

DE LOS REPRESENTANTES EN EL DERECHO ROMANO A LA NOCIÓN UNITARIA DE REPRESENTACIÓN NEGOCIAL: ETAPAS DE LA FORMACIÓN DE UNA CATEGORÍA GENERAL

Por ALDO PETRUCCI¹

RESUMEN: Esta breve investigación tiene la finalidad de seguir las distintas etapas históricas que llegaron a la formación de la categoría unitaria de la representación negocial. Se empieza con la descripción de lo que ocurrió en la experiencia jurídica romana, en donde si bien falta esta categoría general, existen varias figuras de representantes voluntarios. En dicha experiencia hubo toda una evolución desde la época más antigua, en que solamente podían tener la función de representante los miembros de la familia bajo la potestad del *pater*, a la clásica, cuando el desarrollo territorial, mercantil y social impuso el nacimiento de nuevas figuras de representantes (procurador, mandatario, factor de comercio) que paulatinamente se fueron independizando de la estructura familiar. Al final se llega a la codificación de Justiniano, en la que se denota un esfuerzo de racionalización de la materia, cuyos resultados se transmiten a la tradición jurídica sucesiva. En esta última se dio un impulso decisivo hacia un concepto general y unitario de la representación voluntaria gracias a los juristas del *ius commune* y luego a las corrientes del iusnaturalismo. Sus resultados fueron adoptados por los códigos civiles europeos del siglo XIX. Paralelamente, la ciencia jurídica alemana elaboró la idea que terminó por prevalecer, según la cual un supuesto es la relación exterior entre el representado y los terceros que actúan con el representante, que se fundamenta en el poder y tiene efectos inmediatos y directos para el propio representado y otro supuesto es la relación interior entre este último y el representante, con base en un esquema contractual o cuasi contractual. Esta teoría se trasplantó en el Código Civil alemán de 1900 e influyó en mayor o menor medida a las codificaciones europeas posteriores y los proyectos de armonización/unificación del derecho contractual europeo.

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. EL DERECHO ROMANO ARCAICO. 3. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL DERECHO PRECLÁSICO Y CLÁSICO. 4. EL DERECHO JUSTINIANO Y LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA. 5. LAS EVOLUCIONES POSTERIORES EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS DE LOS SIGLOS XIX Y XX. 6. LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE - DCFR). 7. CONCLUSIONES.

1 Profesor Catedrático de Derecho Romano y Fundamentos de Derecho Europeo en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

1. PREMISA

Es cierto que el derecho romano nunca construyó una categoría general de la representación negocial, sin embargo muchos de sus aspectos fueron desarrollados por la obra conjunta de los pretores y de los juristas durante la época del Principado (I siglo – mitad del III siglo d.C.) al punto que numerosos estudiosos contemporáneos destacan su contribución al respecto².

En el presente artículo me limitaré a examinar la sola representación voluntaria y a tratar sus distintas figuras a lo largo de toda la experiencia jurídica romana para seguir su evolución desde la edad arcaica hasta la codificación de Justiniano. Así se podrá apreciar cómo una situación en donde era excepcional y limitado el uso de un representante voluntario, se fue sustituyendo paulatinamente por otra mucho más compleja, en la que el ordenamiento reconoció a una pluralidad de sujetos el poder de actuar por cuenta de otros. El análisis del régimen jurídico de cada figura de representante, permitirá conocer específicos aspectos del fenómeno de la representación voluntaria, que se incluyeron en la compilación justiniana y que se transmitieron a la tradición jurídica posterior.

En efecto, con base en tales datos, la ciencia jurídica medieval y moderna pudo elaborar dogmáticamente la categoría general y unitaria de la representación. Luego pasaremos a considerar las opciones hechas por algunas modernas codificaciones europeas de los siglos XIX y XX, llegando como última etapa, al Proyecto de Armonización/Unificación de una parte del Derecho Privado Europeo (incluida la disciplina en materia contractual) conocido como *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

2. EL DERECHO ROMANO ARCAICO

En el lapso entre los orígenes de la ciudad de Roma (mitad del siglo VIII a.C.) y el IV siglo a.C., se puede observar un único tipo de representantes voluntarios: los esclavos e hijos puestos bajo la potestad del dueño o padre de familia (*dominus* o *pater familias*). Para los demás, valía el antiguo principio del derecho civil (*ius civile*) aún expresado en las Institutas de Gayo 2,95, según el cual nadie podría adquirir una cosa o un derecho por medio de otra persona que no fuera bajo su potestad y extraña a su familia:

-
- 2 Véase en la doctrina italiana, los recientes estudios monográficos de Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, I, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, Giuffré, 2007; Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, Giuffré, 2008 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, Giuffré, 2008, con la indicación de la bibliografía anterior. Para una breve exposición general agréguese también mis obras: Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 286 a 291 y *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 239 a 300.

«De lo que acabamos de comentar resulta que no podemos adquirir nada por medio de personas libres que no están sujetas a nuestra potestad y que no poseemos de buena fe así como por medio de esclavos ajenos, de los que no tenemos el usufructo ni una justa posesión. Y se expresa eso cuando se dice comúnmente que no podemos adquirir a través de una persona extraña ...»

(*Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an <per extraneam personam> nobis adquiratur*).

Tal principio refleja un ambiente familiar arcaico en donde el *pater familias*, en cuanto único titular del patrimonio, realizaba personalmente sus propias actividades de negocios, o bien utilizaba para ellas, a sus esclavos o hijos bajo su potestad, que estaban en ambos casos desprovistos de capacidad jurídica patrimonial³. Con referencia a ellos, los romanistas modernos suelen hablar de “*representantes orgánicos*”.

En las actividades jurídicas de los miembros de la familia que estaban bajo la potestad del padre, la representación funcionaba en un modo imperfecto: de hecho, si por el lado activo, adquisiciones y ganancias inmediatamente ingresaban en el patrimonio del titular de la potestad con los mismos efectos de una representación directa, por el lado pasivo, deudas y cargos no se transmitían al padre o patrón⁴.

Encontramos una confirmación, aunque limitada, en el contrato de estipulación (*stipulatio*) en la máxima que Ulpiano (un jurista que vivió en los inicios del III siglo d.C.) en D. 45,1,38,17 quien reconduce a Sabino (un jurista que vivió en las primeras décadas del siglo I d.C.) según la cual, mediante dicho contrato, no se podía adquirir un crédito a otra persona si el que se hace prometer (el estipulador) no es un esclavo o un hijo en potestad suya, pues las relaciones obligatorias nacientes de una estipulación se deben contraer personalmente:

«Nadie puede hacerse prometer con estipulación por cuenta de otro a excepción del esclavo que se haga estipular para su dueño o bien del hijo en potestad para su padre: en efecto las obligaciones de este tipo se han introducido para que cada uno adquiera para sí mismo lo que es de su interés ...»

(*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest...*).

3 Sobre estos orígenes y efectos véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffrè, 1987, p. 426 y más recientemente Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 88 a 92.

4 Cf. Serrao, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, Jovene, 2006, pp. 226 a 232.

En esta motivación, probablemente se revelan las razones más profundas de la máxima y que consisten en el carácter solemne y formal de los negocios más antiguos del *ius civile*, que exigían la presencia de las personas interesadas a los efectos de que el acto pudiera celebrarse.

3. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL DERECHO PRECLÁSICO Y CLÁSICO

La situación que acabamos de describir evolucionó profundamente a partir del final del III siglo a.C., cuando Roma pasa a una economía mercantil que impone un sistema más articulado de representación en la gestión de patrimonios y negocios, así como una mejor protección de los que celebraban contratos con personas sujetas a la potestad de un padre o un patrón.

En este contexto de cambios tan radicales, se ubican instituciones nuevas que se pueden reconducir al concepto de representación: el procurador (*procurator*) el mandatario (*mandatarius*) el comandante puesto a frente de la gestión de una empresa de navegación (*magister navis*) el factor de comercio gerente de una empresa comercial terrestre (*institor*) e hijos en potestad y esclavos que realizan actividades de negocios. En las tres últimas situaciones tiene un papel esencial la creación de las acciones adiecticias (*actiones adiecticiae qualitatis*) por parte del pretor. Todas estas nuevas figuras de representantes como veremos a continuación, paulatinamente vienen a desmoronar el principio de la imposibilidad de conseguir efectos jurídicos a través de personas libres no sujetas a la potestad del padre. Consideremos cada uno de estos tipos de representantes.

3.1. Procuradores y mandatarios

Empecemos con el procurador (*procurator*). Aunque existe una gran variedad de opiniones en seno de la doctrina moderna, hoy parece prevalecer la idea que su reconocimiento jurídico tuvo lugar entre fines del III e inicios del II siglo a.C. en el ámbito del *ius civile*, en donde emergió la figura del procurador de todos los bienes (*procurator omnium bonorum o rerum*) esto es, un administrador general del patrimonio de un padre de familia, pero no sujeto a su potestad. En un primer momento este procurador era elegido entre sus libertos y luego también entre personas extrañas pero siempre ligadas al ambiente familiar⁵. La relación jurídica que nacía entre él y el titular del patrimonio (el *dominus*) no se basaba en un contrato, sino en un acto unilateral, de naturaleza fiduciaria y denominado *procuratio*, con el cual el *dominus* le confiaba la

5 Véanse Miceli, Maria, “*Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*”, en: *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n. 53, Napoli, 2002 (publicado en 2005), pp. 95 a 96, y *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, cit., pp. 105 a 218 ; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*, cit., pp. 188 a 201, en donde también se comentan las teorías anteriores.

administración de sus negocios. Por lo tanto, sus recíprocas pretensiones se regulaban con las acciones de gestión de negocios ajenos directa y contraria (*actio negotiorum gestorum directa aut contraria*)⁶.

En cambio, en el mandato, el mandatario se obligaba a cumplir con un cargo en nombre propio y por cuenta del mandante mediante un contrato, surgido probablemente al interior del *ius gentium*, fundado en la buena fe y libremente celebrado por las partes. Su ingreso en el mundo del derecho fue obra de la jurisdicción pretoria (en un origen, del pretor peregrino) confluyendo después durante el I siglo a.C. en el *ius civile*. Aunque inspirado a los valores de amistad y confianza, su régimen jurídico vino desarrollándose conformemente a las dos líneas del consensualismo y de la buena fe objetiva así como los demás contratos consensuales (compraventa, arrendamiento y sociedad) pero sin previsión de fondos para el cumplimiento del cargo. Por medio de este contrato, se realizaba una forma de representación indirecta, en cuanto que los efectos de los actos del mandatario antes se producían en su esfera jurídica y luego con acto separado en la del mandante⁷.

Al procurador encargado de la administración de todos los bienes del titular se agregan a partir del siglo I a.C., dos figuras más de procurador: el procurador especial, nombrado cada vez para actos y negocios singulares (*procurator unius rei*) y el procurador procesal encargado de la representación de una de las partes en un litigio (*procurator ad litem*). Los dos reciben el cargo de la representación no en fuerza de una relación potestativa, sino de un vínculo contractual, que numerosos textos conservados en el Digesto de Justiniano, identifican con un mandato⁸.

Esta atracción en la órbita del mandato es una consecuencia de la acentuación en la figura del procurador del deber de cumplir con el cargo, que sin duda la acercaba a la del mandatario. Si el resultado final de este acercamiento es cierto y bien documentado en las fuentes jurídicas, existe mucha incertidumbre en la doctrina moderna acerca de sus etapas históricas, puesto que no es muy claro cuáles datos se pueden remontar a los juristas clásicos y cuáles por el contrario, se deben a las manos de los compiladores de Justiniano. Sin embargo, hoy parece prevalecer una orientación más favorable a la genuinidad de la mayoría de los textos que se nos han transmitido⁹.

6 Cf. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1965, pp. 7 a 12; Provera, Giuseppe, "Mandato (storia)", en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 25, Milano, Giuffrè, 1975, p. 313; Martini, Remo, "Mandato nel diritto romano", en: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, n. 11, Torino, UTET, 1994, pp. 198 a 199; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*, cit., pp. 202 a 235.

7 Además de aquellos indicados en la nota al pie anterior, véase el recién estudio de Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, cit., pp. 239 a 247.

8 Cf., por ej., D. 41, 1, 13 (Nerat. 6 reg.); D. 3, 3, 1 pr. - 1 (Ulp. 9 ad ed.); D. 3, 3, 63 (Mod. 6 diff.), todos comentados a continuación.

9 Cf. Martini, Remo, "Mandato nel diritto romano", cit., p. 199; Miceli, Maria, "Institor e procurator", cit., pp. 121 a 127, y *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 233 a 300 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 263 a 327.

Gracias a la conexión entre las dos figuras de procurador arriba mencionadas y el mandato, se llega a admitir que en este contrato se incluye también la relación entre el procurador encargado de la administración de un patrimonio entero o de una rama de él (*procurator omnium bonorum*) y su titular: en este caso se habla de un mandato general con la finalidad de realizar una pluralidad o todos los negocios del representado, que se contrapone a los mandatos especiales para llevar a cabo cargos específicos¹⁰. En un conocido fragmento de Ulpiano, en D. 3, 3, 1 pr. - 1 (Ulp. 9 *ad ed.*) puesto en la apertura del título D. 3, 3 que trata de los procuradores y defensores, se define el procurador como el que administra los negocios ajenos por mandato del titular, bien sea en vía general así como para la realización de negocios singulares, con posibilidad de nombrarlo entre presentes o ausentes mediante una carta o un mensajero:

«Procurador es quien administra negocios ajenos por mandato del titular. 1. Luego un procurador encargado de la administración bien sea de todos los bienes así como para un solo negocio, se puede nombrar o entre presentes o bien por medio de un mensajero o una carta »

(Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam ...).

Un texto debido a Neracio, un jurista del siglo I d.C., ubicado en D. 41, 1, 13 (Nerat. 6 *reg.*) después de haber relacionado el poder de un procurador especial de adquirir una cosa con un mandato celebrado con el representado, destaca otro elemento fundamental que caracterizaba al procurador: su legitimación para transmitir al mandatario la propiedad de la cosa comprada a su nombre incluso en el caso de que éste ignorase que se la hubiera sido entregada:

«Si un procurador ha comprado para mí una cosa por un mandato mío y ésta le ha sido entregada a mi nombre, adquiero su dominio, aunque lo ignore...»

(Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignoranti ...).

Dicha legitimación probablemente surgió para el procurador general (*omnium rerum*) extendiéndose luego a las demás figuras de procurador. Su existencia impidió una plena identificación con el mandatario que no la tenía, no obstante la conexión apenas expuesta entre los dos tipos de representantes.

Paralelamente, la reflexión jurídica también se concentra en el contenido y los límites de los poderes de que dispone un representante general, al que el *dominus* le haya

10 Sobre tal punto se renvía al análisis de Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, cit., pp. 52 a 62 y de Nicosia, Giovanni, "Gestione di affari altrui (storia)", en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 18, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 630 a 631. Cf. también Miceli Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 321 a 331.

confiado la libre administración de sus bienes. Cuatro textos ubicados en sucesión en el título 3, 3 del Digesto, nos permiten definir un cuadro bastante completo. Los primeros dos pertenecen al jurista Paulo: D. 3, 3, 58 (71 *ad ed.*) y D. 3, 3, 59 (10 *ex Plaut.*). En ellos se precisa que la libre administración de un patrimonio ajeno confiada en vía general (*libera administratio rerum generaliter commissa*) comprende, aunque no atribuidos expresamente, un conjunto de poderes instrumentales, así como cobrar el credito, pagar deudas, celebrar novaciones y permutas:

D. 3, 3, 58: «*El procurador al que le fue confiada en vía general la libre administración de los bienes, puede reclamar el cumplimiento de obligaciones, celebrar novaciones y permutar una cosa con otra*»

(*Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare*).

y

D. 3, 3, 59: «*Mas se considera que también se le haya dado mandato de pagar a los acreedores*»

(*Sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus*).

En el texto sucesivo de D. 3, 3, 60, siempre de Paulo (4 *resp.*) se excluye que un mandato general pueda extenderse al poder de transacción de una controversia, salvo que sea indicado expresamente y la consecuencia es que el mandante que no haya ratificado la transacción, sigue pudiendo ejercitar las acciones para reclamar sus pretensiones:

D. 3, 3, 60: «*En un mandato general no está incluido el poder de realizar una transacción para solucionar una controversia y por ende, si quien dio el mandato, no ha ratificado la transacción, no puede ser rechazado con base en ella, en el ejercicio de sus acciones*»

(*Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam: et ideo si postea is qui mandavit transactionem ratam non habuit, non posse eum repellere ab actionibus exercendis*).

En cambio el último de los cuatro textos, atribuido a Modestino en D. 3, 3, 63 (6 *diff.*) subraya que a un procurador general le estaba prohibido sin un mandato especial por parte del representado, enajenar sus cosas muebles, inmuebles y esclavos, exceptuándose sólo los frutos y las demás cosas deperibles:

D. 3, 3, 63: «*Un procurador de todos los bienes al que le fueron confiadas cosas para administrar, no puede enajenar las cosas del dominus, muebles o inmuebles o esclavos, sin su mandato especial a excepción de los frutos y de las demás cosas que fácilmente se corrompen*»

(*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut aliae res, quae facile corrumpi possunt*).

La necesidad de un mandato específico se requiere también en el caso de bienes del *dominus* que el procurador quiera dar en prenda, como se dice en D. 13, 7, 11, 7 (Ulpiano, 28 *ad ed.*):

«Si mi procurador o tutor ha dado en prenda una cosa, él mismo podrá ejercitar la acción para la restitución de la cosa dada en prenda; lo que ocurre al procurador sólo si le fue confiado el mandato de dar cosas en prenda»

(*Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit: quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare*)¹¹.

Todos los textos considerados explican también la afirmación contenida en D. 17, 1, 5 pr. – 1 (Paul. 32 *ad ed.*) según la cual el mandatario debe observar con diligencia los límites del cargo recibido, determinándose en caso contrario, el incumplimiento de su obligación y la consecuente responsabilidad.

3.2. Los representantes comerciales y la evolución de la representación al interior de la familia

El nuevo cuadro económico – social del lapso entre el final del siglo III y la mitad del siglo II a.C., también implica el empleo de esquemas de organización para el ejercicio de las actividades empresariales, en donde el empresario marítimo o terrestre confiaba su gestión a un representante, comandante de la nave (*magister navis*) o bien un factor de comercio (*institor*) reclutado entre las personas sujetas a su potestad (hijos o esclavos). Esta situación empuja la jurisdicción pretoria (en los inicios probablemente, la del pretor peregrino) a crear dos específicas acciones: *exercitoria* en contra del armador de la nave e *institoria* en contra del titular de una empresa terrestre, con la motivación de tutelar la confianza de los contratantes con las personas bajo la potestad del empresario, a las que les había sido atribuida la gestión de la actividad empresarial marítima o terrestre¹².

Como puntualmente observa Gayo (*Inst.* 4, 71) puesto que los contratos celebrados con las personas bajo potestad, se debían reputar celebrados por voluntad del titular de la misma, el pretor había considerado como sumamente conforme a la equidad (*aequissimum esse*) la previsión de una responsabilidad suya por el incumplimiento de las obligaciones, que los acreedores podían hacer valer por medio de las acciones *exercitoria* e *institoria*:

11 Sobre este texto, cuya paternidad es muy discutida cf. Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 149 a 150 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., p. 228, con otras indicaciones bibliográficas.

12 Al respecto véase Cerami, Pietro, “Introduzione allo studio del diritto commerciale romano”, en: Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo: *Diritto commerciale romano. Profilo storico**, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 38 a 67. En la óptica de la protección de los terceros contratantes con los gerentes de una empresa sujetos a la potestad del pater me permito renviar a mi investigación Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 9 a 115.

«Por la misma razón el pretor dispuso dos otras acciones: *exercitoria* e *institoria*. La acción en contra del armador (*exercitoria*) se aplica cuando un padre o un patrón ha nombrado a un hijo bajo potestad o a un esclavo como comandante de la nave y alguien ha contratado con él en el ámbito de los poderes, que le han sido confiados. En efecto, puesto que se considera que dicha actividad contractual se ha celebrado por voluntad del padre o patrón, pareció muy equitativo al pretor dar en contra de ellos la acción para la totalidad de las deudas incumplidas. Y aunque pusieron como comandante a un extranjero, esclavo de otro o bien persona libre y no sujeta a potestad, sin embargo se concede la acción pretoria en contra de ellos ... En cambio, la acción *institoria* se utiliza cuando alguien ha puesto al frente de una actividad comercial o de cualquier otra actividad empresarial “terrestre” a un hijo bajo potestad o a un esclavo o bien a un extranjero, esclavo de otro o libre no sujeto a potestad y se ha celebrado con él un contrato en el ámbito de los poderes, que le habían sido confiados»

(*Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, <negotium> gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navis praeposuerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur ... Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit*).

Por lo tanto, es de la imputabilidad de la actividad contractual directamente a la voluntad del padre o patrón que deriva el régimen de su responsabilidad integral para las obligaciones incumplidas por parte del representante encargado de la gestión de la empresa.

Siempre en el curso del II siglo a.C., se ubica también la introducción del triple edicto (*triplex edictum*) llamado así porque incluía a tres acciones: la acción “dentro de los límites del valor del *peculio*” (*actio de peculio*) la “dentro de los límites del enriquecimiento conseguido por el potestad habiente” (*actio de in rem verso*) y la “con base en la orden del potestad habiente” (*actio quod iussu*). Las tres acciones estaban a disposición de los acreedores que hubiesen celebrado un negocio con una persona sujeta a la potestad de otro (*alieni iuris*) como indican las propias palabras edictales: “Por el hecho de que se haya celebrado un negocio con quien estaba bajo la potestad de otro” (*Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit*) que Ulpiano refiere en D. 15.1.1 pr. – 2:

«El pretor siguió un orden según el cual anteriormente son expuestos los contratos de quienes están bajo la potestad de otros, que otorgan <al acreedor> una acción para reclamar una responsabilidad integral <del titular de la potestad> y luego se ha incluido el presente edicto, en que se otorga la acción dentro de los límites del *peculio*. Este edicto es triple, pues de ello derivan la acción dentro de los límites del *peculio* o la acción dentro de lo que fue transmitido directamente en el patrimonio

<de la potestad habiente> o la acción basada en una orden suya. Las palabras con las que empieza el edicto son las siguientes: “Por el hecho de que se haya celebrado un negocio con quien estaba bajo la potestad de otro”»

(*Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio. Verba autem edicti talia sunt: ‘Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit’*).

De tal modo la actividad contractual del sujeto a potestad, realizada o no en el marco del ejercicio de una empresa ya no habría transmitido al titular de la potestad las solas ventajas de ella, sino lo habría vinculado también a las deudas; esto valía para los contratos celebrados por su orden (*iussum*) de los que procedía una responsabilidad total del padre o patrón, que los acreedores podrían reclamar con la *actio quod iussu*, así como para los contratos inherentes a las actividades gestionadas con el peculio, que implicaban una responsabilidad del potestad habiente limitada al monto del valor del propio peculio (mediante *l'actio de peculio*) o de las ganancias obtenidas con ello y transmitidas directamente en su patrimonio (mediante *l'actio de in rem verso*)¹³.

En los casos de representación por parte de un comandante de la nave o bien de un factor de comercio, en el transcurso entre I y III siglo d.C., tiene lugar una ulterior evolución.

El texto mencionado arriba de las Instituciones de Gayo (4, 71) demuestra que la función de representante del empresario en la gestión de la actividad económica, podía ser atribuida a personas ajenas a la familia (siervos ajenos y hombres libres distintos de los hijos sujetos a potestad) reconociendo un papel central no al elemento potestativo, sino al acto del nombramiento (*praepositio* como factor de comercio o bien como comandante de la nave) como fuente de los poderes de representación, al que se agregaba una relación contractual de arrendamiento de obra (si el encargo era remunerado) o de mandato (si era gratuito) entre representado y representante (en caso de hombre libre) o su dueño (en caso de siervo ajeno) o bien una relación cuasi contractual de gestión de negocios ajenos. Consecuentemente el jurista sostiene la total irrelevancia del *status* personal del representante puesto a frente de la gestión de una actividad económica, con la finalidad de permitir a sus acreedores reclamar la responsabilidad integral del empresario representado para las deudas contraídas¹⁴.

13 Cf. una vez más Cerami, Pietro, “*Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*”, cit., pp. 42 a 50, 61 a 67 y también mi estudio Petrucci, Aldo, “*Per una storia della protezione*”, cit., pp. 79 a 115.

14 Otros ejemplos en D. 14, 3, 20 (Scaev. 5 *dig.*), que trata de un factor libre puesto a frente de un banco, que asume la obligación de restituir una suma de dinero recibida por cuenta del banquero titular, y en D. 14,3,19,1 (Pap. 3 *resp.*), en que el cambio de *status* de esclavo a liberto, del factor de comercio no incide en la posibilidad de sus acreedores de ejercitar la acción en contra del empresario que lo había encargado de la gestión. Véanse al respecto Cerami, Pietro, *Introduzione allo studio*, cit., pp. 47 a 50;

Además una orientación de la jurisprudencia, debida a Marcelo (II siglo d.C.) conocida por Gayo y luego probablemente compartida por Ulpiano¹⁵, reconoce también al empresario representado la facultad de ejercitar la acción institoria directamente en contra de los contratantes deudores del factor de comercio (*institor*) que no hayan cumplido, mientras que para la acción en contra del armador (*actio exercitoria*) se llega a un idéntico resultado por medio de la intervención de los gobernadores provinciales y de los prefectos del abastecimiento (*praefecti annonae*) que otorgan la misma acción también al armador en contra de los deudores del comandante de la nave¹⁶.

De tal modo las dos acciones que eran “*unidireccionales*”, en cuanto utilizables sólo por los acreedores del representante en contra del representado, se convierten en “*bidireccionales*”, dado que también este último puede ejercitarlas directamente en contra de los deudores del propio representante¹⁷.

A Papiniano verosímilmente se debe el reconocimiento de una nueva figura de procurador: el *procurator praepositus*, esto es, un representante encargado de la gestión de una actividad económica no necesariamente de tipo empresarial. Su relevancia jurídica se realiza mediante la introducción sugerida por este jurista, de un nuevo remedio procesal, la “*acción en vía útil modelada sobre el ejemplo de la acción institoria*”, también llamada acción “*cuasi institoria*” (*actio utilis ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*)¹⁸. En efecto, como resulta de D. 14, 3, 19 pr. (Pap. 3 *resp.*) el *dominus* ha nombrado a un procurador no para la gestión de una empresa comercial terrestre, sino para recibir dinero en préstamo y la acción prevista por Papiniano sirve a los acreedores para reclamar la responsabilidad del propio *dominus* en el caso de que el procurador no haya restituido las sumas mutuadas. De tal modo el jurista asemeja pero sin identificarlas a las dos figuras de representantes: el procurador puesto a frente de una gestión patrimonial y el factor de comercio encargado de la gestión de una actividad empresarial. Por lo tanto, a los acreedores del procurador o del factor de comercio se les daba la posibilidad según los casos, de utilizar una u otra acción para reclamar una responsabilidad integral y directa del representado (titular del patrimonio o de la empresa) que se añadía en vía alternativa, a la del propio representante. Así se llega al resultado de imputar directamente al representado por lo menos por el lado pasivo, los efectos de una actividad jurídica del representante libre y no sujeto a potestad también fuera de un nombramiento en sentido técnico, como factor de comercio o comandante de nave¹⁹.

Miceli, Maria, “Institor e procurator nelle fonti romane”, cit., pp. 69 a 81; Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione*, cit., pp. 14 a 53, con más bibliografía.

15 V. D. 14, 3, 1 (Ulp. 28 *ad ed.*).

16 Cfr. D. 14, 1, 18 (Ulp. 28 *ad ed.*).

17 En tal óptica véase Coppola Bisazza, Giovanna, “*Dallo iussum domini*”, cit., pp. 236 a 261.

18 Cf. por ej., D. 14, 3, 19 pr. (Pap. 3 *resp.*), sobre el cual se renvía a Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 338 a 340 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 250 a 254.

19 Al respecto cf. Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 396 a 399; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 247 a 261.

3.3. La superación de la prohibición de adquirir algo mediante un representante extraño a la familia

De lo que acabamos de decir en el encabezado 3.2, se deduce claramente cómo el principio del antiguo *ius civile*, recordado anteriormente (§ 2) según el cual no se podían adquirir cosas o derechos por medio de personas no sujetas a la potestad del *pater familias*, se había ya superado o estaba en vía de superación en el ejercicio de las actividades empresariales y económicas.

Siempre en el transcurso entre I y II siglo d.C., este principio del *ius civile* sufre otras excepciones debidas al cambio de la noción de “*persona extraña*” (*extranea persona*). De hecho, no se considera como tal, el hombre libre que alguien hubiera poseído en buena fe al creerlo su esclavo, ni el esclavo ajeno objeto de usufructo o bien de posesión de buena fe. Luego se da relevancia más al elemento de la comunidad familiar (*domus*) que de la potestad, no calificando como extraños a los libertos, clientes, amigos e incluso trabajadores libres asalariados (*mercennarii*). La consecuencia es que los juristas admiten que se pueda adquirir directamente a través de estas categorías de personas, cuando actúen como representantes²⁰.

Aun más, también la adquisición directa de la posesión por medio de un representante se convierte en otra excepción del antiguo principio del *ius civile*, gracias a la intervención de la Cancillería Imperial, que supera las incertidumbres manifestadas por los juristas. Fundamental al respecto es una constitución de los emperadores Septimio Severo y Caracalla del año 196 d.C. (contenida en el Código de Justiniano, C. 7, 32, 1) en la que se afirma que la posibilidad de conseguir la posesión directa de algo, a través de un representante, a pesar de la ignorancia del representado, fue recibida por el ordenamiento por razones jurídicas y de utilidad común, mientras que se exige su conocimiento para realizar la usucapión:

«Desde hace tiempo fue recibido <por el ordenamiento> en razón de la utilidad así como del derecho, que mediante una persona libre, se adquiere la posesión también a quien lo ignore y que después de su conocimiento, puedan comenzar las condiciones de la usucapión»

(Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem, et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est).

Es probable que en el caso concreto original, la decisión de la Cancillería Imperial hiciera referencia sólo a la adquisición de la posesión de parte de un procurador, requiriéndose en cambio el conocimiento del representado para la adquisición de la propiedad²¹.

20 Véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., pp. 427 a 428.

21 Cf. Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., pp. 426 a 427, más recientemente, Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 172 a 181; Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentan-*

De todos modos, el texto en su formulación actual, prueba una admisión general de la representación directa en materia posesoria, que desde su inicio, reviste importantes implicaciones también para la adquisición de la propiedad de las *res nec Mancipi*, una categoría que incluía todas las cosas, exceptuados los fundos en Italia, los esclavos, los animales para el trabajo o el transporte y las más antiguas servidumbres prediales, que por el contrario, formaban la categoría de las *res Mancipi*. En efecto, si el representado estuviera en el conocimiento de la adquisición de la posesión realizada por su representante, su transmisión mediante el acto de entrega (la *traditio*) normalmente implicaría también la transmisión de la propiedad.

3.4. El gestor de negocios ajenos y el falso representante

En el mismo lapso temporal (I – II siglo d.C.) en seno a la jurisprudencia, se hace una distinción entre el procurador con mandato y el procurador que se ofrece a realizar negocios ajenos, sin haber recibido un mandato (*procurator qui alienis negotiis se offert*). Al respecto, los textos hablan de un “verdadero procurador” (*verus procurator*) con referencia al representante que haya recibido un mandato por el representado y de un “falso procurador” (*falsus procurator*)²², con referencia a quien haya simulado su función de procurador, mientras que en realidad, no era tal, porque no le habían sido atribuidos poderes de representación o bien había excedido de los límites de los que se le habían confiado. Y es al interior de esta segunda situación que se desarrolla la diferencia entre el falso procurador, que se considera como representante, aunque sepa que no lo es y gestor espontáneo de negocios ajenos (*negotiorum gestor*) que en cambio, no simula poderes de representación. Sin embargo, los contornos de estas dos figuras se entrelazan y se confunden durante largo tiempo²³.

Para los actos realizados por el falso procurador, la mayor preocupación de los juristas atañe la ratificación por parte del titular y sus efectos, no existiendo dudas acerca de la imputación a quien los realizó y su responsabilidad. Según una definición muy conocida de Ulpiano (80 *ad ed.*) en D. 46, 8, 12, 1, la ratificación es el reconocimiento y la aprobación de la actividad del falso representante por parte del titular (el *dominus negotii*) que por lo tanto, acepta las consecuencias de ella que vengan a incidir en su esfera jurídica:

«Ratificar un acto es esto: aprobar y reconocer lo que fue hecho por el falso procurador».

(*Rem haberi ratam, hoc est, comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore*).

za», cit., p. 277 a 284 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., p. 209 a 222, que discuten toda la doctrina anterior.

22 Para su indicación véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., p. 425, notas 89 e 95.

23 Sobre la evolución de las características de la gestión de negocios ajenos cf. la monografía de Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* I, Napoli, Jovene, 1999.

Otro texto igualmente célebre, del mismo jurista en D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) equipara la ratificación a un mandato, con la consecuencia de que se determina la liberación del deudor que haya pagado a un falso procurador del acreedor, cuando éste la ratifique:

«Más también si yo pago no al verdadero procurador, pero luego el titular ratifica lo que se pagó, tiene lugar la liberación: en efecto la ratificación se compara a un mandato».

(Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur).

Y símilmente en el texto de D. 3, 3, 60 mencionado arriba (*sub* 3.1) cuando interviene la ratificación del mandante, para él surten los efectos de la transacción realizada por el mandatario general.

De los pocos ejemplos analizados, claramente se deduce que las actividades del falso procurador no se reflejan en la esfera jurídica del *dominus* sin su ratificación y que una relación se constituye sólo entre el representante sin poderes o que haya excedido de ellos y el tercero contratante, que puede reclamar en juicio su responsabilidad.

3.5. Primeros gérmenes de la idea del representante aparente

En un texto del jurista Paulo (1 *decr.*) ubicado en D. 14, 5, 8 se trata un caso, cuya solución parece conexa a la problemática moderna de la representación aparente. La situación de partida es la siguiente: un empresario financiero (quizás un banquero) llamado Ticiano Primero, había nombrado a un esclavo suyo como factor, encargándolo de conceder préstamos garantizados por prendas. Además de tal actividad, el factor estaba acostumbrado a dar créditos a quienes compraban cebada de los comerciantes, fungiendo como delegado de los compradores para el pago del precio. Llega un momento en que el siervo factor huye sin pagar a un comerciante de cebada al que había sido delegado por el comprador, a dar el precio. Por lo tanto el comerciante llama a juicio al titular de la empresa, Ticiano Primero, que le opone la excepción que no era responsable, dado que el factor había actuado fuera de los poderes que le habían sido confiados.

Sin embargo, el actor logra probar que el factor normalmente desarrollaba también otras actividades económicas y que muchas veces había rivestido la función de delegado de los compradores de cebada para el pago del precio. Consecuentemente el prefecto del abastecimiento (*praefectus annonae*) que era el juez de este juicio, emite una sentencia favorable al comerciante.

A este punto el jurista Paulo manifiesta una observación crítica sobre esto fallo, pues siendo la intermediación financiera del factor comparable a una fianza, en cuanto que no se limitaba a asumir la deuda de los compradores, sino también la pagaba, este poder no estaba incluido dentro de aquellos que se le habían sido atribuidos. Pero en

el juicio de apelación, el tribunal del emperador confirma la sentencia del prefecto, con base en el supuesto de que Ticiano Primero se había hecho sustituir por su esclavo factor en todas sus actividades²⁴.

En el tratamiento de este caso, emergen dos distintas perspectivas. La primera, conforme a los principios del derecho pretorio u honorario (*ius honorarium*) que es la explicada por Paulo, cuando: a) expone la argumentación de Ticiano Primero a su defensa, según la cual, no estando las actividades de intermediación crediticia incluidas en las específicas indicadas en el acto de nombramiento, no se podía reclamar su responsabilidad para su realización; b) critica las motivaciones en las que se fundamenta la sentencia del prefecto del abastecimiento, porque, siendo dicha intermediación equiparable a una fianza, y no habiendo el factor recibido el correspondiente poder, no existía una responsabilidad del titular de la empresa. Como es evidente, los comentarios del jurista reconocen un papel fundamental y exclusivo al elemento de la voluntad del representado, que se expresa en el acto de nombramiento del factor.

La segunda perspectiva se percibe en las motivaciones, en las que se basan las sentencias del prefecto del abastecimiento y luego del emperador: en lugar de la voluntad del representado, se le da mayor relevancia al perfil objetivo de la confianza de los terceros que celebraron sus contratos con el factor. En esta óptica el complejo de las actividades efectivamente realizadas por este último en el ejercicio de la empresa, prevalece sobre el elemento de la voluntad del titular. En términos modernos, podría afirmarse que esta segunda perspectiva está encaminada a tutelar la confianza de los contratantes con el factor, ocasionada por una situación de apariencia, que se determina por el conjunto de la conducta del representante que actúa fuera de sus poderes y del representado que lo tolera o lo ignora culposamente.

4. EL DERECHO JUSTINIANO Y LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA

4.1. El cuadro general emergente de la codificación de Justiniano

La pluralidad de figuras de representantes voluntarios, que acabamos de describir en los encabezados precedentes (procuradores, mandatarios, factores de comercio, comandantes de nave, personas sujetas a la potestad del *pater familias*, sus amigos,

24 El texto latín de D. 14, 5, 8 es el siguiente: *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam <corr. Mommsen> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator. Véase al respecto mis comentarios en Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori* I, cit., pp. 33a 37.*

clientes y empleados libres) permanece también en el derecho justiniano, en donde se manifiestan evidentes esfuerzos de simplificación y racionalización sistemática, por parte de los compiladores del *Corpus Iuris Civilis*.

En primer lugar, se hace una clara distinción entre procuradores, cuya actividad siempre resulta conexas a un mandato y gestores de negocios ajenos, que actúan sin haber recibido un cargo contractual, con una definición más precisa de sus contornos jurídicos²⁵.

Luego, trasluce una nueva realidad en la que la posibilidad de cumplir actos jurídicos mediante representantes libres y extraños, se convierte en un criterio general, abandonándose definitivamente las limitaciones procedentes del derecho arcaico²⁶, aunque formalmente aún considerado como vigente. De eso constituye un importante testimonio el pasaje de las Institutas de Justiniano (2, 9, 5) en donde anteriormente se afirma el antiguo principio, por el cual nadie puede adquirir una cosa o un derecho por medio de una persona extraña, e inmediatamente después se niega su aplicación en los casos previstos en la constitución de Septimio Severo y Caracalla (en C. 7, 32, 1, analizada arriba, § 3.3) que admitía la adquisición directa al representado, consciente o ignorante, de la posesión de las cosas conseguida por su procurador. La consecuencia era que si el tercero que había entregado la cosa al procurador, fuera su propietario, la propiedad de ella pasaría inmediatamente al representado, si no lo fuera, este último adquiriría la propiedad con el transcurso del tiempo para la usucapión:

«Por eso aparece evidente que por ninguna razón, se puede adquirir algo por medio de hombres libres que no están sujetos a vuestro poder ni que poseáis <como esclavos> en buena fe, así como mediante esclavos ajenos, sobre los cuales no tenéis ni el usufructo ni una justa posesión. Esto es lo que se dice que no se puede adquirir nada a través de una persona extraña. Sin embargo, se exceptúa el caso en que se estableció que por medio de una persona libre o un procurador, se pueda adquirir la posesión no sólo sabiéndolo, sino también ignorándolo, según la constitución del divino Severo, y que a través de tal posesión, se pueda adquirir también el dominio, si el que entregó la cosa fue su propietario, o bien comenzar la usucapión o la prescripción de largo tiempo, si el que la entregó, no fuera tal».

(Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque iuri vestro subiectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit).

25 Cfr. I. 3, 27, 1.

26 Da Quadrato, Renato, *“Rappresentanza (diritto romano)”*, cit., p. 433.

El contenido de este texto es fundamental hacia una apertura generalizada del principio de la representación directa en la adquisición de la propiedad de algo, puesto que desaparecida la diferencia entre las dos antiguas categorías de cosas (*res Mancipi* y *res nec Mancipi*) la entrega (*traditio*) permanece como el único acto *inter vivos* para la transmisión de la propiedad sobre cualquier cosa²⁷.

Además en toda la codificación justiniana, se percibe una marcada tendencia de extender formas de representación directa e inmediata también a algunas relaciones obligatorias por el lado bien sea activo como pasivo, reconociendo una eficacia general a una serie de textos clásicos que la preveían²⁸.

4.2. Breve panorámica de la ciencia jurídica medieval y moderna anterior a las codificaciones

Como aprendemos de las palabras de Acursio en la glosa *Nihil agit* ad I. 3, 19, 4, la doctrina dominante en seno a los Glosadores, entiende el principio del antiguo *ius civile* aún expresado en las Institutas de Justiniano 2, 9, 5 (“no se puede adquirir nada a través de una persona extraña”) en un sentido riguroso, de modo que de un lado, se proclama una prohibición general de la representación directa (y del contrato a favor de un tercero) mientras que por el otro, se reconocen numerosas excepciones (dieciséis) a tal prohibición con referencia a algunos tipos de actos llevados a cabo por un procurador, para conciliar los distintos datos contenidos en los textos de la codificación justiniana.

Sin embargo, en una distinta glosa *Nihil agit* ad I. 3, 20, 4, el propio Acursio refiere el pensamiento innovador de otro grande Glosador, Martino Gosia, que expresa una superación de esta interpretación tan rigurosa. De hecho, a su parecer, se necesita distinguir entre una adquisición directa (*iure directo*) de cosas y derechos, para la cual valía la prohibición de utilizar a un representante y de una adquisición en vía útil (*utiliter*) que podía realizarse mediante un representante voluntario extraño. Este jurista llega a la conclusión que aunque de un pacto o un contrato celebrado por otro, no puede nacer para el representado una acción directa para reclamar un derecho, siempre nacía a su favor la acción en vía útil, subrayándose cómo la regla más antigua hubiese sido subvertida por el derecho pretorio (*ius honorarium*)²⁹.

27 C. 7, 32, 8 (Imp. Diocl. et Max. AA. Cyrillo): «Pareció bien para fines de utilidad, que, mediante un procurador se pudiera adquirir la posesión y si la propiedad no pueda separarse de ella, también la propiedad» (*Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietatis ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit*). Al respecto cf. Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 158 a 168.

28 Por ej., D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 13, 5, 15 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 3, 3, 72 (Paul. 1 *man.*); D. 13, 7, 11, 6 (Ulp. 28 *ad ed.*); C. 5, 39, 5 (Imp. Diocl. et Max. AA. Onesimae), sobre los cuales cf. el comentario de Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., p. 433.

29 Sobre el argumento véanse Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, cit., p. 443; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 355 a 356.

Una contribución determinante al desarrollo y difusión del instituto de la representación directa procede del derecho canónico. En efecto, como exactamente se ha destacado³⁰, todo el ordenamiento de la Iglesia se basa en ello, empezando con la posición del Papa en cuanto vicario de Cristo en la tierra. Así se explican las enunciaciones generales formuladas al respecto, por el canonista Dino del Mugello en sus Reglas del derecho (*Regulae iuris*) agregadas al Libro Sexto de las Decretales de Bonifacio VIII (final del siglo XIII) incluidas en el Cuerpo del derecho canónico (*Corpus Iuris Canonici*) pero su existencia ya estaba arraigada en el Decreto de Graciano (primera mitad del siglo XII) en donde se dice que cada clérigo, teniendo que dedicarse totalmente a las obras pías, tenía que nombrar a un procurador (*procurator*) que lo representara en todas sus demás actividades³¹.

La reglamentación del derecho canónico influyó en el derecho común (*ius commune*) cuyos juristas rápidamente entendieron la importancia teórica y práctica de poder celebrar contratos en nombre y por cuenta de otros, superando el “dogma negativo” del principio expresado por las Institutas de Justiniano señalado anteriormente y comenzaron a elaborar una primera noción unitaria de la figura de la representación.

Bártolo de Saxoferrato en su comentario al código justinianeo³², al realizar una conexión entre la representación y la persona representada, llega al resultado de reconocer una eficacia directa para éste, de los actos realizados por el representante, mediante una identificación del procurador con el destinatario de los efectos del acto. El mismo concepto lo retoma en su comentario al código justinianeo³³, también Baldo degli Ubaldi, que con base en el supuesto de que tres son los elementos sustanciales de un contrato (capacidad de la persona, su voluntad y el poder de celebrarlo) excluye su presencia en un falso procurador, que interviene en un acto sin representar a otro y manifestar su voluntad.

La ciencia jurídica medieval destaca la conexión entre poder de representación y mandato, cuando define el falso procurador y habla de la ratificación del acto por parte del representado falsamente. De hecho, se califica como falso procurador en sentido estricto, quien actúa sin un mandato y en sentido más amplio, también quien excede de sus límites, con la consecuencia de que en el primer caso, él se vincula sólo a sí mismo, mientras que en el segundo, su vínculo personal vale para los actos que excedieron al mandato. A tal contrato se equipara también la ratificación del titular, que cuando interviene, tiene efectos retroactivos al momento de la conclusión del acto, que se considera como hecho en su nombre y por su cuenta desde el inicio. Por último, en

30 Bussi, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1937, I, p. 296.

31 V. c. 3, C. 5, qu. 3.

32 Bartoli de Saxoferrato, *Commentaria. Tomus Tertius, In primam Digesti Novi*, Basileae, 1562, ad D.39,2,13,13, n. 3, fo. 71 r.

33 Baldi Ubaldi, *In Quartum et Quintum Codicis Librum Commentaria ad l. multum interest* (C. 4, 50, 6) n. 12, Lugduni, 1585, f. 147 r.

el mandato se incluyen a las actividades accesorias del procurador, que son necesarias para la ejecución del encargo recibido³⁴.

Un impulso ulterior hacia la construcción de una categoría general y unitaria de la representación se debe a las corrientes filosóficas del iusnaturalismo.

Tratando de la formación del contrato mediante la aceptación de una promesa, Grocio³⁵ precisa que en un contrato celebrado por un representante, se hace una promesa en nombre de quien es el destinatario de la prestación. El que promete en nombre de otro, lo hace con base en un mandato especial o general o también a falta de eso. Si hay mandato, el representante que acepta la promesa, perfecciona el contrato directamente para el representado, cuyo consentimiento se manifiesta mediante el propio representante, con una identificación de las dos voluntades. En cambio, al faltar el mandato, quien promete por cuenta de otro, no puede revocar la promesa, una vez aceptada por el cocontratante y el contrato surte sus efectos sólo para él, salvo que el titular no lo ratifique, asumiéndolos directamente en su esfera jurídica.

Afirmaciones similares se encuentran también en otros destacados juristas de la escuela del derecho natural, como Wolff, Huber y Johann Voet, según el cual «*gracias a los usos actuales, prevaleció el principio que cualquiera pueda celebrar un contrato igualmente para sí mismo o para otro*»³⁶.

Para completar esta breve panorámica de la ciencia jurídica europea anterior a las codificaciones, vale la pena recordar en el siglo XVIII, el pensamiento de Pothier³⁷, que enfatiza los siguientes aspectos: a) el mandatario, que actúa en ejecución del mandato y dentro de sus límites, vincula directa e inmediatamente al mandante, como si éste hubiese celebrado el contrato personalmente, si informó al otro contratante de la existencia de su poder; b) el mandatario que actúa en nombre propio, también vincula a sí mismo; c) si el mandatario actúa fuera de los límites del mandato, el mandante puede desconocer sus actos quedándose vinculado el solo mandatario, o bien ratificarlos adhiriendo directamente los efectos.

34 V. las varias *allegationes* referidas por Toschi, Domenico, *Praticarum conclusionum iuris*, volumen VI, Roma, 1604, bajo las distintas voces correlatas al término *Procurator*.

35 Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1701, p. 354 (lib. 2, cap. 11, § 18, n. 1-2). Cf. en propósito Cappellini, Paolo, "Rappresentanza (diritto intermedio)", cit., pp. 451 a 452; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum*, cit., pp. 359 a 360.

36 Wolff, Christianus, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halae Magdeburgicae, 1750, II, cap. XI, *De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis*, § 553, p. 300; 14; Huber, Ulrik, *Praelectionum iuris civilis tomus tres*, ad tit. IX, lib. II, Lovanii, 1766, I, p. 163; Voet, Johann, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 45, t. 1, § 3, Coloniae Allobrogum, 1769, t. II, p. 741.

37 Pothier, Robert-Joseph, *Traité du contrat de mandat*, en : *Oeuvres*, VI, Paris, Siffrein, 1821, cap. III, sez. II nn. 87- 90 e 97.

Con referencia al concepto de representación aparente, una vez más se destaca la opinión de Bártolo³⁸. Al afrontar la solución de un caso concreto relativo al nombramiento de un factor de comercio, él explica lo que se debe entender como tal para que sus obligaciones vinculen también al representado. Al respecto Bártolo afirma que reviste la función de factor no solamente el que expresamente sea el encargado de la gestión de la actividad económica, sino también el que la administra públicamente por cuenta del titular, aunque no haya sido nombrado para hacerlo, porque genera en los contratantes una pública creencia que efectivamente ha recibido tal cargo. Por lo tanto, sus obligaciones incumplidas determinan la responsabilidad también del representado con base en una presunción de culpa, por haber elegido una persona inadecuada.

5. LAS EVOLUCIONES POSTERIORES EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS DE LOS SIGLOS XIX Y XX

A las vísperas de la codificación francesa de 1804, la ciencia jurídica estaba consciente que el fenómeno de la representación voluntaria encontraba su fundamento en el contrato de mandato: cuando el mandatario actuaba en nombre y por cuenta del mandante, dentro de los límites de su poder, los efectos de sus actos inmediata y directamente se reflejaban en la esfera jurídica de este último. A tal resultado se llega con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que lleva a la identificación de la del representante con la del representado. En el ámbito del mandato se inserta también el poder confiado al mandatario, destinado al conocimiento de los terceros, que deben aprender su contenido y límites, para que sus actos tengan eficacia directa para el mandante. Siempre al tratar este contrato, se regulan las consecuencias de la actuación del falso procurador y de la ratificación del titular del acto y la posibilidad que al mandatario no se le atribuya el poder de representación directa, de modo que el mismo se convierta en titular de los efectos de sus actos y luego los transmita al mandante.

Lo que acabamos de comentar, explica bien el por qué en los códigos civiles del siglo XIX, la representación voluntaria no se distingue del mandato, encontrando su disciplina al interior de este contrato, conforme a la tradición del derecho romano justinianeo, medieval y del penamiento iusnaturalista, mientras que a los códigos de comercio se deja la disciplina de las varias figuras de los mandatos comerciales.

En el Código Civil francés de 1804 poder y mandato se identifican y se definen como el acto con el que el mandante atribuye al mandatario la facultad de realizar algo en nombre y por cuenta del propio mandante (art. 1984). El contrato tiene carácter informal y se puede celebrar también mediante simple carta u oralmente y de manera tácita (art. 1985). Luego se dictan algunas reglas específicas sobre el contenido y los límites de un mandato general, la eficacia inmediata y directa de los actos del man-

38 Bartoli de Saxoferrato, *Consilia, Tractatus et Quaestiones*, Lugduni, 1533, *consilium* LXXIX, f. 22 va, nn. 2-3.

datario en la esfera jurídica del mandante, la responsabilidad del mandatario para los actos realizados fuera del mandato y la ratificación del *dominus* en caso de ausencia de un mandato o de un mandatario que actúe más allá de los límites del mandato (art. 1987 y siguientes). En todas estas reglas se revela una gran fidelidad a la tradición romanística.

Las disposiciones del Código francés influenciaron profundamente el antiguo Código Civil italiano de 1865 (arts. 1737 y siguientes) en el vigente Código Civil español de 1889 (arts. 1709 y siguientes).

No se diferencia mucho también la disciplina del otro gran modelo de codificación europea del siglo XIX: el Código Civil General austriaco (*ABGB*) de 1811. Falta la categoría general de la representación y su materia es tratada al interior del contrato de mandato en los §§ 1002 – 1034. Permanece la identificación entre poder y mandato, que es evidente, ya en su definición, en donde se observa una coincidencia de las dos nociones: el contrato, con el que alguien asume el cargo de llevar a cabo un acto en nombre de otro, se llama contrato de atribución del poder (*Bevollmächtigungsvertrag*, § 1002) mientras en los artículos que siguen, los términos empleados para indicar el mandato en que se fundamenta la representación, el mandatario y el mandante son los mismos que se utilizan para el poder (*Vollmacht*) el titular de las facultades que derivan de esto (*Gewalthaber*) y el que lo atribuye (*Gewaltgeber*). El uso indiferenciado de los términos se hace derivar de la combinación entre el carácter abstracto del poder y los efectos de la representación directa. También en el régimen jurídico relativo a la actividad del mandatario y sus efectos, el Código austriaco presenta muchas semejanzas con el francés.

En cambio, distinta es la evolución del ordenamiento alemán. Durante el siglo XIX en Alemania, la especulación jurídica llega a considerar la representación como una categoría unitaria independiente del mandato, en que se distinguen una relación interior entre representado y representante y una exterior entre este último y los terceros con los que lleva a cabo un acto. Como en toda especulación, esta teoría se afirma después de haberse confrontado con otras: la de la ‘cesión’ (*Zessionstheorie*) según la cual sólo el representante es parte del acto realizado, con la consecuencia de que se debe hacer referencia a él para la validez de los supuestos del acto y que sus efectos se producen únicamente en su esfera jurídica, pero con una obligación de transmitirlos en la del representado; y la de la ‘titularidad del negocio’ (*Geschäftsherrntheorie*) por la cual sólo el representado es parte del negocio llevado a cabo y únicamente a él se refieren sus supuestos de validez y sus efectos inmediatos, puesto que el representante tiene la función de mero transmisor de la voluntad ajena.

La teoría que prevaleció sobre todo gracias a exigencias comerciales, es conocida como *Repräsentationstheorie*, e implica una marcada separación entre el mandato y otras posibles figuras jurídicas, que reglamentan la relación interior entre representado y representante y el poder (*Vollmacht*) considerado como acto autónomo y abstracto,

destinado a valer en la relación exterior entre representante y terceros con los que actúa, e idóneo a reflejar la identidad entre representante y representado³⁹.

Al recibir la teoría de la representación, el Código Civil alemán (*BGB*) de 1900 incluye en su parte general, una sección (§§ 164 – 181) expresamente dirigida a regular en modo unitario y unívoco las relaciones entre el representado y los terceros. Se trata del título V del libro I, denominado *Vertretung und Vollmacht* (representación y poder) y contemplado en el ámbito más amplio de la disciplina del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*). En cambio, el mandato (*Auftrag*) y las figuras similares (como el contrato de gestión de un negocio, *Geschäftsbesorgungsvertrag*) en que se puede basar la relación entre representado y representante, se encuentran en el libro II al interior de los contratos típicos (§ 662 y siguientes).

También el Código suizo de las obligaciones prevé en primer lugar, un complejo de disposiciones sobre la representación en la parte relativa al contrato en general (arts. 32 – 40) y luego disciplina entre los varios tipos de contratos, el mandato y las distintas especies de mandatos comerciales (art. 394 y siguientes y 458 y siguientes).

Sistemáticas semejantes fueron adoptados por los vigentes códigos civiles italiano de 1942, portugués de 1966 y holandés de 1992. El primero se ocupa de la representación en tema de régimen general del contrato (arts. 1387 – 1400) poniendo la regulación de la relación interior entre representado y representante en el marco del mandato (arts. 1703 – 1730) los contratos de comisión, fletamento y agencia (art. 1731 y siguientes) siempre en el libro cuarto sobre las obligaciones y el nombramiento como factor de comercio (*preposizione institoria*) en el libro quinto dentro de la materia comercial (arts. 2203 y siguientes). Aún más fiel al modelo alemán, es el Código portugués, en que la normativa sobre la representación se encuentra en la parte general relativa al negocio jurídico (artt. 258 – 269) mientras que se ubica la disciplina del contrato de mandato en el libro segundo entre los contratos típicos (arts. 1157 – 1184). El Código holandés inserta la representación en su libro tercero en tema de las reglas generales del derecho patrimonial (arts. 3:60 – 3:67) y el mandato en el libro séptimo junto con la agencia y otras figuras de mandatos comerciales (arts. 7:414 ss.).

A pesar de la distinta impostación sistemática, las disposiciones de estos últimos ordenamientos en materia de representación, se presentan en muchos puntos parecidas a las de los ordenamientos de tradición francesa, que indicamos arriba. A tal propósito, cabe mencionar que en Francia, la recién reforma del Código Civil en materia de disciplina general del contrato y de las obligaciones, vigente desde el 1 de octubre de 2016, determinó en una cierta medida, un acercamiento del modelo francés al alemán⁴⁰. Con

39 Cf. Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, cit., pp. 454 a 456, con más bibliografía.

40 La reforma se aprobó con la Ordenanza n. 2016- 131 del 10 de febrero de 2016, ratificada por la ley n. 2018 – 287 del 20 de abril de 2018, destinada a entrar en vigor el 1 de octubre del mismo año. En tema de representación voluntaria esta ley modificó en parte el solo art. 1161.

ella, se introdujeron nuevos artículos (1153 – 1161) en la parte general del contrato, dirigidos a reglamentar en vía unitaria el fenómeno de la representación voluntaria, incluyendo normas para regular la relación exterior entre representado y terceros. Otras, en cambio, hacen referencia a la relación interior entre representado y representante, retomándolas del régimen del mandato, al que no se hizo ninguna modificación.

En el sistema de *common law* inglés no se elaboró un concepto general de representación como en la ciencia jurídica de la Europa continental durante el siglo XIX. En cambio, se habla de *agency* para indicar la relación que se instaura entre un *principal* y un *agent* con base en un acuerdo entre ellos, por el cual el primero otorga al segundo el poder (*authority*) de realizar uno o más actos por su cuenta. En ello se consideran incluidos también a todos los actos accesorios para la ejecución del cargo. Históricamente la *agency* nació y fue reconocida por la jurisdicción del *equity*, de la que era titular el Canciller del rey, que hasta la reforma de Enrique VIII en el siglo XVI, era nombrado entre los eclesiásticos de formación jurídica continental. Por lo tanto en un origen, la institución fue relacionada con esta última tradición y no distinguió el perfil externo de las relaciones entre representado y terceros y el interno entre representado y representante. Sin embargo, su desarrollo parcialmente fue distinto.

La figura del *agent* tiene un carácter general, pues en ella se incluyen no solamente las del representante y del procurador de los ordenamientos continentales, sino también las que derivan de los varios tipos de mandatos comerciales (comisionario, fletador, factor de comercio). Para que el *agent* produzca efectos directos e inmediatos en la esfera jurídica del *principal*, es suficiente que su actividad se lleve a cabo en el interés de éste, sin necesidad de indicar su calidad de representante de otro y sobre todo, sin necesidad de informar a los terceros de la atribución de los poderes de representación. Si el *agent* está desprovisto y actúa como *falsus procurator*, de sus actos, no se crea un vínculo entre el *principal* y el tercero, a menos de una ratificación, que tendría un efecto retroactivo. En caso contrario, surgiría una responsabilidad del *agent* sin poderes para no haber garantizado la existencia y los límites de la *authority*, que lo obligaría a cumplir hacia el tercero o bien a resarcirlo de los daños ocasionados por su incumplimiento⁴¹.

Por último un breve comentario al fenómeno de la representación (o poder o mandato aparente)⁴². En muchos sistemas no se incluyó en los códigos civiles, pero fue recibida

41 Para una panorámica general de los ordenamientos europeos actuales en tema de representación véanse: Ranieri, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*², Wien – New York, Springer, 2003, pp. 219 a 271; Kötz, Heinz, Patti, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*², Milano, Giuffrè, 2017, pp. 480 a 504; Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., pp. 262 a 300. Con referencia al francés, español e inglés agréguense también Chénéde, François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 45 a 49; Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*¹⁹, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 550 a 557; Cartwright, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*³, Oxford – Portland, Bloomsbury, 2016, pp. 243 a 244.

42 Como principales referencias doctrinales me permito renviar a los autores mencionados en la nota al pie anterior.

con base en otras disposiciones codificadas, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Así pasó en Francia, en donde la Corte de Casación creó el instituto del mandato aparente por medio de una interpretación extensiva del contenido del artículo 1998 del Código relativo a las obligaciones del mandante. Luego, con la reforma de 2016, se previó explícitamente una norma, el artículo 1156, 1º apartado, en donde se regula el caso del representante aparente.

En Alemania e Italia para la introducción del instituto, se hizo referencia al principio de buena fe y a específicas previsiones normativas. En el primer ordenamiento, se utilizaron los §§ 170 – 172 en tema de representación y poder y el § 56 del Código de Comercio sobre el encargado a una actividad comercial, para distinguir un “*poder tolerado*” (*Duldungsvollmacht*) que tiene lugar cuando el representado permite a alguien actuar como su representante (aunque no lo sea) o bien fuera de los límites del poder, suscitando la confianza de los terceros y un “*poder aparente*” (*Anscheinsvollmacht*) en sentido estricto, en que el representado no sabía que alguien actuaba como su representante o fuera de los límites del poder, pero debería saberlo según la normal diligencia. En ambos casos el poder se considera como atribuido efectivamente con consecuente responsabilidad del representado. En Italia, se tomaron como fundamento los artículos 534, 2º ap., 1189, 1º ap., y 1415 del Código Civil, que se refieren en el orden, a los derechos de los terceros en buena fe hacia el heredero aparente, al pago en buena fe al acreedor aparente y a la ineficacia de la simulación para quienes adquirieron en buena fe un derecho del titular aparente. Según otra orientación, la base normativa de la representación aparente sería el artículo 2043 sobre la responsabilidad extracontractual.

El ordenamiento español reconoce esta figura de representación gracias a la interpretación que hizo la Suprema Corte, de los artículos 1734 y 1738 del Código Civil sobre la ineficacia de la revocación del mandato y la validez de los actos del mandatario, que ignoraba la muerte del mandante u otra causa de cesación del mandato.

Después de la celebración del Convenio de Ginebra de 1983 sobre la representación en las ventas internacionales de bienes muebles (*Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods*) cuyo artículo 14, 2º ap., regula expresamente el fenómeno de la representación aparente, otros ordenamientos europeos optaron para su previsión normativa explícita. Por ejemplo, en Portugal el instituto penetró por medio del artículo 23 del Decreto legislativo en tema de contrato de agencia, mientras que en Holanda se puso en el artículo 3.61, 2º ap., del Código civil de 1992.

La categoría es conocida también en el *common law* inglés (*apparent authority*) reconociendo al contratante con el representante aparente, un remedio procesal (*estoppel by conduct*) para oponerse al representado, que luego de haber ocasionado con su comportamiento el convencimiento que efectivamente el representante tuviera el poder de realizar el acto, reclame su ineficacia por la ausencia del poder.

6. LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE - DCFR)

El último importante proyecto europeo de armonización/ unificación del derecho contractual europeo, en que se prevé también la materia de la representación, es el *Draft Common Frame of Reference of the European Private Law (DCFR)*, cuya redacción definitiva fue publicada en 2009⁴³. A pesar de que quedó como un simple proyecto y nunca fue aprobado por parte de la Unión Europea ni los países miembros, su rápido análisis nos demuestra la existencia, por lo menos en una perspectiva futura, de un 'bloque' de disposiciones comunes, que intentan ser una síntesis de los distintos ordenamientos y al mismo tiempo, un modelo para sus acercamientos. Sin duda puede afirmarse que dichas disposiciones forman una tendencia consolidada del derecho contractual europeo que en su realización, pudo aprovechar la aprobación del Convenio de Ginebra en tema de agencia mencionado en el encabezado anterior y la redacción de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales de 1994 y 2004.

En vía preliminar, aún cabe destacar que las normas del *DCFR*, conforme a estos dos instrumentos internacionales, se limitan a regular solamente la materia de la representación en sus relaciones con los terceros, sin preocuparse de la relación interna entre representante y representado (artículo II. - 6: 101)⁴⁴. El capítulo sexto del libro II distingue la representación directa o perfecta (artículo II - 6:105) y la indirecta o imperfecta (artículo II. - 6:106) pero tratándolas conjuntamente⁴⁵. En ambos casos,

43 Para su comentario cf. von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009, pp. 3 a 47; Petrucci, Aldo, *Il Progetto di "Quadro comune di riferimento (DCFR)*, en: Luchetti, Giovanni, Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, Pàtron, 2010, pp. 11 a 29. Ya la versión provisoria del Proyecto, publicada en 2008, fue objeto de comentarios y críticas: véanse por ej., Alpa, Guido, Conte, Giuseppe, "Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire", en: *Rivista di Diritto Civile*, n.54, Padova, 2008, pp. 141 a 143; Zimmermann, Reinhardt et al., "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme", en: *Juristen Zeitung*, n. 63, Tübingen, 2008, pp. 529 a 550.

44 Art. II. - 6:101, ap. 1 y 3: (Scope). (1) *This Chapter applies to the external relationship created by acts of representation - that is to say, the relationship between: a) the principal and the third party; and b) the representative and the third party...* (3) *It does not apply to the internal relationship between the representative and the principal.*

45 Art. II. - 6:105: (When representative's act affects principal's legal position). *When the representative acts: a) in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal; and (b) within the scope of the representative's authority, the act affects the legal position of the principal in relation to the third party as if it had been done by the principal. It does not as such give rise to any legal relation between the representative and the third party;* art. II. - 6:106: (Representative acting in own name). *When the representative, despite having authority, does an act in the representative's own name or otherwise in such a way as not to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal, the act affects the legal position of the representative in relation to the third party as if done by the representative in a personal capacity.*

pese la imputación inmediata o no al representado de los efectos de la actividad del representante, se le impone a este último el deber de comunicar a los terceros de cualquier forma, su situación de persona que actúa por cuenta de otro.

Luego se regulan el poder (*authority*) que constituye el fundamento y el contenido de la representación (artículo II.- 6: 104) su forma (artículo II. - 103, ap. 2º) y extensión a los actos accesorios (artículo II. - 6: 104, ap. 2º) y las consecuencias, que derivan de la actividad del falso procurador, sin distinguir si eso depende de la ausencia total de poder o bien por no respetar sus límites (artículo II - 6:107). Siguen la disciplina de la ratificación por parte del representado falsamente (artículo II.- 6: 111) y la reglamentación de las situaciones de representación aparente (artículo II. - 6:103, ap. 3º)⁴⁶.

En una evaluación global de la normativa del *Draft*, si por un lado, tuvo importancia la praxis seguida en el mundo de los negocios internacionales, que se expresa en el Convenio de Ginebra y los Principios UNIDROIT, es indudable por el otro, el papel que jugó el complejo de disposiciones, que se remontan históricamente a la tradición jurídica europea con raíces en la codificación de Justiniano.

7. CONCLUSIONES

Como se puede apuntar de lo que acabamos de decir, en la tradición jurídica europea, la formación de una categoría unitaria de la representación voluntaria fue lenta y progresiva, partiendo de la herencia del derecho romano y afirmándose al término de un largo proceso histórico, cuyas etapas esenciales se pueden resumir así:

- A. En el derecho romano arcaico que surge para las exigencias de una sociedad agrícola poco desarrollada, no estaba admitido realizar actividades jurídicas mediante un representante voluntario, que no fuese un miembro de la familia sujeto a la potestad del *pater*. También en este caso, la representación funcionaba en modo imperfecto, pues sólo los créditos y las ventajas de la actividad del representante se adquirían inmediatamente en el patrimonio del potestad habiente.
- B. Desde el final del siglo III a.C., Roma pasa a ser una economía mercantil, que determina el nacimiento de un sistema más articulado y complejo de la representación voluntaria en la gestión de patrimonios y negocios, así como la creación

It does not as such affect the legal position of the principal in relation to the third party unless this is specifically provided for by any rule of law. Para un análisis más detallado cf. von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., pp. 205 a 209.

- 46 Art. II. - 6:10, ap. 3: *If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that a person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative.*

de remedios que tutelén también a los acreedores que habían contratado con las personas de la familia sujetas a potestad. Así surgen las figuras del procurador general y especial; el mandatario especial y general; el representante comercial (comandante de una nave o bien factor de comercio) y en el edicto del pretor se introducen las acciones adyecticias a favor de los acreedores.

- C. Con el I siglo d.C. se difunden los representantes comerciales y no comerciales libres que no están bajo la potestad del *pater*, que en muchas ocasiones no pertenecen al núcleo familiar. Se precisan los conceptos de falso procurador, gestor de negocios y se denota un primer germen en la idea moderna de tutelar a los terceros contratantes, en presencia de situaciones de representación aparente.

En el derecho romano justiniano, aunque permanecen la pluralidad de figuras de representante voluntario que derivan de las fuentes clásicas, son evidentes los primeros esfuerzos de racionalizar la materia, al distinguir entre procurador, cuya actividad siempre se relaciona a un mandato y el gestor de negocios, que lo hace sin haber recibido el correspondiente poder. Se va favoreciendo paulatinamente la idea que se puede negociar mediante otras personas libres y extrañas a la familia.

- D. En la tradición jurídica medieval una contribución esencial a la construcción y difusión general de la figura de la representación directa se debe a los juristas del *ius commune*, que llegan a reconocer la eficacia inmediata en la esfera jurídica del representado, de los actos del representante que los ha realizado dentro de los límites del poder otorgado con un mandato, operando una conexión entre los dos conceptos. Durante los siglos XVII y XVIII un impulso ulterior hacia la afirmación de una categoría general de la representación proviene de las corrientes del iusnaturalismo.
- E. Los ordenamientos europeos del siglo XIX tratan la representación en el ámbito de la disciplina del contrato de mandato, siguiendo las huellas de la tradición romanística. Solamente en Alemania la ciencia jurídica logra edificar una categoría unitaria de la representación, al separarla del mandato y distinguiendo en ella una relación externa fundamentada en el poder y otra interna con base en una relación contractual (o bien negocial) entre representado y representante.
- F. El Código Civil alemán de 1900 acepta las enseñanzas de la ciencia jurídica nacional, contemplando en su parte general, la representación e influyendo en mayor o menor medida, las codificaciones europeas posteriores.
- G. A nivel de derecho contractual europeo, el Proyecto de un Marco Común de Referencia (DCFR) tiene en consideración como modelo prevalente, el alemán, y al mismo tiempo, se adecua a las opciones de sistemática y contenido hechas por el Convenio de Ginebra de 1983 y los Principios UNIDROIT.

FUENTES DE CONSULTA

- Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*¹⁹, Madrid, Dykinson, 2013, 884 pp.
- Alpa, Guido, Conte, Giuseppe, “*Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell’Acquis communautaire*”, en: *Rivista di Diritto Civile*, n.54, Padova, 2008, 3 pp.
- Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1965, 210 pp.
- Von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009, 650 pp.
- Bruglio, Filippo, *Studi sul procurator*, I, *L’acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, Giuffré, 2007, 635 pp.
- Bussi, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1937, I, 390 pp.
- Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffré, 1987, 18 pp.
- Cartwright, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*³, Oxford – Portland, Bloomsbury, 2016, 360 pp.
- Cerami, Pietro, “*Introduzione al diritto commerciale romano*”, en: Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo: *Diritto commerciale romano. Profilo storico**, Torino, Giappichelli, 2010, 337 pp.
- Chénéde, François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, 90 pp.
- Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, Giuffré, 2008, 387 pp.
- Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* I, Napoli, Jovene, 1999, 446 pp.
- Kötz, Heinz, Patti, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffré, 2017, 576 pp.
- Martini, Remo, “*Mandato nel diritto romano*”, en: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, n. 11, Torino, UTET, 1994, 8 pp.
- Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, Giuffré, 2008, 435 pp.
- Miceli, Maria, “*Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*”, en: *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n. 53, Napoli, 2002 (publicado en 2005), 119 pp.
- Nicosia, Giovanni, “*Gestione di affari altrui (storia)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 18, Milano, Giuffré, 1969, 8 pp.
- Petrucci, Aldo, *Il Progetto di “Quadro comune di riferimento (DCFR)”*, en: Luchetti, Giovanni, Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, Pàtron, 2010, 316 pp.

Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino, Giappichelli, 2018, 417 pp.

Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015, 416 pp.

Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori* I, Torino, Giappichelli, 2007, 267 pp.

Provera, Giuseppe, “Mandato (storia)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 25, Milano, Giuffré, 1975, 9 pp.

Quadrato, Renato, “Rappresentanza (diritto romano)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffré, 1987, 12 pp.

Ranieri, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien* 2, Wien – New York, Springer, 2003, 709 pp.

Serrao, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, Jovene, 2006, 404 pp.

Zimmermann, Reinhardt et al., “Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme”, en: *Juristen Zeitung*, n. 63, Tübingen, 2008, 22 pp.

