

En materia de declaración de voluntad, ya el fenómeno se nos ofrece algo más complicado; aquí también, cuando el declarante no es el destinatario del objeto a que la voluntad se refiere, los efectos jurídicos se dan en la persona del destinatario; y asimismo aquí también se necesita que el declarante esté autorizado para obrar por otro, y que esa autorización esté exteriorizada, aun cuando hay que distinguir según el modo en que deban exteriorizarse el acto con destino ajeno de la declaración de voluntad y la autorización para realizarla.

A) En un primer grupo de casos, este procedimiento de exteriorización es más elemental, y no sale del grupo de personas interesadas directamente, o sea, del destinatario de la voluntad y del autor de la declaración, es decir, que es un conocimiento puramente interno que no llega a los terceros a quienes va dirigida la declaración de voluntad.

B) En el segundo grupo, en cambio, el procedimiento de exteriorización del vínculo en cuya virtud obra jurídicamente una persona en interés de otra es completo, y llega hasta la manifestación a los terceros; en este segundo caso es cuando hay precisamente representación.

Es, pues, la representación uno de los casos de falta de coincidencia entre el sujeto del acto y el destinatario del objeto a quien va dirigido aquél, y, por tanto, uno de los casos en que la acción o acto de un sujeto surte efectos jurídicos respecto a otro sujeto; el fenómeno mismo que hemos visto realizarse también respecto a los hechos materiales, aun cuando la representación en sentido propio sólo se da en los negocios jurídicos, o sea, en las declaraciones de voluntad, también en el campo de ésta la representación no es el único caso de separación entre el autor del acto y destinatario del objeto, sino sólo el caso más acabado: aquel en que la separación nace de las relaciones internas y se da a conocer a los terceros a quienes va dirigida la tal declaración.

Si denominamos con la palabra genérica *órgano*, que quiere decir simplemente instrumento, al que da vida a una declaración de voluntad para un fin ajeno, podemos distinguir dos clases de órganos:

a) *Órganos puros o simples*, o también *órganos deliberantes*, que se dan siempre que la relación permanece puramente interna, esto es, que no se da a conocer a los terceros al declarar la voluntad; y a esta clase de órganos pertenecen todos los llamados *órganos deliberantes* de las personas jurídicas, como Cámara, Senado, Ayuntamiento, Junta y Consejo de Administración de una Sociedad anónima, y ciertas

figuras jurídicas del derecho privado, como, por ejemplo, el comisionista, que, según el Código de comercio (arts. 380 y 381), obra en nombre propio, aunque por cuenta ajena, que es la fórmula con la que la ley quiere significar que es puramente interna la separación entre sujeto de la declaración de voluntad y sujeto del fin.

b) *Órganos representativos o representantes*, que son aquellos en que el sujeto de la declaración de voluntad obra para fines ajenos, y la separación entre el sujeto de ella y el destinatario de éstos se conoce por los terceros a quienes va dirigida la declaración, de suerte que la relación del órgano es externa.

Para concluir, podemos definir ahora de modo más preciso la representación, situación jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigida la declaración que aquél obra en interés ajeno y, consiguientemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen respecto al sujeto en cuyo interés ha obrado aquél.

El actuar para fines ajenos se suele designar con la frase de *obrar por cuenta de otro*, y el obrar, dando a conocer al tercero a quien la declaración de voluntad va dirigida, a que el fin del acto es servir un interés ajeno, designase con la frase *obrar en nombre de otro*; por tanto, se pueden resumir brevemente las características de la representación diciendo que ésta consiste en *obrar en nombre y en interés de otro*.

Sentado, pues, el concepto y fundamento jurídico de la representación, ya es relativamente fácil resolver las distintas cuestiones que se suscitan respecto a esta materia.

79. III. *La representación y demás instituciones afines*.—El primer grupo de cuestiones se refiere a las diferencias y relaciones existentes entre la representación y otras figuras jurídicas que pueden confundirse con ellas fácilmente, a causa de que pertenecen, con la representación, al grupo más general de casos en que el acto de un sujeto tiende a realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto.

A) Hay que distinguir, en primer lugar, la representación, de aquellos otros casos en que se da vida a un acto material para un fin ajeno, en los que no hay representación, sino *prestación de obra*. La diferencia entre ambas consiste substancialmente en que la segunda se obra por otro, dando vida a un acto material, en tanto que en la representación se crea una declaración de voluntad. Ya más atrás hemos

señalado la diferencia que hay entre el hecho material y la declaración de voluntad, que consiste principalmente en que el hecho material es un acto voluntario, pero en el que la ley toma en consideración, sobre todo, las modificaciones que causa la voluntad humana en el mundo exterior, y a *estas* modificaciones atribuye efectos jurídicos; en tanto que en las declaraciones de voluntad o negocios jurídicos la ley asigna efectos a la manifestación de voluntad *como tal*.

Las prestaciones de obra en todas sus formas son, por tanto, cosa distinta de la representación, lo mismo que sean a título gratuito que a título oneroso, que son la clase más importante, y es conocida con el nombre de *arrendamiento de obra*.

En la prestación de obra en general, y singularmente en el arrendamiento de obra, el que la ejecuta pone a disposición de otro su aptitud para la producción de un resultado beneficioso a este último; de modo que en la prestación de obra se dan precisamente estas cualidades (prestaciones de obra y particularmente *arrendamientos de obra*) o estos resultados (prestaciones y en particular arrendamiento de obra), lo constitutivo del objeto de la prestación. En cambio, en la representación, el representante sólo pone a disposición de otro su aptitud para querer, es decir, para realizar un acto de voluntad, y aunque es muy cierto que cuando al vínculo jurídico de prestación de obra se une otro de representación, caso frecuente, porque hay ejemplos en que se acoplan el arrendamiento de obra y la representación, y no sólo cuando se trata de realizar algo intelectual, sino también cuando ese arrendamiento consiste en un acto puramente manual. En el arrendamiento de obra intelectual (advértase que es cosa distinta de la representación, porque en aquél el arrendatario lo que pone a disposición de otro son sus aptitudes intelectuales, y en la representación la propia aptitud para *querer*, y la *voluntad* es una facultad completamente distinta de la *inteligencia*); en el arrendamiento de obra intelectual, decimos, frecuentemente se asocia la relación o el vínculo de representación; y así, por ejemplo, el gerente de una Sociedad anónima es arrendatario de obra con representación, y el director de la casa principal o de la sucursal de una hacienda mercantil es arrendatario de obra con representación institoria; pero algunas veces encontramos el arrendamiento de obra exclusivamente manual, hermanado con la representación, como ocurre con los sirvientes, que, a veces, representan de un modo limitado a sus amos en materia de gastos corrientes y ordinarios de la familia.

Y conforme a este mismo criterio, hay que distinguir el represen-

tante del *nuncius*, que también es un prestamista de obra, porque no es más que un medio material para transmitir declaraciones de voluntad, desempeñando función análoga a la que realiza una carta, un telegrama, y por ello su misión consiste simplemente en prestar su actividad material para transmitir la declaración, que es lo contrario de representación, en la que siempre hay una actividad volitiva, y por eso se dice que hay representante cuando alguien presta a otro su aptitud para querer, y, por consiguiente, al formalizar la declaración de voluntad hay un poder declarativo, y hay simplemente *nuncius* si alguien se coloca al servicio de otro como vehículo de transmisión de la declaración de voluntad y no pone a servicio ajeno más que su aptitud para realizar una obra material no jurídica.

B) Más precisamente aún hay que distinguir la representación del vínculo que se contrae en virtud del acto ilícito que realiza un sujeto y origina la responsabilidad de otro; aquí hay, indudablemente, también un acto material lesivo, realizado al ejecutar una obra en interés de otro; pero no puede hablarse de representación, primero, porque lo peculiar de ésta es la declaración de voluntad, y, además, porque en la representación se exige que el destinatario verdadero del objeto, a cuyo fin se hace la declaración, sea conocido de los terceros a quienes va dirigida aquélla, en tanto que no es posible esto en el caso de responsabilidad por actos ajenos, en que basta que el acto ilícito ocurra al ejecutar la obra en interés de otro.

C) También hay que distinguir la representación de aquel grupo de casos afines a ella en que hay realmente prestación de una actividad volitiva, dirigida a un objeto o fin de otro; pero la distinción entre autor del acto de voluntad y destinatario del fin no se ha dado a conocer a los terceros, y queda como un vínculo interno, conocido tan sólo de las partes. En primer lugar, la representación se distingue del vínculo que media entre la persona jurídica y los verdaderos órganos deliberantes. Los órganos deliberantes de las personas jurídicas no son representantes, porque se limitan a laborar o a cooperar con otros a la formación de la voluntad del ente, pero no lo declaran a los terceros como voluntad de éste; y así, por ejemplo, los diputados y senadores son órganos del Estado, pero no representantes de él, y los consejeros de administración de las sociedades que no llevan la firma social son órganos, pero no representan a la sociedad. Tampoco aquí negamos que haya casos en que corresponda al órgano juntamente la representación, pero entonces se trata de órgano representativo de las personas jurídicas, que se distinguen de los representantes que no son órganos; el Rey es un órgano representativo del Estado, como lo

son también los ministros y el alcalde lo es del Ayuntamiento, y los administradores con la firma social lo son de la sociedad.

80. D) Y con sujeción a este criterio distínguese, cosa difícil y discutida, la *representación del mandato*. Dominaba entre los tratadistas, hasta hace poco, la idea de que la representación era un requisito esencial del mandato, y decían que en éste iba implícita siempre la facultad de representar, a cuya opinión se sumaban los civilistas, a fin de hallar una diferencia entre el mandato y arrendamiento de obra, separación que ofrecía dificultades después que el derecho moderno destruyó el criterio distintivo del Derecho romano, para el cual el elemento característico del mandato era la *gratuidad*, y aquéllos habían reconocido la posibilidad del mandato retribuido (arts. 1.737-1.739 del Código civil, y 349 del Código de comercio).

Pero no existe este pretendido carácter distintivo, ni la representación es esencial en el mandato, y ya hemos visto, y aún lo hemos de ver mejor, que cabe representación sin mandato, como, por ejemplo, la representación unida al arrendamiento de obra, y que puede también haber mandato sin representación; en efecto:

a) El art. 1.737 del Código civil se limita a decir que en el mandato se obliga a una persona a ejecutar un negocio *por cuenta de otro*, sin agregar que debe realizarse también *en nombre de otro*, que es lo esencial de la representación.

b) El art. 1.744 del Código civil prevé el caso, expresamente, de que el mandatario haya obrado *en nombre propio*, y agrega que, en este supuesto, el negocio celebrado no pasa a propiedad directa del mandante, que a él queda ajeno, y, sin embargo, es un caso previsto expresamente en la ley de mandato sin representación.

c) Ciertamente tenemos en el Código de comercio el art. 349, que dice que el mandato tiene por objeto la negociación de asuntos comerciales por cuenta y en nombre del mandante, dando a entender así que la representación es un requisito del mandato mercantil; pero hay otros preceptos que delatan que no ha sido ésta la intención del legislador, como, por ejemplo, el 380 y 381, que disciplinan un caso de mandato sin representación. En efecto, el contrato de comisión no es más que un mandato, como dice el 380, que preceptúa el que entre comitente y comisionista se dan los mismos derechos y obligaciones que entre mandante y mandatario, y, sin embargo, esta forma de mandato excluye la representación, porque el mismo art. 380 dice que la comisión tiene por objeto la negociación de asuntos comerciales por cuenta del comitente, pero *en nombre del comisionista*, y el 381 agre-

ga que este último queda obligado directamente con la persona con la que contrató, como si fuese suyo el negocio, prueba evidente de que la comisión es un mandato sin representación (279).

(279) Rechazado el que la representación constituya un elemento esencial y característico del mandato, los tratadistas han discutido acerca de la distinción entre mandato y arrendamiento de obra, multiplicándose de esta suerte las tentativas para una diferenciación. Sraffa (*Del mandato commerciale e della commissione*, en *Commentario al Cod. di commercio*, vol. IV, páginas 17 y sigs.), separa el mandato del arrendamiento de obra, en virtud de que el mandato tiene por objeto la celebración (*trattazione*) de negocios jurídicos, dando con la palabra «trattazione» el más amplio sentido comprensivo, no sólo de las fases preparatorias del negocio, sino también su celebración; y, por el contrario, el arrendamiento de obra tiene por objeto la realización de actos materiales en los que es posible que el arrendatario ostente la representación del arrendador, y de esta suerte, en el arrendamiento de obra, lo mismo puede hallarse que falta la representación, pero también cabe que falte en el mandato, porque existiría éste aun cuando al mandatario se le encomendase sólo la preparación y no la celebración. El verdadero carácter distintivo entre los arrendamientos de obra y el mandato consistiría, por tanto, en que en el primero existiría la realización de actos materiales, y en el segundo, realización de actos jurídicos preparatorios, cuando menos. Esta opinión de Sraffa es, indudablemente, de grandísimo valor, y entre otros méritos tiene el de haber aclarado el que para que haya mandato basta que exista el encargo de preparar el negocio jurídico, aun cuando no se le faculte para celebrarlo; sin embargo, puede reprochársele de falta de precisión al fijar en lo que ha de consistir esta preparación del negocio jurídico, suficiente para caracterizar de mandato al contrato, puesto que hay casos de arrendamiento cuyo objeto también es la preparación de negocios jurídicos, como ocurre con el mediador, el intérprete, el empleado que lleva la correspondencia, todos arrendatarios de obra.

Vivante avanzó después en esta senda (*Trattato di Dir. comm.*, 4.^a edición, I, n. 254), quien dice que la diferencia entre mandato y arrendamiento de obra consiste en que el mandatario está facultado siempre para tomar una resolución respecto al negocio jurídico del principal, y que la celebración ulterior del negocio puede o no confiársele. En cambio, al arrendatario de obra no toca resolver: está ya resuelta la cosa por el principal, y se limita a ejecutarla. De modo que el mandatario resuelve sobre la celebración del negocio, el representante lo perfecciona y el arrendatario de obra lo realiza con actos materiales. Meritísima es la doctrina. Vivante ha comprendido perfectamente que el mandatario coloca a disposición del mandante sus aptitudes propias para querer jurídicamente, y el arrendador de obra únicamente la aptitud material o intelectual, sin intervenir personalmente en la constitución del negocio jurídico; nota después el nombrado autor, con

En cambio, y supuesto lo dicho acerca de la representación, aparecen claramente dibujadas las relaciones entre ella y el mandato. Una y otra forman parte del numeroso grupo de casos en que se colocan

acierto, la diversidad que hay entre la cooperación jurídica del mandatario y la del representante, esto es, que si el mandatario se limita a un querer para el mandante, el representante concluye el negocio para el representado.

Pero no satisface completamente esta doctrina de Vivante; no puede decirse que el mandante resuelve y el representante celebra, porque el representante también resuelve; si éste careciera de poder para resolver no sería un representante, sino un simple *nunclus*, aparte de que son muy limitadas las facultades que señala Vivante al arrendador suponiéndole sólo un ejecutor del negocio jurídico, porque el arrendatario de obra que pone a disposición del arrendador su actividad manual o intelectual propia, lo mismo puede ejecutar un negocio jurídico como servir a otros fines del principal, como, por ejemplo, edificar, defender una causa, curar una enfermedad. Vivante mismo ha modificado algo en la 5.^a ed. de su *Trattato*, I, n. 246 y siguientes, la exposición de la teoría general de la representación, y ahora (n. 254) expone así la diferenciación: «El mandato encierra el *encargo de administrar* uno o más *negocios* para el principal; la representación, el *encargo de celebrarlos* en nombre de éste; el arrendamiento de obra, el de *ejecutarlos*». Esta fórmula nueva ya no suscita alguna de las objeciones hechas más atrás, pero tampoco la estimamos perfecta, porque no destaca el verdadero elemento que distingue las tres figuras, y, además, por el ambiguo significado que da a las palabras *administrar* y *negocio*, expresiones posibles de conceptos más o menos amplios y que se emplean en un sentido disconforme con la misma exposición que hace Vivante; y así, por ejemplo, no cabe duda de que los negocios que puede *ejecutar* el arrendatario de obra y los que el mandatario *administra* no son únicamente negocios jurídicos (en relación a los cuales no se puede hablar siquiera en sentido estricto de *administrar*), y los negocios que *celebra* el representante no pueden ser otra cosa que negocios jurídicos. Bastante mejor expresada está la diferenciación en la pág. 273, en que dice: «El arrendatario de obra es un *cooperador material* del principal; el mandatario y el representante son sus *cooperadores jurídicos*: uno, en la parte *interna* de la hacienda; el otro, en su *relación con los terceros*». La distinción aquí entre mandatario y representante está bien señalada y es conforme a cuanto sostenemos. Ya nos parece menos clara la distinción en lo referente al arrendatario de obra, del que, como cualquier otro, puede decirse que coopera *materialmente* sólo en sentido relativo y en oposición de las cooperaciones *jurídicas*, porque en sentido absoluto sería extraño llamar *cooperador material* al que pone a disposición de otro su obra *intelectual*. La distinción verdadera consiste en que el arrendatario de obra no realiza ni ejecuta negocio jurídico para otro, y el mandatario y el representante, sí.

a disposición ajena las facultades propias volitivas para celebrar un negocio jurídico; pero en tanto que el mandato nos ofrece el de que la distinción entre el sujeto de la declaración de voluntad y el destinatario del objeto o fin a que se dirige ésta, queda en relación interna, sin darla a conocer el declarante a los terceros; por el contrario, la representación nos ofrece el caso más típico de exclusión del conocimiento de los terceros de la declaración de voluntad, así es que, mientras el mandatario permanece como un órgano de los intereses del mandante en las relaciones puramente internas, el representante, en la declaración, se presenta a los terceros con ese carácter; y de aquí que el mandatario trata el negocio en interés del mandante, pero ante los terceros lo concluye como si fuera propio; el representante lo trata y celebra como propio; todo lo cual se expresa más sencillamente en la fórmula siguiente: *el mandatario procede por cuenta ajena, pero en nombre propio; el representante procede por cuenta y en nombre de otro*.

Compréndese que la representación puede ir emparejada con el mandato; mas, desde el punto de vista de la relación con los terceros, el mandato va embebido en la representación en el sentido de que la facultad de obrar por cuenta y en nombre de otro encierra la de obrar por cuenta ajena; pero en las relaciones internas el mandato subsiste y rige las relaciones entre representante y representado, quedando, respectivamente, mandatario y mandante.

Así se resuelve el problema de la diferenciación entre mandato y arrendamiento de obra, entre los cuales hay diferencias análogas a las que existen entre arrendamiento de obra y representación, porque mientras el arrendamiento de obra pertenece a aquel grupo de casos en que el que ejecuta por otro pone a su disposición, no la aptitud propia para querer, sino su obra manual o intelectual, el mandato está contenido en el segundo grupo de aquellos casos que comprende también la representación, en los cuales el que procede por otro pone a disposición de éste su aptitud para un querer, y, por consiguiente, realiza, no una obra material para otro, sino un negocio jurídico; es decir, realiza una declaración de voluntad.

81. IV. *Supuestos de la representación*.—Vamos a ver, ante todo, cuáles son esos supuestos; es decir, las condiciones necesarias para que una persona, por cuenta y en nombre de otra, dé vida a una declaración de voluntad, y cuyas condiciones son substancialmente tres:

A) En primer lugar, es necesario *facultad para representar*: que puede nacer, bien de un estado de hecho independiente de la volun-

tad del representado (representación *legal*), o de una declaración de voluntad del representado (representación *voluntaria*) (a).

La primera va siempre unida a una cierta cualidad que posee el representante, o se debe a encontrarse éste en una cierta situación jurídica; son representantes legales los padres que ejercen la patria potestad (artículos 224 y 231 del Código civil); el tutor o protutor (artículos 266, 277 y 1.303 de ídem); los curadores especiales, o sean, el curador del concebido y no nacido (artículo 236), curadores del artículo 233, 327 último apartado, y del apartado 839 de la ley de Enjuiciamiento civil; curador especial testamentario, en el caso del artículo 247, posesionado de los bienes del ausente (artículos 28 y 29); heredero beneficiario de inventario (artículo 955); curador de la herencia yacente (artículos 982, 983 del Código civil, y artículos 898, 875, 876 y 877 de la ley de Enjuiciamiento civil); curador de la quiebra, *negotiorum gestor*, en el caso de la sedicente gestión representativa (artículo 1.144 del Código civil).

Hay, en cambio, representación voluntaria cuando, mediante una declaración de voluntad, se faculta a otro para obrar en nombre y por cuenta suya, y ésta, mediante la que se erige un representante, constituye un negocio jurídico autónomo, y precisamente unilateral, que implica únicamente la atribución de la *facultad* para representar, y, por lo tanto, solamente regula el aspecto externo de la relación entre representante y representado, o sea, el aspecto relativo a los terceros; porque del aspecto interno, o sean los derechos y las obligaciones recíprocas entre representante y representado, quedan fuera de la cuestión y se rigen por otro negocio jurídico, que puede ser mandato, un arrendamiento de obra, un contrato de sociedad, un depósito bancario (en que el Banco depositario contrae la obligación de pagar en nombre del depositante, siempre que éste lo ordene librando un *cheque*); en una palabra: cabe decir que todo negocio jurídico puede llevar consigo una declaración de voluntad que constituya representación (280), y es natural, por consiguiente, que las relaciones internas se regulen a compás de este negocio.

(a) Sobre todo lo relativo a representación, puede verse la excelente obra, ya clásica, del prof. de la Univ. de Viena J. Hupka, traducida al castellano, en la *Biblioteca de la Rev. de Derecho Privado, La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid, 1930, un vol., 427 páginas, 20 pesetas.—(N. del T.)

(280) Esta afirmación, sin embargo, no debe inclinarnos a negar la autonomía de la relación jurídica de representación, como parece hacer Vivate: *Trattato*, I, núm. 248 bis., núm. 4.

82. En nuestro lenguaje jurídico no hay palabra precisa para designar los negocios jurídicos unilaterales que constituyen representación, debido a que se ha desconocido durante mucho tiempo el carácter autónomo de este negocio y ha sido confundido con otros varios, a los cuales va relacionado, por lo general, y, sobre todo, con el mandato; por lo tanto, es muy frecuente usar la palabra «mandato» para designar el negocio que constituye la representación, y en nuestro lenguaje legislativo es corriente esta confusión.

Así es que, para evitar equívocos, daremos el nombre de *procura* o *atribución de poderes* (281) al negocio constitutivo de representación.

Es, por consiguiente, la procura un negocio autónomo, que así como no se confunde con otros varios a los que puede estar relacionado eventualmente, tampoco debe confundirse con los que el representante puede realizar a virtud de la procura: hay que distinguir de ella estos negocios, aunque dependan de la misma, en el sentido de que ésta es un supuesto para aquéllos; en cambio, los distintos negocios a que da vida el representante, y que se suelen denominar negocios por representación, son y deben permanecer siendo esencialmente declaraciones de voluntad *del representante*, según hemos visto cuando hablamos del fundamento de la representación. Si en ésta hay realmente una separación entre autor del acto de voluntad y el destinatario del objeto o fin, claro es que la declaración de voluntad del representante es una declaración *de su voluntad*; distinción entre procura y negocio de representación que tiene grandísimo interés en diferentes aspectos.

Primeramente, en cuanto a la forma que ha de revestir la procura, está muy difundida la opinión de que la procura que faculta para ce-

(281) La palabra *procura* la propuso Nattini: *La dottrina generale della procura*, Milán, 1910, págs. 4 y siguientes; sin embargo, hay que advertir que este autor da este nombre tanto al negocio constitutivo de la representación como a la representación que del mismo se deriva; para él será asimismo procura la representación voluntaria, en oposición a la legal; nos parece bien el nombre de procura para designar el negocio constitutivo de la representación, pero no oportuno, y menos aún necesario, denominar igualmente la representación que engendra, porque este nombre especial podría contribuir a crear la errónea opinión de que la representación nacida de la procura es substancialmente distinta de la representación legal, no siendo cierto; Pacchioni: *Addizioni* a Baudry Lacantinerie y Wahl: *Dei contratti aleatori*, págs. 755 y siguientes, prefiere la frase *autorización representativa* para señalar el acto en que se confiere el poder al representante, y *legitimación representativa* para indicar la existencia de tal poder.