente, dice así:

"No procede acoger la infracción del artículo 1683 del Código civil que el recurrente funda en que al hablar este precepto de las personas que han intervenido a sabiendas en el acto nulo, no se refiere a los que obran por

ministerio de otro, por ser personalísimo el dolo y no poder incurrirse en él por cuenta ajena, pues además dé que en dicho caso la ley no distingue, atendida la disposición del artículo 1686 del mismo Código, los actos y contratos de los menores en que no se ha faltado a las solemnidades legales o requisitos necesarios no podrá declarárseles nulos ni rescindírseles, sino por las causas en que gozan de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes, y es un hecho establecido que en la venta o enagenación de los inmuebles, respecto de la cual se dice que hay nulidad, no se omitió formalidad o requisito alguno exigido por la ley en razón de la incapacidad que a alguno de los vendedores les afectara. Corrobora lo dicho el precepto del artículo 1448 del Código civil que dispone que lo que ejecuta una persona a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce, respecto del representado, iguales efectos que si hubiera contratado él mismo" (³⁵²).

De aquí deducimos, entonces que a juicio de nuestros Tribunales, el dolo del representante puede oponerse al representado, tanto cuando éste pretende anular el acto, dirigiéndose contra el tercero, como en el caso inverso, en que éste se dirige contra aquel solicitando la rescisión del contrato en razón del dolo que en él ha incidido.

Por otra parte, es interesante observar que el Tribunal aceptó explícitamente que el fundamento de esa responsabilidad del representado por las faltas del representante tiene su origen, precisamente, en la misma idea de representación, ya que para confirmar los fundamentos de la sentencia cita el artículo 1448; doctrina ésta que, como lo habíamos expuesto anteriormente, ha sido desechada por todos los tratadistas modernos, que se inclinan preferentemente por la teoría del riesgo que lleva envuelta esta institución y que consistiría en los daños de que sería responsable el representado por los actos culpables del representante.

Esto es, naturalmente, tratándose de la responsabilidad civil del representado.

Tratándose de la responsabilidad criminal nos bastará transcribir la doctrina sentada por una sentencia de la Corte de Apelaciones, dictada con fecha 12 de Julio de 1932, en que se establece que "si bien para las relaciones civiles todo acto de un mandatario se entiende ejecutado por el mandante, no ocurre lo mismo con los efectos criminales de los actos del mandatario, porque **la acción penal, sea pública o privada, sólo puede dirigirse contra los personalmente responsables**".

De aquí se deduce, en esa sentencia una consecuencia que dada la importancia que reviste, no podemos menos de citarla:

Tratándose de acción criminal y de establecer la presunción de dolo para preparar el juicio criminal, la notificación del protesto debe hacerse a la persona que giró el cheque y nó a su mandante, porque a él va a afectar la acción criminal y es él el llamado a purgar el dolo cometido al girar el cheque sin fondos" (³⁵³).

En resumen, entonces, el representado no es responsable criminalmente por los delitos o cuasidelitos cometidos por su representante, y todas las actuaciones efectuadas

³⁵² Sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXII, segunda parte, sección primera, p. 797.

³⁵³ Revista de Derecho y Jurisp.

por los terceros para determinar la responsabilidad del último, han de dirigirse contra él y no contra el representado, respecto, del cual, en materia criminal, no cabe responsabilidad alguna.

o - o

En las legislaciones extranjeras se advierte una profunda inclinación en el sentido de hacer responsable al representado de las faltas cometidas por el representante en el ejercicio de sus funciones.

Refiriéndonos siempre a las legislaciones que revisten verdadera importancia para nuestro estudio, por las razones que indicábamos al comienzo del presente trabajo, observaremos que en el derecho positivo alemán se establece expresamente esa responsabilidad tratándose del representado convencional, por los hechos ilícitos del representante.

Así, el Código civil alemán dispone que "aquel que encomienda a otro la gestión de un negocio está obligado a reparar los perjuicios que este otro haya causado a un tercero, en la ejecución del mismo, por un hecho contrario al derecho" (³⁵⁴).

La amplitud de esta disposición, que se refiere en términos generales a todos los casos en que se ejecuta un acto o se realiza un negocio por una persona distinta del titular del mismo, nos permite incluir fácilmente todos los casos de representación voluntaria, ya que en ésta se trata, justamente, de la ejecución de un negocio por una persona distinta de aquella en cuyo provecho se realiza.

En nuestra legislación, en cambio, como ya lo habíamos observado, es muy difícil incluir al representante en las disposiciones que tratan de la responsabilidad por el hecho de otro, ya que, dados los términos restrictivos que empleó nuestro legislador, se refieren siempre al caso de "dependientes y criados" que están "bajo el cuidado" del responsable. Y es evidente que sólo en contadísimas ocasiones podrá asimilarse un representante a un dependiente o criado; en los demás casos, no pudiendo comprenderse a aquel en esta categoría, debemos concluir que el representado quedará exento de toda responsabilidad.

Observaremos, por último, que en la legislación alemana, así como en la nuestra, tratándose de la responsabilidad por el hecho de otro, el representado puede eximirse de toda responsabilidad destruyendo la presunción de culpa que pesa sobre él y en la que se funda, precisamente, aquella.

En efecto el mismo artículo 831 del Código alemán continúa diciendo que "éste deber de reparar los perjuicios desaparece si el que encomendó el negocio, sea desde el punto de vista de la elección del dependiente, sea en la medida en que ha debido proveerlo para la realización del acto o de la dirección que en el mismo negocio le correspondía, ha obrado con la diligencia debida, o bien si los perjuicios, aún suponiendo que se hubiese obrado con esa diligencia, se habrían producido de todas maneras".

Esto no es otra cosa que lo que prescribe nuestro legislador en el artículo 2320, en cuyo inciso final se dice textualmente: "Pero cesará la obligación de esas personas (que

³⁵⁴ art. 831 del Código civil alemán.

responden por el hecho de otro) si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

Lo que no es sino una consecuencia de aceptar la doctrina que funda la responsabilidad por el hecho de otro en una presunción de culpa de la persona responsable, sea en la elección del que cometió el hecho culpable, sea en la vigilancia que sobre el mismo debía mantener.

En efecto, recordemos las frases de M. Planiol: "Tanto el fundamento de culpa en la elección como de culpa en la vigilancia del que cometió el hecho ilícito, son presunciones de culpa y mientras se quiera fundar la responsabilidad del comitente en la idea de falta, se chocará con esta objeción capital, que toda responsabilidad fundada en una presunción de culpa debe admitir la prueba contraria, so pena de ser inícuca" (³⁵⁵).

En la legislación inglesa encontramos, también, establecida en forma espresa, la responsabilidad civil del representado por los hechos culpables de su representante.

En efecto, en la institución inglesa conocida con el nombre de "agency" a que nos hemos referido en el párrafo tercero del capítulo segundo de nuestro estudio, el "principal, que corresponde al representado de nuestro derecho, responde frente a los terceros por los hechos culpables que haya cometido el "agente" en el ejercicio de sus funciones.

Para que se produzca esta responsabilidad del "principal" frente a los terceros, es suficiente que el "agente" haya actuado en el ejercicio de sus funciones, porque "el comitente es responsable por todo delito cometido por su servidor o por su agente en el curso de su empleo y en provecho del comitente, aunque no pueda probarse que éste lo haya ordenado o siquiera haya tenido conocimiento de ello" (³⁵⁶).

Al tercero, que ha sufrido los perjuicios, le bastará probar, solamente, que ellos se han producido por culpa del agente en el ejercicio de sus funciones; el principal, para exonerarse de responsabilidad, deberá probar que ese perjuicio no le ha beneficiado en nada, porque la ley presume que todo hecho del agente beneficia al principal salvo prueba en contrario.

Observaremos, por último; que el principal responde por el hecho de su agente aún cuando haya tratado de impedir que ejecute el acto delictuoso y esto porque el legislador inglés estima que ha habido culpa del primero al elegir un agente indigno y cuya actuación torcida no sería capaz de detener.

En resumen, la legislación inglesa hace responsable directamente al representado por los hechos culpables de su representante siempre que ellos se produzcan en el ejercicio de las funciones de éste último. Esta es la única condición que la ley exige y, consiguientemente, la única prueba que deberán rendir los terceros para hacer efectivos sus derechos en la persona y en el patrimonio del representado.

Ahora bien, de las teorías formuladas anteriormente para explicar esta responsabilidad del representado por los hechos ilícitos del representante, frente a los

³⁵⁵ Estudio ya citado, publicado en la Rev. de Derecho y Jurisp. tomo VI, sección Derecho, p. 121 y siguientes.

³⁵⁶ Barwick c. English Joint Stock Bank (1867 cit. por Popesco, ob. cit. p. 609.

terceros, cuál será la que inspira a la legislación inglesa?

Frente a la existencia de una regla de derecho positivo que hace responsable al representado, muchas son las explicaciones que pueden darse para justificarla y muchas son, en realidad, las que se han formulado.

Así Blackstone fundaba esa responsabilidad del principal en la circunstancia de que el agente actuaba por órdenes de aquel, en tal forma que todos sus actos se hallarían autorizados, podríamos decir, por el principal, sean lícitos o ilícitos. Este ordenaría al agente la ejecución de un acto y, consiguientemente, soportaría todos los perjuicios que esa orden pudiera acarrear a terceros.

En cambio el tratadista Shaw formula un principio que es el que ha sido adoptado más tarde en Francia por el profesor Planiol, conforme acabamos de verlo en páginas anteriores. Según aquel, existe una regla de deber social que todo hombre debe respetar sea que se ocupe personalmente o mediante extraños, de la ejecución de sus negocios, y que consiste en no hacer daño a los demás; si se viola esa regla y un tercero sufre perjuicios, deberá repararlos. (³⁵⁷).

Esto significa, entonces, que, como dice M. Pollock, "ningún hombre puede autorizar algo y al mismo tiempo desprenderse de las consecuencias naturales de lo que él ejecuta personalmente" (³⁵⁸).

Como vemos, ambos autores formulan la misma idea que desenvuelve el profesor francés Planiol en su estudio ya citado, que acepta M. Demogue y que enseña en su clase don Gabriel Palma al fundar doctrinalmente, la responsabilidad del naviero por los hechos ilícitos del capitán, que es factor del primero.

³⁵⁷ Ambos, Blackstone y Shaw, citados por M. Popesco Ramniceano ob. cit. Pág. 518 y siguientes.

³⁵⁸ Popesco, ob. cit. p. 612, nota 25.

CONCLUSIÓN

Del estudio que hemos hecho, a través de este trabajo, de la representación en los actos jurídicos, aparece en forma evidente que el concepto moderno de esta institución tiene amplia cabida en nuestras disposiciones legales.

Esto no significa la pretensión de que esas disposiciones sean la expresión más fiel de la doctrina moderna, porque como se ha visto en el curso de nuestro estudio, hay muchos puntos en que nuestro Código se aparta de ella. Así ocurre, por ejemplo, en lo que se refiere al poder voluntario de representación, que siendo considerado por la doctrina moderna como una declaración unilateral de voluntad, aparece en nuestro Código Civil como una simple consecuencia del mandato y, por lo tanto, como una relación contractual.

Insistimos, sin embargo, en que a pesar de estos vacíos, la teoría moderna de la representación ha sido acogida en sus líneas esenciales por el legislador chileno.

Desgraciadamente, nuestros tribunales no han seguido en esta materia la evolución del Derecho y continúan aplicando el criterio imperante en el siglo pasado, que consideraba la representación como una simple ficción legal, en que la voluntad del representado era la que daba nacimiento al contrato en concurrencia con la del tercero. Es así, pues, como en muchos casos concretos se ha llegado a soluciones que están en abierta pugna con el espíritu de nuestra legislación sustantiva y con los principios generales del derecho.

Es de desear que en lo sucesivo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales adopte los

principios que ha formulado la doctrina moderna, cuya adaptación a nuestro derecho positivo ha sido el objeto de esta tesis.

Por último, y aún cuando el estudio que hemos hecho no puede considerarse sino como la base de estudios posteriores más completos, debemos dejar constancia que él nos ha permitido apreciar el verdadero genio jurídico de nuestro legislador, que, anticipándose a su época, consagró en el código Civil de este país., ubicado en el último rincón de América, principios que más tarde habían de ser adoptados por las legislaciones europeas, después de apasionadas controversias doctrinales.

BIBLIOGRAFIA

- AUBRY ET RAU.—Cours de droit civil francais. París, 1869.
- ALESSANDRI R., ARTURO.— La autocontratación o el acto jurídico mismo. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, año 1931.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL.—Traité theorique et pratique de Droit civil, des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, 12 éd. París, 1900.
- CUQ, EDOUARD.—Les institutions juridiques des romains. París, 1904.
- CUQ, EDOUARD.—Manuel des institutions juridiques des Romains, París, 1917.
- COLIN ET CAPITANT.—Curso elemental de Derecho civil. Madrid, 1922.
- COFRE MEZA, CARLOS.—La estipulación por otro. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIII, año 1926, p. 7 y siguientes.
- CAPITANT, HENRI.—Introduction a l'etude de Droit civil, París, 1897.
- DEMOGUE, RENE.—Traité des Obligations, París, 1933.
- DEMOLOMBE.—Cours de Code Napoleón, París, 1854.
- ESTRADA MAYORGA, JUAN.—De la representación en los actos jurídicos. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado, año 1930.
- GIRARD, P. Fr.—Manuel élémentaire de Droit Romain, París, 1929.
- HUPKA, JOSEF.—La representación voluntaria en los negocios jurídicos, Madrid,

1930.

LOEWENWARTER, VICTOR.—Derecho Civil alemán; Código Civil alemán. Tomo I, Prensas de la Universidad de Chile, año 1935.

LABBE SUR ORTOLAN.—Traité de Droit romain, 12 éd. París, 1340.

LEVY ULLMANN, HENRI.—La contribution essentielle du droit anglais a la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques. Extraído de las "Acta academie jurisprudentiae comparativae", Vol. I Londres, 1928.

LAURENT.—Principes de Droit Civil francais. París, 1869.

MAGNIN. EUGENE.—De la représentation á Rome dans les actes extrajudiciaires, spécialement dans les actes acréateurs et extinctifs d'obligations. Tesis, París, 1899.

PUGA FISCHER, RUPERTO.—De la representación. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado. Año 1930.

PLANIOL ET RIPERT.—Traité pratique de Droit civil francais. Paris, 1926.

PLANIOL. MARCEL.—Responsabilidad por el hecho de otro, Publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VI, año 1908, sección derecho.

PALMA ROGERS, GABRIEL.—Apuntes de clase de Derecho comercial, tomados por don José Miguel Seguel. año 1935, Derecho marítimo.

SAVIGNY.—Le droit des obligations, París 1863.

SALEILLES RAYMOND.—Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après la premier projet de code civil allemand, París, 1923

SALEILLES, RAYMOND.—Traducción anotada del Código civil alemán, publicada por el Comité de legislación extranjera del Ministerio de Justicia.

SOHM.—Instituciones de Derecho privado romano, Historia y sistema, 17 éd. corregida por L. Mitteis, Madrid, 1928.

TELEMAN.—De la représentation en matiere réelle et personelle en droit romain. Tesis, París, 1900.

TROPLONG.—Du mandat, París, 1846.

TEXTO Y COMENTARIO al Código Civil del Imperio Alemán, anotado y comentado por la Redacción de la Revista de los Tribunales y de Legislación Universal. Madrid 1897.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.