

Como ya hemos dicha la publicación del Sr. Crusells ni es doctrinal ni tiene la pretensión de serlo, por ello se limita a recoger el derecho positivo sobre la letra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las cuestiones dudosas. Citas de autores no hay sino las indispensables y siempre para ilustrar puntos concretos. Se trata de una obra de divulgación popular más que de investigación jurídica y desde este punto de vista puede reputarse lograda.

Magníficas la encuadernación y la edición.

José María A. DE MIRANDA
Juez de Primera Instancia.

FERRER CORREIA: "A procuração na teoria da representação voluntaria". Coimbra, 1948.

El profesor Ferrer Correia viene en este trabajo a ocuparse de un tema trascendente dentro de la problemática del Derecho civil. Y, como en sus anteriores publicaciones, contribuye de modo decisivo a la resolución de más de un punto oscuro, presentándonos un cuadro sistemático y completo de la materia objeto de su estudio.

Vamos a exponer, en síntesis, las líneas generales de este trabajo.

En el primer apartado, Ferrer enuncia su concepto de la representación, afirmando que se da en ella un fenómeno de escisión entre la causa (acto negocial), que es actuada por el representante, y el efecto, que es recogido directamente por el representado.

Considera presupuestos del instituto: Que el agente se comporte, de modo objetivo, como representante ("contemplatio domini"), y que actúe con poderes representativos que justifiquen la conclusión del negocio en nombre del representado y con efectos directos para éste.

Los poderes representativos pueden derivar directamente de la Ley (representación legal) o de la voluntad del representado (voluntaria). Dentro de esta última especie pueden presentarse dos hipótesis: que la voluntad del representado se manifieste después de celebrado el negocio (ratificación) o que sea declarada antes de concluirlo (procuración).

En términos generales, y a título de concepto provisional, define la *procuración* como acto por el que se concretan los poderes representativos.

Explica la equiparación entre mandato y representación voluntaria en virtud de causas históricas que extienden sus reflejos hasta las codificaciones del pasado siglo. El error que ello supone sólo había de ponerse de manifiesto a través del riguroso proceso de crítica y reconstrucción dogmática a que procedieron los juristas alemanes de la segunda mitad del XIX.

No basta reconocer, con Ihering, que no todo mandato confiere poderes representativos y admitir que toda representación voluntaria tiene su fundamento en el mandato; junto a éste, aparecen a veces la sociedad y el arrendamiento de servicios como fuentes de la representación. Por tanto, si el fenómeno representativo no presupone el mandato ni el mandato

implica necesariamente representación, hay que reconocer que habrá una diferencia de naturaleza entre una y otra figura.

El fundamento de la representación voluntaria no reside en el mandato ni en ninguna de las relaciones subyacentes que pueden originarla. El elemento capaz de fundamentar la eficacia representativa es la *procuración*, el acto de concesión de poderes representativos; acto que participa en su naturaleza de la esencia del negocio jurídico.

El concepto fundamental de la *procuración* que Laband descubrió no llega a consolidarse en la doctrina sin lucha.

Los autores que rechazan el criterio de Laband intentan sustituir la idea fundamental del "poder" por la de relación gestoria; pero dentro de esta corriente de pensamiento difieren unos autores de otros respecto al modo de determinar cuándo el gestor está autorizado para representar al principal. Expone Ferrer los diferentes criterios propuestos y procede a una crítica de los mismos.

Comienza por rebatir a Schlosmann cuando se pronuncia por la inutilidad del concepto de *procuración*. El fundamento de la eficacia representativa reside en la declaración de voluntad del representado dirigida a apropiarse los efectos de los futuros negocios que el representante realice, la cual se contiene en el negocio de *procuración*. Viene así a demostrarse que este negocio posee un contenido propio y que puede mantener su autonomía frente al contrato de gestión subyacente (mandato, sociedad, arrendamiento de servicios).

Rechaza también la teoría que ve el fundamento de la eficacia representativa en la Ley. El Ordenamiento—a juicio de los autores que siguen esta corriente—, para tutelar los intereses de los terceros, hace derivar esa eficacia de la situación objetiva creada por la relación gestoria. Pero Ferrer advierte que esa situación objetiva sólo merece tutela cuando puede legítimamente presumirse que el representado quiso autorizar al representante a obrar en su nombre, y, por tanto, le permitió concluir negocios cuyos efectos repercutirían directamente en el representado; si éste prohíbe al gestor obrar en nombre del principal, tal prohibición será oponible "erga omnes" siempre que se torne reconocible por los terceros. Por tanto, la voluntad declarada del "dominus negotii" es, en fin de cuentas, la que decide acerca de la eficacia representativa; la declaración de esa voluntad constituye el *negocio de procuración*; trátase de una declaración unilateral dirigida por el representado a los terceros.

Queda así demostrado el valor autónomo del negocio de *procuración* y su independencia frente a la relación gestoria.

Pero antes de admitir decididamente que sea ese negocio el que fundamenta la eficacia representativa, Ferrer intenta probar que sólo admitiendo este fundamento quedarán convenientemente resueltos los problemas relativos al régimen interno de la representación voluntaria.

Así—nos dice—, en los supuestos de procuración genérica no existe entre representante y representado un contrato de gestión. Pero si el representante, abusando de la confianza del "dominus negotii", contrata con un tercero, el representado quedará vinculado. Por tanto, en este supuesto se

producen los efectos propios de la representación sin que exista negocio gestorio. Consecuentemente, esos efectos sólo pueden encontrar fundamento en el negocio de procuración.

Analiza en segundo lugar el problema de la extensión de los poderes representativos. Dentro de él, el punto que mayor importancia práctica presenta es el de la eficacia de las declaraciones restrictivas de procuración hechas al representante por separado. Aplicando los principios generales de la interpretación, hay que concluir que esas instrucciones separadas sólo podrán oponerse a los terceros cuando éstos obran de mala fe (conociendo esas restricciones) o culposamente (no debiendo ignorarlas). Para fundamentar técnicamente este resultado que en justicia se impone, el medio más idóneo es considerar la procuración como negocio autónomo respecto al contrato gestorio, como un negocio unilateral dirigido a los terceros; de esta forma será lógico que resulten irrelevantes las circunstancias ignoradas por la otra parte (el tercero), si no las podía conocer. Por ello, el mejor camino para resolver este problema es también el de considerar el negocio unilateral de procuración como fundamento del fenómeno representativo.

Trata después los supuestos de divergencia entre la voluntad del representado y el contenido objetivo de la declaración, estudiando por separado la divergencia intencional y la no intencional.

Respecto a la primera, en el caso de que la falta de seriedad de las declaraciones sea reconocido bien sólo por el representante como por éste y los terceros, se llega al mismo resultado práctico, tanto admitiendo que el fundamento de la eficacia representativa reside en el contrato gestorio como pensando que se encuentra en el negocio de procuración. Pero ya no ocurre lo mismo si la falta de seriedad es sólo conocida por el tercero: aceptando cualquiera de las teorías que no encuentran el fundamento del fenómeno representativo en el negocio de procuración, hay que concluir que el destinatario de las declaraciones del representado es siempre el representante; por ello, no se le podrá oponer la falta de seriedad del acto cuando él la desconozca, ni podrá oponerse tampoco a los terceros—incluso de mala fe—que vengan a contratar con el representante. De este modo llegaríamos al resultado peregrino de que los actos celebrados por el representante que desconozca la falta de seriedad en la concesión de los poderes representativos, con un tercero que conozca esa falta, serán oponibles al representado. Sólo admitiendo que el fundamento de la eficacia representativa radica en el negocio unilateral de procuración que el representado dirige a los terceros, puede afirmarse en este caso la ineficacia del contrato celebrado por el tercero con el representante que desconozca la falta de seriedad, con el representante que la desconozca.

En el supuesto de divergencia no intencional (y concretamente de error), Ferrer demuestra que las condiciones que la Ley exige se verifiquen en la persona de la otra parte para que el error pueda ocasionar la ineficacia de un negocio, deben aquí cumplirse en la persona del tercero. Por ello, el expediente jurídico adecuado para mantener la eficacia del acto representativo en caso de error, será del mismo modo sostener que el fundamento

del mismo se encuentra en el negocio autónomo y unilateral de procuración dirigido por el representante a los terceros.

Se ocupa también de los supuestos de vicios del consentimiento, y en especial del dolo. Concluye que las condiciones objetivas que la Ley exige en la persona del otro contratante para considerar ineficaz un negocio en virtud del dolo, deben darse en los terceros, si es que se quiere hablar de representación viciada por dolo. La representación debe ser inatacable en caso de dolo cuando el tercero lo ignore sin culpa, e impugnabile cuando el dolo proceda del tercero, aunque el representante obre de buena fe. El único expediente capaz de explicar con rigor técnico este resultado es considerar que el fenómeno representativo se funda en el negocio unilateral y autónomo de procuración dirigido por el representado a los terceros.

Por último, el estudio de las causas extintivas de los poderes representativos proporcionan también elementos para argumentar en favor de la autonomía conceptual de la procuración. El mandato se extingue cuando se revoca comunicando este hecho al mandatario; pero ello no supone sin más el fin de la autorización representativa. El que el mandato se revoque no puede afectar a los terceros que desconozcan ese hecho, por tanto, los negocios que el mandatario realice—después de revocarse el mandato con terceros de buena fe, vincularán al mandante. Se extingue así el mandato y subsisten los poderes representativos; esto sólo puede obedecer a que mandato y representación, incluso cuando coinciden, tienen fundamentos distintos.

De todo lo dicho el autor puede ya concluir que la procuración es independiente del contrato gestor; independiente por su origen, por su estructura y por su destino. Existe una independencia material entre esas dos figuras que permitió a algunos autores afirmar la naturaleza abstracta del negocio de procuración, ya que se construye como si por debajo de él no existiese una de las relaciones jurídicas fundamentales que ha de servirle de base y que puede ser uno de los varios contratos causales (mandato, sociedad, arrendamiento de servicios).

El negocio de procuración, que constituye el fundamento del fenómeno representativo es un negocio unilateral dirigido por el representante a los terceros.

Sentados estos presupuestos, Ferrer puede dar ya un concepto definitivo de la procuración, como remate de su estudio: la procuración es el acto por el cual el representado se vincula frente a persona determinada al público, a recibir y soportar en su esfera jurídica los efectos de los negocios que en su nombre realice el representante, dentro de los límites objetivamente señalados, y al mismo tiempo adquiere el derecho de hacer por suyos, directamente, esos negocios.

En este resumen, el lector tiene ya una base para juzgar por sí el trabajo del profesor de Coimbra. Son notables en él tanto la lógica de los argumentos empleados como la selección bibliográfica y el afán de poner siempre la elaboración conceptual al servicio de las soluciones justas que vienen a proteger los intereses de quienes se encuentran comprendidos en

el ámbito del instituto que estudia. El mejor elogio que de este trabajo puede hacerse es afirmar que no desmerece de los anteriores del profesor Ferrer, alguno de los cuales fué ya dado a conocer por el ANUARIO.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

FUNAIOLI: "Il giuoco e la scommessa". vol. IX, tomo II, fascículo I, del "Trattato di Diritto civile italiano" de Vassalli. Turín, 1950.

En línea de principio, nos dice el célebre profesor de la Universidad de Ferrara, no pueden considerarse ilícitos el juego y la apuesta. Pese a las objeciones de los moralistas el juego es permitido (en mayor o menor medida) en todos los Estados, e incluso se le protege dentro de ciertos límites. El juego y la apuesta no son en sí y en todo caso actos contrarios a la Ley; es más, a veces es el propio Estado quien especula con la pasión de los que quieren tentar la suerte, como sucede en el instituto bien poco edificante de la lotería.

Las prohibiciones del juego y de la apuesta variaron en el curso de la historia, e incluso en cada país el criterio del legislador está condicionado de una parte por la oportunidad, de otra por los criterios de moral y las circunstancias específicas del caso. Basta pensar en la diferencia que existe entre juegos presididos únicamente por el afán de lucro y aquellos en los que sólo se pretende probar la capacidad atlética, técnica o de ingenio de los participantes, o los otros en que el riesgo económico sólo sirve para reforzar el interés de una controversia de ideas, para convencernos que no puede sostenerse un mismo criterio en todos los supuestos.

La obra de Funaioli es un estudio completo de estas dos figuras: su naturaleza, sistema normativo a que están sometidas y sus manifestaciones concretas.

Elemento típico del juego y de la apuesta es su carácter aleatorio: si faltase éste para ambas partes, nos encontraríamos frente a una donación, una venta, etc., pero no a un negocio de juego o apuesta.

Distinguen algunos autores el juego de la apuesta atendiendo a si la victoria está o no condicionada por un hecho dependiente de la actividad de las partes. Ese equívoco criterio puede considerarse hoy superado. Las diferencias no deben encontrarse en la forma externa sino en el contenido esencial.

A juicio del autor, en el juego existe normalmente una promesa recíproca de prestaciones subordinadas a condiciones opuestas. En la apuesta, el fin que el apostante persigue ("animus iocandi" le llama Funaioli, expresión equívoca, que se presta a producir confusiones con la figura de los actos "iocandi causa") es ganar. Por ello llegan algunos a decir que el juego a diferencia de la apuesta tiene un fin exclusivo de pasatiempo; el artículo 1.934 del Código italiano concede plenos efectos civiles al juego deportivo, y los niega a la apuesta. La apuesta surge cuando existe una diversidad efectiva de pareceres y representa—más que el juego—un medio de dar satisfacción a quien ha dicho la verdad; la prestación que de