

Los efectos jurídicos de la gestión representativa

LUIS DIEZ PICAZO
Catedrático de Derecho civil

1. *La eficacia de la gestión representativa: la distinción entre eficacia directa y eficacia indirecta.*

Los efectos jurídicos que despliegan los actos de gestión representativa pueden ser calificados como directos o indirectos. Aun cuando un importante sector de la doctrina científica ha sostenido y sostiene que sólo cuando se produce la llamada eficacia directa existe verdadera y propia representación, este punto de vista ha sido criticado con acierto y se ha establecido la conclusión cabalmente contraria. Existe representación siempre que el representante gestiona un interés del representado, aun cuando los efectos de la gestión sólo se produzcan para éste en forma indirecta. Existen dos formas básicas de actuación representativa, la inmediata o abierta y la mediata u oculta, y dos formas de producción de los efectos, la eficacia directa y la indirecta.

Aun cuando lo normal es que haya correspondencia entre las formas de actuación y las de producción de los efectos —a la representación abierta corresponde la eficacia directa y a la mediata la eficacia indirecta— ello no siempre ocurre necesariamente así.

Con el fin de puntualizar el tema, convendrá que analicemos en qué consisten esos fenómenos que se esconden tras las rúbricas de eficacia directa e indirecta de la representación.

2. *La eficacia directa como normal consecuencia de la gestión del representante en nombre del principal.*

La llamada eficacia directa de la gestión representativa se encuentra expresamente aludida en el párrafo segundo del artículo 247 y en el artículo 286 del C. de c. e implícitamente en los artículos 1.259 y 1.717 del C. c. Significa que los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. El acto recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado perso-

nalmente por el principal o *dominus*. El representante que actuó, desaparece de la escena de producción de los efectos. Ningún efecto se produce para él.

Por consiguiente, la declaración de voluntad emitida por el representante o emitida frente al representante se considera como declaración de voluntad hecha o recibida directamente por el representado. Del mismo modo, los comportamientos u omisiones del representante son jurídicamente considerados y tratados como comportamientos u omisiones del representado. Si el acto de gestión representativa es un negocio jurídico, los derechos nacidos del negocio son inmediatamente derechos del principal y las obligaciones pesan inmediatamente sobre el principal. El principal ostenta inmediatamente la condición de parte en la relación o situación jurídica creada por el negocio.

La eficacia directa es en sentido negativo una «no eficacia» del acto de gestión representativa en la esfera jurídica o en el patrimonio del representante que actuó. Ninguno de los efectos del acto de gestión se produce en dicho patrimonio o esfera jurídica.

Este tipo de eficacia que llamamos directa es la normal consecuencia de una actuación abierta del representante —alieno nomine— cuando, además, ostentaba un suficiente poder de representación o, en otro caso, su acto ha sido a posteriori ratificado.

Faltando al poder de representación suficiente o la ratificación, existirá o podrá existir un conjunto de consecuencias en la relación jurídica entre el representante y el tercero, pero ello no es propiamente eficacia directa de la representación, sino más bien de la falta de representación.

3. *La eficacia indirecta como forma de producción de consecuencias de la gestión representativa.*

Por paralelismo con la descripción anterior, la llamada eficacia indirecta se suele dibujar diciendo que las consecuencias del acto de gestión representativa —todos los derechos y todas las obligaciones derivadas de dicho acto— ingresan en el patrimonio o en la esfera jurídica del representante que actuó y, viceversa, ningún efecto se produce de manera inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representante o principal. Por tanto, como consecuencia del acto de gestión representativa, no se establece ninguna relación jurídica entre representado y tercero. A la inversa, la relación jurídica se establece entre representante y tercero.

Aunque nuestros códigos aluden a un sistema semejante de organización de los efectos jurídicos de los actos de gestión representativa, no lo hacen en forma tan matizada, sino de una manera más tenue. Así, el artículo 1.717 del C. c., al contemplar el fenómeno de lo que nosotros llamamos la eficacia indirecta, dice

que «el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante», añadiendo después que «el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado».

Aun cuando se utiliza *la idea de acción* parece, a primera vista por lo menos, que lo mismo puede decirse del derecho del que la acción deriva. Y aun cuando se habla únicamente de obligación del mandatario frente al tercero (la persona con quien ha contratado) lo mismo puede decirse de la obligación recíproca del tercero hacia el mandatario.

Una fórmula muy parecida utiliza el artículo 246 del C. de c., según la cual el comisionista «quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas».

En una exégesis literal y primaria de estos preceptos parece preciso reconocer que si no se da ninguna «acción» entre el principal y el tercero, aun cuando con la palabra acción se designe probablemente la facultad de interponer una reclamación judicial o el *ius persequendi in iudicio*, tampoco puede existir ningún derecho que tenga por sujetos a tales personas, pues un derecho desprovisto de acción es algo que carecería de sentido. Y si del lado activo —derechos, acciones— pasamos al lado pasivo —deber, obligación— la conclusión tiene que ser la misma. Tanto el Código civil como el Código de comercio imponen la obligación al mandatario o al comisionista.

El Código civil califica la especie de obligación como obligación *directa* y, aunque ni uno ni otro código excluyan expresamente la obligación —¿indirecta?— del mandante o comitente, como quiera que la acción no se dé frente a ellos y «nulla obligatio est sine actio», prima facie parece resultar que ni uno ni otro están genuinamente obligados.

Lo que hemos descrito en las líneas anteriores es el sistema puro de la llamada eficacia indirecta. En la práctica sin embargo el sistema en su puridad se presenta muy escasas veces. Además, no explica suficientemente el deber del principal de cumplir las obligaciones contraídas por el representante, ni la forma de adquirir los derechos. Finalmente, presenta una serie de excepciones a las que habrá que hacer referencia.

Por ello, la doctrina más reciente ha procurado matizar más la exégesis del artículo 1.717 C. c., tratando de dilucidar qué es lo que verdaderamente preceptúa, sin suponer en él reglas implícitas procedentes del esquema dogmático puro de la eficacia indirecta.

Así al comentar el artículo 1.717 del C. c. Gullón Ballesteros, («Estudios en homenaje a Federico de Castro», vol 1º, pág. 761) llega a las siguientes conclusiones:

1.ª El artículo en cuestión sólo se preocupa de determinar quién puede accionar y contra quién, y niega *en principio* toda

acción al mandante en cuyo interés o por cuya cuenta obra el mandatario que adquiere.

2.^a Sólo se preocupa de señalar quién es el *obligado a cumplir* las obligaciones para con el tercero que nacen del contrato.

Observa Gullón que el inciso 1.º del párrafo 2.º (el mandatario es el obligado directamente) debería haberse colocado en el párrafo 1.º, viniendo a continuación éste (quién tiene y quién no tiene acción) como una lógica consecuencia de aquella afirmación sobre la concreción de la persona obligada.

3.^a El asunto gestionado por el mandatario es considerado *como si* «fuera personal suyo», pero esta consideración se produce en relación con el tercero y de ninguna manera se declara que el asunto *es* personal suyo frente al mandante y frente al tercero.

4.^a La *denegatio actionis* entre mandante y tercero que contrata con el mandatario cabrá cuando se trate de cosas propias de aquel y no se especifique que el tercero debe tener conocimiento de esa cualidad de las cosas en el momento de la celebración del contrato.

Estas observaciones, que son exactas, ponen de relieve las dificultades a que conduce el esquema teórico-dogmático de la eficacia indirecta de la representación. Las dificultades se acrecientan al tratar de determinar el mecanismo del efecto traslativo, entre el mandante y los terceros, en el caso del llamado mandato para enajenar y del llamado mandato para adquirir.

4. *El concepto de «cosas propias del mandante» como excepción a la regla de la eficacia indirecta.*

El inciso final del artículo 1.717 contiene una excepción a la regla de la eficacia indirecta, cuyo sentido no resulta fácil de determinar. Tras haber señalado que en la gestión *proprio nomine* no hay acción entre mandante y tercero y que el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo, nuestro Código dice: «Exceptúese el caso en que se trate de *cosas propias del mandante*». Este párrafo breve y lacónico, introducido en nuestro Código civil después de la redacción del Anteproyecto y sin claros precedentes, es sumamente equívoco. La expresión «cosas propias» puede ser entendida en sentido amplio como «asuntos propios» o en un sentido restringido como «cosas de propiedad» del mandante. La primera alternativa convertiría la excepción en regla general, pues, por hipótesis el asunto es propio del mandante. La identificación de las «cosas propias» de que habla el artículo 1.717 con «asuntos propios» sólo tendría sentido si se integrara el texto mediante el conocimiento por el tercero de dicho carácter —asuntos conocidamente propios del mandante—. Si así fuera, el artículo 1.717 estaría aludiendo a la hipótesis de la *contemplatio*

domini tácita. El representante ha actuado tácitamente en nombre del mandante. Sin embargo, esta interpretación se coloca en abierta contradicción con el punto de partida del artículo 1.717, que es un mandatario que actúa en su propio nombre y por consiguiente un supuesto en que no hay *contemplatio domini*, ni expresa ni tácita.

Se puede pensar por ello que la excepción del artículo 1.717 alude a cosas que pertenecen en propiedad al mandante (cfr. S.T.S. 10 de julio de 1946) y la excepción a la eficacia indirecta se produce cuando en la gestión no ha existido *contemplatio domini* ni expresa ni tácita. Sin embargo, las dificultades de interpretación del artículo 1.717 no terminan aquí. Restan todavía dos puntos por dilucidar para situar la norma en su verdadero marco. El primero consiste en esclarecer en qué manera estas «cosas de propiedad del mandante» se insertan en el negocio concluido por el mandatario y el tercero. El segundo punto es el relativo al alcance de la excepción.

Según el artículo 1.717 la excepción funciona en un caso en que «*se trate de cosas propias del mandante*». ¿De qué manera las cosas propias del mandante se insertan en el trato?

Cabe pensar por lo menos tres alternativas posibles. El negocio constituye una obligación cuyo objeto es una *datio* traslativa de las cosas de propiedad del mandante. Dicho de otro modo, por virtud del negocio el mandatario se obliga a transferir la propiedad de cosas del mandante. Bajo este punto de vista, el artículo 1.717, párrafo 2.º *in fine* contempla como excepción a la eficacia indirecta la hipótesis de un mandato para enajenar a que enseguida nos referiremos. En un sentido hasta cierto punto similar aunque más amplio, el negocio crea en favor del tercero un derecho que debe hacerse efectivo en las cosas de propiedad del mandante (v. gr., un derecho real de disfrute, un derecho arrendaticio, etc.). Cabe todavía pensar que el negocio concertado por el mandatario y el tercero constituye una obligación de dar o de hacer del tercero que ha de recaer o de referirse a las cosas de propiedad del mandante. Por ejemplo: el mandatario contrata en su propio nombre un contrato por virtud del cual un tercero se obliga a reparar o a custodiar una cosa de propiedad del mandante. O bien el tercero asegura los daños que las cosas de propiedad del mandante puedan sufrir.

Decidir a cuál de las diferentes opciones interpretativas, que el artículo 1.717, pár. 2.º, *in fine*, ofrece, se encuentra en función de la solución que se dé al segundo de los problemas antes planteados. El texto que analizamos indica que el supuesto en él comprendido —el caso en que se trate de cosas del mandante— debe quedar exceptuado. Ahora bien, ¿exceptuado de qué? ¿Exceptuado de la totalidad del precepto? ¿Exceptuado sólo del párrafo segundo del que el precepto forma parte? Si fuera lo primero, habría que entender que el hecho de que un negocio recaiga sobre cosas

de propiedad del mandante excluye la eficacia indirecta e impone una eficacia totalmente directa, con la consecuencia de la no-vinculación del mandatario. Si fuera, en cambio, lo segundo se incidiría en una evidente antinomia, pues subsistiría la regla de la falta de acción directa entre mandante y tercero.

La excepción tiene que matizarse. El hecho de que se trate de cosas propias del mandante impone una obligación directa a éste y, por consiguiente, crea una acción también directa entre tercero y mandante. Esto es perfectamente claro si la obligación era una obligación de transmitir o de constituir un derecho limitado. Queda directamente obligado el mandante-propietario y el tercero puede dirigirse contra él. En reciprocidad, el mandante adquiere directamente el derecho al precio o contraprestación. En cambio, la existencia de obligación del mandante, ¿es por sí sola inexistencia de obligación del mandatario? Parece que por sí sola, no.

Mas sea de ello lo que fuere, el panorama no queda completo si no se procede a un análisis detenido de las hipótesis de mandato para enajenar y mandato para adquirir.

5. *La representación indirecta «ad alienandum» o mandato para enajenar.*

El tema fue hace años estudiado por Jordano Barea (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, 4, págs. 1458 y ss.), quien planteaba el problema con gran exactitud cuestionando de qué modo el mandatario que obra en nombre propio puede enajenar los bienes de su mandante. ¿Cuál es el fundamento técnico jurídico del mandato para enajenar? Las diferentes explicaciones teóricas que han sido dadas se pueden agrupar en dos grandes líneas. La tradicional se atiene rigurosamente a los esquemas antes señalados de la representación indirecta —no hay nunca ningún efecto jurídico directo entre el *dominus* y el tercero—. Por ello, la única explicación satisfactoria de la eficacia real del negocio hay que encontrarla en el previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario encargado de enajenar. El tercero adquiere de forma indirecta del mandante y de forma directa del mandatario. Hay, pues, una doble transmisión de la propiedad. Sin embargo, esta doble transmisión de la propiedad o vía oblicua, plantea no pequeñas dificultades. No es la menor de ellas el hecho de que, durante algún tiempo, por breve que éste sea, los bienes tendrían que ingresar en el patrimonio del mandatario y, por consiguiente, ser objeto de una eventual y posible agresión de los acreedores de éste (v. gr., embargo, etc.), lo cual es especialmente importante en los casos de quiebra del mandatario. La segunda dificultad radica en explicitar en virtud de qué causa jurídica se produce la transmisión dominical al intermediario, pues no es posible olvidar que en nuestro Derecho la transmisión de la propiedad es consecuencia

de ciertos contratos, idóneos para conseguir ese fin, mediante la *traditio ex* artículo 609 C. c. ¿Qué tipo de transmisión es ésta que nos ocupa? Podría tratarse de una transmisión abstracta, pero en nuestro Derecho positivo no aparece admitida. Si fuese una transmisión causal, a falta de un contrato típico, el instrumento para articularla tendría que ser una necesaria simulación. De esta suerte, la conclusión a la que llega una parte de los sostenedores de la línea de pensamiento que analizamos es que hay una causa atípica de transmisión, la *causa mandati*, que tiene virtualidad para operar por sí sola una transferencia de propiedad inter partes. Para eludir las dificultades prácticas de estas premisas, se limitan las conclusiones y se sostiene, que si bien la *causa mandati* es atípica y puede producir la previa y necesaria adquisición del mandatario, se trata de una adquisición puramente instrumental, que no se realiza en el momento del traspaso posesorio de mandante a mandatario, sino cuando en ejecución del mandato el mandatario transfiere al tercero. Es un momento fugaz: adquiere cuando transmite.

De este modo, se salvan las dificultades teóricas a cambio de entrar en el reino de la ficción. La transmisión es instrumental. Existe porque necesitamos pensarla. No se produce hasta el mismo momento en que el mandatario vuelve a transmitir. No guarda relación con ninguna causa y tampoco está conectada con la *traditio*.

Para superar todas estas dificultades Jordano, desarrollando alguna idea anterior de Pugliatti, ha entendido que el negocio traslativo causal, que se opera entre mandante y mandatario, está fundado en una *causa fiduciae*. Sería, de este modo, una especie de negocio fiduciario, en virtud del cual el gestor adquiere fiduciarmente la propiedad. El mandatario se encuentra en una situación fiduciaria, libremente elegida por el fiduciante, con todas sus ventajas de tipo práctico, pero con los peligros de abuso que son propios de esta situación. La configuración de la situación del mandatario como fiducia permite resolver el más grave de los problemas prácticos (derecho de separación en caso de quiebra), pero deja abierta la posibilidad de abuso —con la única consecuencia de una acción de enriquecimiento si el mandatario como fiduciario se excede en el cumplimiento del mandato (p. ej., enajenando a bajo precio o disponiendo a título gratuito).

Las dificultades a que conduce la tesis de la vía oblicua o indirecta han hecho que la mayor parte de la doctrina haya preferido seguir el camino de la transmisión *recta via*. En virtud del acto dispositivo del mandatario, la propiedad pasa, sin rodeos, inmediatamente, desde el patrimonio del mandante al tercero adquirente. Esta línea de pensamiento se ha seguido entendiendo que el mandante no necesita transferir la propiedad al mandatario, sino únicamente cederle la facultad dispositiva o *ius disponendi* o una especial autorización, que se considera como negocio atributivo del poder dispositivo o como una forma de extraordinaria legitimación.

A esta construcción se le han opuesto dos reparos. Por una parte que se asimilan en sus resultados la representación directa y la representación indirecta. Y en segundo lugar que no se explica cómo se puede legitimar para disponer a quién es *non dominus*, contra las normas objetivas, pues la regla general ex artículo 348 es que el poder dispositivo corresponde siempre al propietario.

Que se asimilan en cuanto al resultado traslativo la representación directa y la representación indirecta, parece que es claro, pero ello no puede constituir una seria objeción. La objeción sólo es posible si se parte del postulado de otorgar valor absoluto a las ideas de actuación en nombre ajeno igual a representación directa y actuación en nombre propio igual a representación indirecta, cuya crítica nosotros hemos realizado ya muchas veces. Por otra parte, el hecho de que sea directo el efecto traslativo, no significa que tengan que serlo el resto de las consecuencias del negocio de enajenación (p. ej., pago del precio, etc.), en que la eficacia indirecta puede en parte subsistir.

La identificación entre titularidad del derecho y poder dispositivo no puede constituir una objeción seria, ya que en rigor quiere decir sólo que por regla general no hay disposición o efecto dispositivo sin la voluntad del titular del derecho.

Por último, se ha señalado que la recta vía choca con la imposibilidad material de consumación en todos aquellos casos en que el negocio traslativo exige la inscripción en un Registro Público. Si se observa el mecanismo propio de la representación indirecta y no se revela el nombre del mandante, no hay forma de dar entrada a la adquisición del tercero en el Registro Público toda vez que en él la inscripción del transmitente debe enlazarse con la del adquirente en virtud del principio del tracto sucesivo. Sin embargo, frente a ello se ha argüido que las dificultades de registración son adjetivas o formales y que en ningún caso pueden alterar los mecanismos del derecho sustantivo.

6. *Mandatario que compra o adquiere en su propio nombre.*

Esta hipótesis, que es un poco el reverso de la medalla de la anterior y plantea unos problemas muy similares, ha sido últimamente estudiada por Gullón Ballesteros (ob. y loc. cit., págs. 761 y ss.). Dice Gullón que en nuestra doctrina parece mayoritaria la tesis, derivada de las ideas de mandato sin representación o de representación indirecta, según la cual el mandatario es quien adquiere y el mandante sólo será propietario cuando aquél cump!a la obligación de transferirle las cosas expresamente adquiridas por él. Núñez Lagos (*Mandatario sin poder*, «Revista de Derecho Privado», 1946, pág. 618) ha desarrollado este esquema de un modo completo y riguroso. Hay una adquisición verdadera y real a favor

del comprador, que es quien en el contrato de compraventa figura como tal comprador, pues es mandatario sólo secretamente o *sub pectore*. Su posición real de propietario es absoluta. La relación obligacional de mandato no destruye, ni limita el derecho de propiedad adquirido. Únicamente le constituye en deudor de una obligación. Esta obligación es de hacer y consiste en celebrar un negocio jurídico de transmisión en favor del mandante. No es una obligación de dar, pues el mandato no pertenece a los «ciertos contratos» que transmiten una propiedad mediante la tradición, según el artículo 609 C. c. En la clásica teoría del título y el modo no se decía que el mandante tuviera un *ius ad rem* sobre las cosas compradas por el mandatario. El mandato no limita objetivamente el derecho de propiedad sobre las cosas compradas o adquiridas por título oneroso por el mandatario. Limita únicamente de manera indirecta y subjetiva los efectos de ese dominio, en la medida en que constituye un futuro destino de la propiedad mediante una responsabilidad del mandatario. Las cosas compradas ingresan en el patrimonio del mandatario en concepto de libres, sin vinculación objetiva, y aumentan el activo de ese patrimonio. Al mismo tiempo, aumenta igualmente el pasivo con una obligación, que produce un crédito en favor del mandante. Por eso la tercera que en su caso pueda entablar el mandante no será nunca una tercera de dominio, sino, en su caso, de mejor derecho.

Gullón critica estas conclusiones señalando el carácter injusto y el peligro de las consecuencias a las que conduce la teoría de la adquisición por el mandatario. El mandante carecería de acción reivindicatoria para obtener la cosa adquirida, disponiendo únicamente de una acción personal para obligar al mandatario a que cumpla su obligación de transferirle la misma. Es indiferente que el tercero conozca su cualidad de mandatario; basta sólo con que no utilice el nombre del mandante; si el mandatario dispone de la cosa en favor de terceros, éstos quedan protegidos siempre, por adquirir de un verdadero propietario, aunque conozcan la existencia de un mandato para obrar en nombre propio; la adquisición de la propiedad por el mandatario se produce pese a que la contraprestación satisfecha no provenga de su patrimonio sino del del mandante; y en fin en el supuesto de quiebra carece el mandante de todo derecho a obtener la separación de las cosas, porque se parte de la premisa de que él no es el propietario.

Incluso olvidando todos estos inconvenientes, la teoría se mete en un verdadero callejón sin salida a la hora de explicar a través de qué cauce jurídico se realiza la transferencia de las cosas adquiridas del mandatario al mandante. No es posible sostener que la transmisión tenga su causa en el contrato de mandato, puesto que como ya se ha dicho, el mandato no pertenece al género de contratos que son aptos para transmitir el dominio. Por ello, no parece que quede más cauce, si hay que hacerlo así, que el de una compraventa simulada.

Los fundamentos últimos de la teoría de la adquisición directa por el mandatario son básicamente dos y son también inexactos: uno, de carácter positivo, es el texto del artículo 1.717 y otro, de carácter dogmático, es un particular concepto de la representación. Sin embargo, el artículo 1.717 no establece más consecuencia que la de *denegatio actionis*, como más arriba recordamos; y el concepto dogmático de la representación se demuestra inexacto. Como se parte del postulado de que la representación indirecta no es verdadera representación, hay por ello que negar dogmáticamente que produzca unos efectos similares a los de la auténtica y genuina representación.

Tras estos planteamientos y con un fuerte apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, Gullón llega a las siguientes conclusiones, que nosotros consideramos aceptables:

1.^a La propiedad de lo adquirido pertenece directamente al mandante. No es necesario un nuevo negocio de transmisión entre mandatario y mandante. El mandatario nada tiene que transmitir, porque nada ha adquirido para sí.

2.^a Como la propiedad es del mandante *ab initio*, desde la celebración del negocio adquisitivo, la obligación del mandatario, derivada del contrato de mandato ex artículo 1.720, es transmitir la posesión y otorgar una escritura pública de *reconocimiento* de la propiedad del mandante. Este reconocimiento debe apoyarse, haciéndolo constar así, en el contrato de mandato.

3.^a En este último acto se admite siempre la sustitución de la voluntad del mandatario por la del Juez.

4.^a Cuando se trate de bienes inmuebles la acción del mandante para que se declare su derecho de propiedad, lleva aparejada la rectificación del registro, si en él el inmueble apareciera inscrito a nombre del mandatario o del transmitente.

Señala Gullón que esta rectificación registral en todas las sentencias por él estudiadas se produce en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 L. H., por entender que hay una inexactitud registral al figurar como propietario quien no lo es. Lo cual indica con toda claridad que el mandante no es nunca causahabiente del mandatario (como tendría que serlo de acuerdo con los esquemas de la eficacia indirecta), pues si así fuera no podría alegarse el artículo 38, ya que no había ninguna inexactitud que corregir. Según la jurisprudencia, la inscripción en favor del mandatario *contradice* el dominio que ostenta el mandante y permite que éste solicite que se declare que él ha sido siempre el propietario en virtud de la adquisición efectuada a través de su mandatario.

5.^a El mandatario que posee los bienes adquiridos no es poseedor en concepto de dueño.

6.^a El mandatario no puede oponer a la acción del mandante la prescripción adquisitiva ordinaria por falta de posesión en con-

cepto de dueño y únicamente puede oponer la extraordinaria si justifica adecuadamente la inversión de su título posesorio.

Todo ello lleva inevitablemente —concluye Gullón— a pensar que en las relaciones entre mandante y mandatario se producen los mismos efectos que en la representación directa, si bien con un plus, que es la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización o apariencia, incluso en el Registro de la Propiedad.

7. La representación indirecta y el Registro de la Propiedad: el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 20 de la L. H. establece lo que en la jerga inmobiliaria-registra⁷ se denomina el principio de tracto sucesivo. Para inscribir un título en el Registro es preciso que conste previamente inscrito el derecho del otorgante. Los asientos del Registro deben formar una cadena en cuyos eslabones no aparezcan quiebras ni fallas. El principio del tracto sucesivo produce como consecuencia la denegación de la inscripción cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de aquella que otorgó el negocio dispositivo. El artículo 20 de la L. H. contiene sin embargo una serie de excepciones al llamado principio del tracto sucesivo, algunas de las cuales determinan lo que se ha llamado un tracto comprimido o abreviado. Aquí nos interesa de manera especial el párrafo 4.º del artículo 20, según el cual «no será necesaria la previa inscripción o anotación en favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas, y demás personas que con carácter permanente actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes». El párrafo transcrito alude de manera directa a mandatarios y representantes. Puede pensarse —y de hecho así lo ha pensado un amplio sector de los comentaristas— que el precepto se está refiriendo a mandatarios y representantes que actúen en virtud de un fenómeno de representación directa o abierta. Sin embargo, este modo de entender el precepto está a nuestro juicio reñido con la lógica y significa además ponerlo en contradicción con la regla general o principal del párrafo 1.º del artículo 20. Porque el párrafo 1.º del artículo 20 dice que para inscribir o anotar los títulos... «deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En ese último inciso («en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos») está ya contemplado el fenómeno de la representación directa. La previa inscripción debe existir en favor del principal o *dominus negotii*, a cuyo nombre son otorgados los actos dispositivos y el hecho de que un representante actúe en virtud de representación directa no modifica en absoluto la cuestión. Por ello, pensar que cuando la regla 4.ª menciona a los «mandatarios y

representantes» está diciendo lo mismo, no pasa de ser una incongruencia, porque estaría exceptuando de la regla general algo que la regla general contiene y que se encuentra explícitamente regulado en ella. Por consiguiente, hay que pensar que cuando la regla 4.^a dice «mandatarios y representantes» no se refiere a los mandatarios y representantes que actúen con representación directa o abierta. Lo corrobora la propia regla 4.^a que habla de órganos de representación que «dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». Y esta forma permitida por las leyes no es sólo la forma de representación directa o abierta, sino también la actuación *proprio nomine* o representación indirecta.

8. *El cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de representación indirecta.*

En las páginas anteriores hemos tratado de comprobar cómo el esquema genérico de la eficacia indirecta (eficacia exclusiva entre mandatario y tercero, doble trama de efectos o vía oblicua y ningún efecto directo en favor del mandante) quiebra notablemente las adquisiciones de derechos y en los negocios traslativos. ¿Cómo se resuelve la cuestión en materia de obligaciones? ¿Qué pasa con las obligaciones contraídas con el tercero por el mandatario cuando éste ha actuado en su propio nombre? Ciertamente, el párrafo 2.º del artículo 1.717 C. c. dice que «en este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo». La letra en principio es clara. Es verdad que al decir que el mandatario es el obligado no se está excluyendo que pueda haber también otro. Sin embargo la utilización del artículo determinado «el» (el obligado) connota evidentemente la idea de exclusión y parece querer decir el único obligado.

Poco después el artículo 1.727 dice que «el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato». Obsérvese que el artículo 1.727 enuncia el deber del mandante, con tal que el mandatario haya obrado «dentro de los límites del mandato», sin exigir que este último haya actuado en nombre de aquél. No se puede, pues, en absoluto decir que el artículo 1.727 funciona sólo cuando el mandatario ha actuado *alieno nomine*. Desde el punto de vista literal no hay ninguna dificultad en aplicar el artículo 1.727 aunque la gestión del mandatario hubiere sido *proprio nomine*. Cabría argumentar, que el artículo 1.717 ha regulado ya esta hipótesis, por lo que una interpretación del 1.727 como la propuesta, al dar lugar a una antinomia, conduce al absurdo. No obstante, ya hemos destacado que el artículo 1.717 por sí solo no ha excluido esa consecuencia. Obliga al mandatario —directamente—, pero no excluye de una manera expresa la obligación del mandante. Por último, no puede

olvidarse que a la hipótesis del párrafo 1.º del artículo 1.727 —«dentro de los límites»— y sin expresa referencia a la forma de actuación —*proprio* o *alieno nomine*— equipara el párrafo segundo las hipótesis de exclusión de la actuación siempre que haya habido ratificación.

En un sistema puro de eficacia indirecta, el mandante no puede nunca ser deudor del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario. El deudor de estas obligaciones es el mandatario, que las ha contraído en su propio nombre. El mandante es deudor de otra obligación distinta, que es una obligación que se produce en el marco interno de sus relaciones con el mandatario y que consiste en proveerle de fondos para que realice el pago o en resarcirle de las consecuencias del cumplimiento que él haya realizado frente al tercero, al que únicamente él está obligado.

La rigurosa aplicación de este sistema puro de eficacia indirecta y el juego de los conceptos impone la necesidad de reducir el ámbito de aplicación del artículo 1.727 —el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído— limitándole a las obligaciones contraídas por el mandatario en nombre del mandante. Sin embargo, una vez más hay que decir que desde el punto de vista de la letra y del espíritu del Código esta conclusión parece perfectamente arbitraria.

¿Cómo se concilia entonces el artículo 1.727 —el mandante debe cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario— con el artículo 1.717 según el cual no se da acción alguna entre el mandante y los terceros o entre éstos y el mandante? Parece que si el mandante está obligado, la acción tendrá que darse, ya que el tercero es acreedor por hipótesis de la obligación y el mandante, según la interpretación que se propone, tendrá que resultar deudor de ella.

En este punto el análisis debe hacer hincapié en dos temas: la conexión entre «acción» y «obligación», que acabamos de dar por supuesta y el alcance de la falta de acción o *denegatio actionis* que establece el artículo 1.717.

a) El artículo 1.717 dispone efectivamente que el tercero no tiene acción contra el mandante. Dicho de otro modo, el tercero no puede demandar y traer a juicio al mandante. Más adelante volveremos sobre lo aceptable de esta proposición. Ahora nos interesa otro punto. Demandado el mandatario por el tercero, ¿puede aquél reclamar que sea emplazado el mandante, justificando que él contrató la obligación en su interés, por su cuenta y dentro de los límites del mandato? Se trataría de una *laudatio auctoris* semejante a la que establece el artículo 1.482 que ciertamente no aparece recogida en ningún precepto legal, pero que tampoco se ve razón suficiente para excluir. Aunque sólo sea por razones de economía procesal, no se ve por qué el mandatario debe de soportar el pleito que el tercero inicie, esperar a que termine y luego iniciar un nuevo pleito él contra el mandante. El mandante puede

estar en mejores condiciones que el mandatario para llevar a cabo las alegaciones o utilizar los medios de defensa. Por ejemplo, el tercero reclama el pago del precio de una compraventa y se le puede oponer el carácter defectuoso de la cosa, que en la hipótesis no se encuentra en poder del mandatario, sino del mandante. Traerle a juicio en virtud de *laudatio*, aunque no haya sido demandado en la acción del tercero, precisamente porque hay una obligación suya, parece que no es un mecanismo disparatado. Lo que demuestra por otra parte que no hay absoluta coincidencia entre los términos de acción y de obligación. El tercero no tiene acción directa contra el mandante. Su acción sólo puede llegar demandando al mandatario.

b) Todo ello nos lleva de manera ineludible a la necesidad de puntualizar cuál es el alcance de esa *denegatio actionis* o falta de acción —no tiene «acción»— que el artículo 1.717 predica. Esta falta de acción, ¿se refiere a todas las posibles consecuencias de la gestión representativa o se refiere sólo a la acción típica nacida del negocio de gestión y dirigida a reclamar el cumplimiento del mismo? Dicho de otro modo, la expresión «no tiene acción», ¿significa no que no tiene ninguna acción o significa que no tiene la acción típica? Supuesto un contrato de compraventa en el que el tercero fuera vendedor, ¿significa que no tiene ninguna acción contra el mandante comprador real o significa que lo que no tiene es la *actio venditi*?

Ante todo, conviene no perder de vista que la denegación de acción, en un sistema procesal regido por el principio dispositivo es un medio de defensa del demandado y nada más, pues nunca podrá ser utilizado de oficio por el Juez. Significa que el demandado —el mandante o el tercero— puede enervar la demanda esgrimiendo la falta de acción contra él del actor. Sin embargo, si el demandado omite poner en juego dicho medio de defensa —y es para ello el árbitro absoluto— y el litigio se traba sobre el fondo de la relación debatida, no cabe duda que las partes habrán admitido que esta relación de alguna manera existe entre ellas. Su comportamiento procesal no es un hecho modificativo o novativo, dicho en términos de Derecho sustantivo, de la anterior situación jurídica, sino simplemente que ha sido revelado el carácter representativo que la gestión tuvo.

Más si admitimos, y nos parece evidente, que la *denegatio actionis* es un medio de defensa del demandado, parece también que este medio de defensa sólo podrá ser ejercitado, de conformidad con la buena fe y en atención al juego de razones por las cuales aquel medio de defensa se confirió. La *denegatio actionis* puede tener sentido para dejar inmune al mandante de posibles reclamaciones de personas cuya entidad ignora, porque en un reclamado puede incluso ignorar los negocios que el mandatario en su propio nombre haya realizado. Por ello, cuando el contrato celebrado por el mandatario ha sido de algún modo —en sí mismo o en

sus consecuencias— aceptado por el mandante proponer la *denegatio actionis* puede resultar en muchos casos abusivo.

9. *Fiducia y representación indirecta.*

El establecimiento de las diferencias entre fiducia y representación indirecta es cuestión que no resulta fácil. Al describirse la fiducia se supone siempre que el fiduciante, que es propietario de una cosa o titular de un derecho, lleva a cabo una transmisión en favor del fiduciario. Por consiguiente, el fiduciante era con anterioridad un propietario y el fiduciario pasa a serlo, plenamente hacia el exterior y limitadamente en las relaciones internas entre las partes.

En estos términos, el enlace entre fiducia y representación indirecta se puede producir de dos modos. El primero de ellos es el intento de explicación del mandato para enajenar, al que nos hemos referido en páginas anteriores y en el que, a nuestro juicio, el recurso a la figura de la fiducia no es necesario. La segunda forma de enlace entre las dos instituciones se puede producir cuando la fiducia es *cum amico*, por obedecer en la esfera interna a finalidades de gestión. En este caso el principal o mandante inviste a su representante con la cualidad de propietario o titular del derecho, a fin de que pueda consumir, en su propio nombre, una actividad de gestión por cuenta o en interés de aquél. Por ejemplo: se transmiten fiduciariamente las acciones de una sociedad anónima para que el fiduciario pueda concurrir a la junta general y votar en ella de acuerdo con las instrucciones o con los intereses del fiduciante. En las hipótesis de fiducia *cum amico* confluyen las dos relaciones de fiducia y de representación indirecta. La fiducia es el mecanismo instrumental utilizado para hacer innecesaria la representación abierta, porque, por las razones que sea, interesa que el carácter representativo de la actuación quede oculto. Se trata por hipótesis de casos en que la necesidad de la titularidad fiduciaria es pasajera o transitoria y las cosas vuelven al principal, de quien procedían.

Existe, sin embargo, otro terreno en el cual la distinción entre fiducia y representación indirecta no se presenta con tan especial nitidez. Cuando una persona, cumpliendo instrucciones o pactos establecidos con otra, adquiere para esta última una cosa de un tercero ajeno por completo, parece en principio que el esquema negocial pertenece de lleno al campo de la llamada representación indirecta y que no tiene nada que ver con la fiducia. Sin embargo, en la hipótesis pura de representación indirecta, según las doctrinas dominantes el representante está obligado a transmitir inmediatamente al representado los derechos nacidos del negocio representativo y, según las conclusiones a las que nosotros hemos

llegado más arriba, se ha producido una adquisición directa en favor del representado.

Estos datos permiten diferenciar la pura representación indirecta o mandato para adquirir de las hipótesis de carácter fiduciario en que la representación indirecta se encuentra teñida de fiducia o involucrada con esta última. Así, puede ocurrir que de acuerdo con las estipulaciones existentes entre las partes, el representante deba o pueda no sólo adquirir, sino también conservar las cosas o derechos en su titularidad o a su nombre, durante un cierto tiempo hasta que se cumplan las finalidades internas. Por consiguiente cabe deslindar frente al puro mandato de adquisición o genuina comisión de compra, llevada a cabo en forma de representación indirecta, un tipo de negocio, en el cual el adquirente no se limite a ejecutar el negocio adquisitivo, sino que es menester que conserve la titularidad adquirida durante algún tiempo.

No basta, sin embargo, el puro factor externo de mantenimiento temporal de la titularidad formal. Si así fuera, creo que continuaría existiendo simple comisión o mandato. Para que haya fiducia es preciso que la titularidad que el representante adquiere y que formalmente ha de conservar en su poder por cierto tiempo quede afectada o destinada a una finalidad específicamente fiduciaria (garantía, gestión, etc.).

En los casos así descritos, parece que hay un mecanismo complejo que opera mediante una yuxtaposición de ambos institutos: hay representación indirecta en el acto adquisitivo y hay fiducia en los momentos posteriores. El pacto fiduciario, en tales casos excluye la producción de los efectos directos del mandato y crea una situación idéntica a la llamada de «propiedad fiduciaria».

10. *La representación indirecta y la quiebra del representante.*

La aplicación rigurosa de la teoría de la representación indirecta, de la completa falta de producción de efectos del acto representativo entre principal y tercero y de la inmunidad de uno y otro a posibles acciones entre sí, lleva como hemos visto a cuestionar que los derechos ingresen de uno u otro modo en el patrimonio del representante, tanto si es representación *ad alienandum* como si lo es *ad adquirendum*, de manera que si el representante fuera declarado en quiebra, al quedar en ese momento cristalizado su patrimonio en beneficio de sus acreedores, los bienes responden de sus obligaciones y el principal no es más que un acreedor en pie de igualdad con todos los demás.

A través de caminos muy diversos, la doctrina se ha resistido siempre a semejante conclusión, sosteniendo, por una u otra vía, la existencia de un derecho de separación en favor del principal.

Aún cuando los preceptos de nuestro Derecho positivo no son

a estos efectos todo lo claros que sería de desear, parece que a una conclusión semejante se puede llegar a través del artículo 909 del C. de c. Entre las cosas que se excluyen de la masa de la quiebra se mencionan los «bienes y efectos que el quebrado tuviere en administración», las «mercaderías que tuviere en su poder por comisión de compra o entrega», los títulos valores que se le hubiesen remitido para gestión de cobro y los caudales que hubiese recibido para entregar a personas determinadas. Se trata como se ve de una serie de hipótesis probablemente casuísticas en las cuales no parece necesario entrar ahora a hacer una exégesis más detenida. Por otra parte puede señalarse que el fundamento del derecho de separación del principal no se encuentra tanto en la casuística enumeración del artículo 909 como en la regla más principal del artículo 908: mercaderías, efectos y cualesquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable. Estos bienes se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de su legítimo dueño.

11. *Los efectos jurídicos de la gestión «proprio nomine» del representante y la diferente posición del representante, principal o tercero en la representación indirecta.*

Las conclusiones a las que hemos tratado de ir llegando en los apartados anteriores, rompen, como ya hemos dicho varias veces, el absoluto paralelismo o la absoluta simetría entre representación abierta y efectos directos por una parte y por otra parte, representación mediata y efectos indirectos. En general, puede decirse que a una representación abierta corresponden unos efectos directos. Sin embargo, en la representación mediata o en la gestión *proprio nomine* del representante, será necesario examinar con exquisito cuidado el carácter directo o indirecto de los efectos que se deben producir. Si bien podemos partir de la regla de la inmunidad de principal y de tercero a las respectivas acciones nacidas del negocio operado en su propio nombre por el mandatario, que obligan, por consiguiente, a que cualquier acción se centre en este último y se concrete con él, de aquí no puede seguirse una regla de total exclusión de los efectos directos. Hemos visto en las líneas anteriores un muy numeroso elenco de hipótesis en las cuales los efectos directos se dan entre principal y tercero, no obstante ser *proprio nomine* la gestión representativa.

Ese elenco no es sin embargo un repertorio de excepciones, pues los supuestos pueden todavía ampliarse. Lo que dice el artículo 1.717 C. c. y lo que dicen los artículos 246 y 284 del C. de c. es que, al actuar *proprio nomine*, el mandatario-comisionista ha adquirido unas obligaciones con el tercero, pero no se está en modo alguno excluyendo que no tenga obligaciones el principal

y que no tenga obligaciones el tercero. Al fijar esta regla se supone que el tercero desconoce el carácter representativo de la gestión y que actúa en la creencia de que la persona con quien él ha contratado obraba por sí y para sí. Ello no ocurre siempre necesariamente así, porque pueden darse además estas dos hipótesis: una que la persona con quien él ha tratado no haya ocultado su carácter de gestor, sino simplemente la persona por quien actuaba; y otra que haya revelado su carácter gestor e incluso la persona por quien actuaba; pero que, por especial conveniencia se haya decidido celebrar el negocio como si lo hiciera el mandatario en su propio nombre.

Aun cuando el tercero ignorara al contratar el carácter representativo de la actuación de la persona que trató con él, es claro que este carácter puede ser revelado a posteriori e incluso plenamente justificado, supuesto en el cual no es enteramente justo dejar al tercero desprovisto de toda clase de acciones contra el mandante o al mandante frente al tercero. A nuestro juicio, las acciones se deben dar, pero debe tratarse de acciones y de procedimientos judiciales en los cuales intervenga siempre el mandatario, puesto que él es el punto de sutura entre ambos.

Para entender lo que queremos decir, pensemos en los siguientes supuestos:

a) El mandatario ha concertado en su propio nombre un contrato de compraventa y ha dejado sin pagar el precio. Posteriormente la cosa ha ido a parar, sana y entera, a manos del mandante, que no había hecho provisión de fondos para el pago al mandatario. A nuestro juicio, es claro que en tal hipótesis hay una obligación de pago del mandante al tercero y que ésta es una obligación nacida del negocio de gestión y no simplemente de la posible aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Desde luego lo que parece fuera de duda es que en tal caso no se le puede reducir al tercero a ostentar un simple derecho de crédito contra el mandatario, que puede, v. gr., ser insolvente.

b) En la misma hipótesis anterior, es decir, un contrato de compraventa concertado por un mandatario en su propio nombre, una vez trasladadas las cosas a poder del mandante, las acciones dimanantes del contrato de compraventa, v. gr., por evicción o por vicios ocultos hay que entender que las tiene directamente el mandante, que es el comprador frente al tercero que es el vendedor.

Estas conclusiones aparecen, sin embargo, algo más desvaídas en algún otro tipo de contrato. Si pensamos en un contrato de arrendamiento, en principio parece claro que, aunque el mandatario haya obrado en su propio nombre como arrendador, el contrato obliga al mandante probablemente por aplicación de la excepción del artículo 1.717 (tratarse de cosa propia del mandante).

No ocurre sin embargo lo mismo si quien tomó en arrendamiento en su propio nombre fue el arrendatario, que luego resul-

tará ser mandatario de un tercero. La revelación a posteriori de ese carácter no puede modificar la relación antes establecida.

Lo cual probablemente significa que hay de algún modo que distinguir, en las operaciones *proprio nomine*, según que el negocio jurídico sea de ejecución inmediata (p. ej., compraventa y en general negocios traslativos) y aquellos otros llamados a determinar una relación jurídica de carácter diferido, donde es evidente que la revelación del carácter representativo de la actuación no basta para que se produzca una modificación en los efectos de tales relaciones jurídicas.

