

APUNTES SOBRE LAS NOCIONES DE: MANDATO, PODER Y REPRESENTACION *

ELISA DIAZ DE VIVAR

I. REPRESENTACIÓN

La teoría general de la representación es mérito de la doctrina moderna y más precisamente de la doctrina alemana del siglo XIX. El Código de Napoleón y los inspirados en él no organizaron la institución en forma integral reuniendo en un cuerpo los principios generales de la materia como lo han hecho posteriormente el Código Alemán de 1900 y el Italiano de 1942. El Código Alemán legisla en la parte general de hechos y actos jurídicos sobre la teoría de la representación, método que recojen con acierto el Anteproyecto Biliboni y el Proyecto de 1936.

La representación tiene lugar cuando un sujeto denominado representante emite o recibe por otro —el representado— una declaración de voluntad destinada a producir sus efectos en cabeza de aquél por quien se actúa. El acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones emergentes y los derechos derivados del acto del representante.

Se distingue la representación activa o en la emisión de la representación pasiva o de recepción. Esta última tiene lugar cuando un tercero emite una declaración de voluntad destinada a otra persona de aquél que la recibe. En este supuesto lo decisivo es que la declaración del emitente esté encaminada a que los efectos no se produzcan en cabeza del receptor (representante), sino de la otra persona (representado); tal por ejemplo el caso del deudor que paga al representante de su acreedor.

* El título elegido para este trabajo da la idea y sugiere el contenido del mismo: no pretende ser un ensayo ni exponer nada nuevo sobre el tema. Se trata simplemente de una recopilación de notas, de una sistematización de apuntes extraídos de Bupka, Ferrara, Enneccerus, Kipp y Wolff, Salvat-Aruffa Anserena, Fontanarrosa y del Anteproyecto Biliboni. Por considerarlo de interés para aquellos que están dedicados al estudio de Derecho Civil III, es que —con esta salvedad— nos atrevemos a publicarlo.

La representación activa es la más importante. El representante ejecuta el acto en nombre del sujeto del interés (representado), declara que el acto debe valer a título de otro y con ello transfiere las consecuencias jurídicas del mismo a la esfera individual de su representado; sin embargo, la declaración de voluntad que emite el tercero la emite como propia. Si, por el contrario no realizara el acto por su propia voluntad, si se limitase a emitir una declaración de voluntad en concepto de ajena —es decir de aquél que lo envía—, sería un simple nuncio.

De manera que, para que haya representación se requiere: 1) que el representante concluya el negocio por su propia determinación y 2) que emita la declaración de voluntad en nombre ajeno.

Entre las especies de representación caben señalar:

A. La propia o inmediata, también llamada directa, que tiene lugar cuando el representante hace saber a su co-contratante que los efectos jurídicos de su acto recaerán en el representado. En este caso representado y tercero tienen acciones directas y recíprocas para reclamarse el cumplimiento de lo pactado.

B. La representación impropia, mediata o indirecta es aquella en la que el representante actúa en nombre o interés de otro no expresando esta circunstancia. Aquí no hay concordancia entre su voluntad declarada y su voluntad real, ya que concluye un acto a nombre propio cuando en realidad lo está celebrando a nombre de su representado. En otras palabras, la representación indirecta es aquella en la que se emite una declaración de voluntad de otro como propia, de modo que los terceros ignoran que se está sirviendo a un interés ajeno; el representado permanece oculto.

Para que los efectos del acto pasen a la esfera jurídica del representado es necesario que el representante le transmita los resultados del negocio celebrado con el tercero; y como la vinculación se ha establecido entre representante y tercero, el representado sólo tiene acción para exigir esa transferencia o, en su caso, lograr una indemnización de daños contra el representante, pero carece de acción alguna contra el tercero contratante. Esta figura puede convenir por diversas razones a los tres sujetos: el representante puede tener interés en figurar actuando en nombre propio, al representado le puede reportar enormes ventajas permanecer oculto en una plaza donde no es conocido, y al tercero en la medida en que no tiene necesidad de verificar si el representante actúa dentro de los límites de su poder, o de constatar la solvencia del representado, etc.

Se puede también distinguir la representación legal o necesaria de la representación voluntaria, según sea la ley la que

impone un representante (tutores, curadores, síndicos, liquidadores, etc.), o bien emane de la voluntad del sujeto a representar mediante el otorgamiento de la autorización o poder para actuar en su nombre.

Naturaleza de la representación.

Sobre la naturaleza de la representación se han esbozado varias teorías, bástenos recordar las de Savigny, Hupka y Mittels.

1. Savigny, en su construcción sobre la teoría de la representación, ve al representado como el verdadero sujeto del negocio jurídico y en el representante un portador de una declaración de voluntad ajena, un mensajero. El tercero que contrata con el mandatario en calidad de tal y acepta sus proposiciones, acepta en realidad la declaración de voluntad que el principal ha hecho de antemano, eliminándose por completo la voluntad del representante.

No es la misma cosa la voluntad del apoderado y la voluntad contractual declarada en el negocio; ésta va encaminada a la realización inmediata de una modificación de derecho. El poder no contiene disposición alguna del representado, sino sólo su consentimiento anticipado para los actos jurídicos de disposición que realizará en su nombre otra persona.

2. Hupka por su parte considera imposible escindir el contenido de la voluntad, como también hablar de una división de la declaración de voluntad. Sostiene que el principal (representado) no tiene una voluntad inmediata en la declaración, sino que sólo la del representante da origen al negocio mediante su propia declaración. Es el representante y sólo él quien celebra el acto, y ve en la relación de apoderamiento un acto que se encuentra fuera del negocio principal. El poder sólo configura el límite y la condición para la eficacia de esa declaración de voluntad que ha de emanar del representante.

Los efectos del negocio de que se trate se encuentran bajo el imperio de dos voluntades que no se reúnen en un acto unitario, sino que psicológica y jurídicamente son distintos e independientes. Distingue Hupka, de este modo, entre los "requisitos del acto" (referidos al representante) y los requisitos para que ese acto produzca sus efectos, "requisitos del efecto" (referidos en este caso sólo al representado, por ejemplo que haya otorgado poder para actuar de esa manera).

3. Mittels, considera que la declaración del representado relativa al poder se integra con la declaración del representante para dar origen al negocio encargado. Ante el resultado poco satisfactorio de las teorías que pretenden que es parte sólo el representante o sólo el representado, opta por dividir el acto de que

se trate entre representante y representado y hacer nacer el negocio de la cooperación de ambos.

II. Poder

La validez del acto ejecutado por el representante en pro o en contra del representado depende de que el representante tenga poder de representación y de que actúe dentro de los límites de ese poder. Claro está que, en ciertos casos la falta de poder puede suplirse por la ratificación ulterior del acto ejecutado.

Poder es la facultad de representación que se otorga por un acto jurídico. El poder da al apoderado la posibilidad de producir las consecuencias jurídicas de su acto o negocio en favor o en contra del poderdante. En sí es un negocio jurídico autónomo, con sustantividad propia que no requiere la forma prescripta para el acto a ejecutar por el apoderado. El poder para representar es un presupuesto para la validez de la representación, pero que no integra su concepto.

Puede ser externo cuando se otorga frente al tercero con el cual se ha de contratar; o interno cuando es otorgado frente al apoderado.

Discútese en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del apoderamiento, si requiere o no la aceptación del apoderado; en otras palabras si es un contrato o un acto jurídico unilateral. La antigua doctrina hacía preciso el consentimiento y se hablaba de contrato de apoderamiento. Laband lo define como el contrato consensual por el cual los contratantes se obligan recíprocamente a que los negocios jurídicos que el apoderado celebre a nombre del poderdante sean considerados en cuanto a sus efectos como si lo hubiera celebrado este último.

Sin embargo la doctrina predominante sostiene que se trata de un acto jurídico unilateral, cuya fuerza deriva de la sola voluntad del poderdante y que no necesita de la aceptación del apoderado para el logro de los efectos que le son característicos.

El apoderamiento es un acto unilateral que concede al representante la facultad de trasladar a la esfera jurídica del poderdante los efectos del acto encomendado, de actuar en su nombre afectando únicamente sus intereses, sin tocar en lo más mínimo el ámbito jurídico del apoderado. Del poder sólo deriva la aptitud jurídica necesaria para hacer nacer derechos u obligaciones a favor o en contra de otra persona; y no existe una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado.

Hupka considera que el poder no es ni una accesión ni un

accesorio de la relación básica, sino una relación jurídica absolutamente autónoma, no subordinada en modo alguno a la existencia de su causa objetiva.

III. MANDATO

El código lo define: "El mandato como contrato tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza" (art. 1869).

La figura del mandato trae consigo un doble juego de relaciones: 1) Relaciones de derecho que crea entre mandante y mandatario, que revisten la forma de contrato del que emanan obligaciones y, 2) Relaciones entre mandatario y terceros en las que se configura la representación de una persona por otra (nos referimos a la hipótesis más común de mandato representativo).

En el mandato se actúa en nombre y por cuenta (o interés) ajeno. En nombre ajeno porque se hace saber al tercero que el acto tiende a establecer un vínculo con otro que aquél oyo lo ejecuta; y por cuenta ajena porque se satisfacen fines o intereses de ese otro sujeto. La relación que nace es directa entre el mandante y el tercero. En la teoría de la representación no es de la esencia de ella que se actúe en interés ajeno, puede actuarse en el interés común de las partes representante y representado, o de un tercero, etc.

La representación se origina en una serie de relaciones jurídicas (en la ley que otorga un representante a aquellas personas que considera incapaces, también los dependientes encargados de vender al por menor se reputan autorizados para cobrar el precio [art. 151 del C. Com.]) y entre esa serie de relaciones que le puede dar origen está el contrato de mandato, que por ser el caso más frecuente y típico trae confusión de los conceptos "representación" y "mandato".

Antiguamente la representación voluntaria se encontraba dentro del molde jurídico del mandato. Ihering ya señala que la coexistencia del mandato con la representación es algo casual. La doctrina comienza a ver que no es posible ver en la representación simplemente el lado externo de la relación de gestión existente entre representante y representado, ni al poder de representación como un efecto exterior del contrato de gestión. Laband sostiene que mandato y representación son dos relaciones diversas

que pueden coincidir o no.¹ Se puede tener un mandato sin facultad de representar y una representación sin el mandato.

Puede haber mandato sin representación de ningún género, tal el caso del mandato oculto en el que el mandatario procede sin invocar poder de otra persona de manera que el acto jurídico se forma en cabeza suya, y el tercero sólo entiende engendrar relaciones obligatorias con él. Aquí la noción de mandato no envuelve la de representación; y hay por el otro lado representación sin mandato; los supuestos del artículo 1870 del C. C., a los que el codificador declara aplicables las disposiciones del mandato, así lo demuestran.

Estos argumentos esgrimidos por Biblioni, le hacen decir que si tuviéramos que caracterizar al mandato por la definición del código tendríamos que concluir por decir que él constituye un contrato de representación de una persona por otra que ejecuta en su nombre y por su cuenta actos jurídicos; la nota al artículo 1871 lo confirma: "El rasgo característico y distintivo del mandato es la función representativa del mandatario y nada más"... Y esta conclusión no es exacta pues, como hemos visto hay mandato con o sin representación y representación con o sin mandato. De ahí que Biblioni sostiene que fuerza es reconocer que el mandato es otra cosa que la definida en el artículo 1869. Hay mandato donde una persona encarga a otra la gestión de hechos que le conciernen, hechos jurídicos y no jurídicos, no necesariamente "actos jurídicos", ya que no hay motivo para limitar la gestión. Pone el ejemplo de la conducción de un hijo al extranjero o a un hospital para concluir que perfectamente pueden constituir el objeto de un mandato.

Así, como apuntáramos más arriba, la doctrina antigua tendía a asimilar "mandato" y "representación"; hoy el concepto moderno lleva a la distinción de ambas instituciones,² no por ser imposible su coexistencia sino porque el mandato es un contrato y la representación puede hacer de él, pero también de otras relaciones no contractuales. La representación configura un efecto abstracto de relaciones generadoras de diversa índole, es "una institución genérica independizada de su causa".

Acuña Anzorena (Salvat-Acuña Anzorena: "Fuente de las obligaciones", III, p. 110, nota § 1 a), comentando el artículo

¹ En Alemania sustentan esta posición además, BRINZ y OETTERMAN, JOSSERAND hace el distingo también, pero dice que mandato sin representación no es un verdadero mandato, sino un mandato imperfecto, incompleto ya que en este caso el mandatario no obra en nombre de su comitente sino que hace un asunto propio.

² El Código Civil Alemán prescinde de la representación como elemento esencial del contrato de mandato considerando mandatario a quien toma a su cargo un negocio de otro (B. G. B., art. 682).

1869, dice que ha sido propósito legislativo ratificado por la nota al 1871, hacer de la representación el rasgo característico del mandato. "Pero decir que es rasgo característico no es decir que sea esencial al mismo. El efecto representativo es el efecto ordinario, común, pero no imprescindible al grado que, sin representación no hay mandato"... "La doctrina del código, al no hacer de la representación un elemento esencial del mandato sino simplemente característico del mismo, se acuerda perfectamente con las enseñanzas modernas que hacen de una y otro conceptos distintos, pero no antagónicos, desde que pueden existir independientemente..."; "... se advierte con pasiónada es la crítica que hace Bibiloni a aquel artículo, porque si él acepta que "el mandato puede ser realizado por medio de la representación o sin ella", no cabe sino aceptar que, frente a lo que disponen los arts. 1869 y 1929, por nuestro código el carácter representativo del mandato es atribuido por el primer texto legal como característica y no como esencia del contrato, con lo que se está más cerca de la realidad en lo que se refiere a la realización de actos jurídicos por otro, y permite, a la vez, diferenciar el mandato como simple encargo de una persona a otra de la gestión de negocios o ejecución de hechos que le conciernen, de la representación"...

IV. CONTRATO CONSIGO MISMO

Se ha discutido en doctrina si el representante puede concluir en calidad de tal, el negocio encargado consigo mismo, a nombre propio, o como representante de un tercero (doble representación). Se habla en esta hipótesis de contrato consigo mismo o autocontrato.

Enneccerus dice que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de dichos contratos. Afirma su validez siempre y cuando las partes lo celebren con la debida exteriorización, es decir sin ocultar la verdadera naturaleza jurídica. No se ve porque el representante que emite la declaración a nombre de otro no pueda recibirla a nombre propio o nombre de otro representado, si el acto no se realiza de un modo oculto, sino que puede ser conocido por terceros (jueces o testigos). La autocontratación al haber intereses opuestos no será en principio genuina, de ahí que sólo deberá suponerse cuando ha sido especialmente conferida o cuando se trata de negocios en los que no haya que temer lesión en la otra parte.

Rösner acepta esta figura porque dice que se trata de dos esferas patrimoniales distintas, por un lado está la voluntad del representado a través de la del representante y por otro lado la del representante por sí mismo o como representante simultáneo

de un tercero. Esas dos voluntades no se confunden, sino que se unen para dar lugar a la figura del autocontrato. En cambio, Leonhard no admite la institución pues sostiene que es requisito indispensable que existan varias personas, situación que no se da en el contrato consigo mismo.

Por su parte Rümelin se expresa en estos términos: La autocontratación es admisible en general, a condición de que el acto autocontractual sea susceptible de control y aparezca como un acto obligatorio conforme a la voluntad del autocontratante, y siempre que se pueda probar que el negocio en el momento de celebrarse corresponda al interés del representado o de ambos representados.

Hupka expresa que si el derecho admite la representación directa, se debe reconocer esta figura siempre que haya una declaración que haga constar la voluntad del representante de obligarse jurídicamente y excluya la posibilidad de una revocación arbitraria.

El artículo 1819 de nuestro Código admite una forma de autocontratación al aceptar que el mandatario encargado de tomar dinero prestado, lo preste él mismo, al interés corriente, a su mandante.