

La llamada representación indirecta

The Practice Known as Indirect Representation

por

PROF. DR. JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
Universidad de Alcalá

RESUMEN: Se pretende reflexionar en este trabajo sobre las posibilidades dogmáticas y prácticas de lo que se ha venido conociendo como representación indirecta, para concluir que es institución que debe rechazarse. Pero se reconoce la conveniencia de que, en ocasiones, el representado o interesado en el negocio se mantenga oculto, y se sugiere que para satisfacer esta demanda se acuda al contrato para persona a designar que llena los mismos cometidos que la institución rechazada sin sus inconvenientes teóricos y prácticos.

ABSTRACT: *This paper voices some reflections on the possibilities, in established thought and in practice, of what has come to be known as indirect representation. The conclusion is that indirect representation is a practice that should be quashed, although it is recognized as sometimes being an advantageous means of keeping the principal party or person concerned in a business dealing concealed. This demand, it is suggested, should be satisfied using contracts for as-yet unnamed nominees, which accomplish the same purpose as indirect representation without any of the theoretical or practical drawbacks.*

PALABRAS CLAVE: Representación indirecta. Contrato para persona a designar.

KEY WORDS: *Indirect representation. Contract for an as-yet unnamed nominee*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SIGNIFICADO TRADICIONAL DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.—III. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1717: LAS COSAS PROPIAS DEL MANDANTE.—IV. INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA TEORÍA TRADICIONAL EXPUESTA.—V. OPINIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Es pacífica la afirmación de que mediante el instrumento jurídico de la representación, los efectos jurídicos del negocio representativo, esto es, el que celebra el representante con el tercero, se desplazan directamente al patrimonio del representado. Pero parece ser que, al menos entre nosotros, es menos seguro determinar cuál sea la esencia del instituto. Tradicionalmente se ha pensado que consistía en la *contemplatio domini* o actuación inequívoca en nombre de otro, bien porque así lo manifestaba expresamente el representante, bien porque así se infería de signos externos concluyentes: *contemplatio ex re* (las cosas propias del mandante del artículo 1717, II, CC.), o *contemplatio ex facti circumstantiis* (por ejemplo, la actuación del factor notorio prevista en el artículo 286 del C. de C.). Sin embargo, autores tan prestigiosos como GULLÓN o Díez-PICAZO han mantenido que lo que caracteriza a la representación es la gestión del interés del representado, ya se produzcan los efectos del negocio representativo directa o indirectamente en la esfera del representado¹. La respuesta que se dé a esta cuestión es decisiva para la aceptación del instituto del que pretendo ocuparme en este trabajo: la llamada representación indirecta. Porque en esta, el representante podrá obrar en interés del representado pero desde luego actúa en su propio nombre, en su relación con el tercero, de suerte que el tercero ni sospecha que el interesado en el negocio puede ser persona distinta de aquella con quien está contratando. Nadie sabe que está gestionando el interés de otro porque él oculta su cualidad de representante. Por tanto, si la esencia de la representación estriba en la actuación en nombre de otro, es llano que el representante indirecto no es representante, ni puede admitirse la sedicente figura. Pero si lo que caracteriza al instituto es la actuación por cuenta o interés de otro, entonces bien puede admitirse la figura que estudiamos.

2. La verdad es que no deja de sorprender que se haya planteado en Derecho español —especialmente en la doctrina—, este tema de la representación indirecta, que no parece haya preocupado fuera de España, como veremos más

adelante. Y es que, al pronto, uno está tentado de decir: o es representación o es indirecta, pero las dos cosas no puede ser. Si el agente actúa en representación de otro, habrá representación; y si no actúa en representación de otro, no habrá tal cosa. Pero pretender que hay representación aunque se obre en nombre propio provoca cierto sobresalto.

Acaso el origen de tan singular preocupación, como es la de buscar vías para que los efectos jurídicos de un negocio se desplacen al patrimonio de una persona que no intervino en él ni por sí ni por representación conocida o al menos conocible, se halle en el artículo 1717 del Código español. En efecto, el pensamiento doctrinal del siglo XIX sobre la materia era claro: el mandatario obraba siempre en representación del mandante, y el comisionista lo hacía en nombre propio². Tal era la regulación del Código francés (art. 1984) y tal la que adoptó el Código español. Pues bien, dentro de una regulación en que el mandato siempre es representativo, nos sorprende el artículo 1717 al prever que el mandatario puede obrar en su propio nombre, hipótesis difícil de explicar porque en la mentalidad del Código es como negar que exista mandato. Y en coherencia con esa mentalidad, ordena que en semejante caso no haya vínculos entre mandante y tercero. Obvio: es una perogrullada. Pero, ¿a qué viene semejante previsión? Desde luego en el Proyecto de 1851 el precepto de marras no tenía equivalente, y MANRESA afirma que tampoco se hallan precedentes en las leyes de Partidas³.

3. Como decía, hasta donde sé, en otros ordenamientos jurídicos no es tema que preocupe. Indicaba que para el Código francés el mandato siempre es representativo, de modo que no se concibe que el mandatario pueda actuar en nombre propio: en virtud del mandato, el mandante «*donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*» (art. 1984). El Código italiano distingue claramente *mandato con rappresentanza* (art. 1704) y *mandato senza rappresentanza* (art. 1705): en el primero funciona la eficacia directa sobre el representado; en el segundo, es el mandatario el que adquiere derechos y obligaciones, sin perjuicio, como es normal, de la ley del mandato en cuya virtud, «*el mandante può esercitare i diritti di credito derivanti dal l'esecuzione del mandato*» (art. 1705). Pero tampoco se encuentra referencia alguna a esa peculiaridad de actuar en nombre propio y querer que el negocio con el tercero sea eficaz para el principal. Tampoco encontramos semejante pretensión de heteroeficacia en el Código alemán: «...Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio» (art. 164, II).

Suele afirmarse que en el Common Law existe la posibilidad de que quien actúa *nomine proprio* pueda vincular el patrimonio de su principal (*undisclosed principal*)⁴, pero creo que esta posibilidad tiene poco que ver con el reconocimiento de la representación indirecta. Lo que se admite en Derecho inglés es que la revelación postrera del actuar por cuenta de otro —y concurriendo algu-

nos requisitos— faculte al tercero para estimar obligado bien al agente bien al principal⁵. Pero semejante previsión más parece una sanción que otra cosa: para proteger al tercero a quien se estima víctima de una actuación poco fiable se le concede esa alternativa, y bien entendido que una vez realizada la opción ya no cabe vuelta atrás. Esta solución casa muy bien con el utilitarismo anglosajón, pero desde luego resulta de difícil explicación dogmática porque no es fácil de entender que la eficacia de un negocio dependa de un hecho postrero a su celebración y que no fue objeto de consentimiento, como es el de la elección de una de las partes. Desde luego, entre nosotros, los defensores de la representación indirecta no piensan de ninguna manera que la actuación del mandatario sea ilícita, ni siquiera parcialmente, como para dar lugar a una sanción.

Finalmente, tampoco parece que los Principios de Derecho Europeo de Contratos, aludidos en nota 4, vayan a favor de la singularidad que significa actuación en nombre propio pero eficacia para otro, con quebranto del viejo brocardo *alteri stipulari nemo potest*. El esquema diseñado en los artículos 3.301 a 3.304 de los PECL sigue el criterio tradicional: agente y tercero son los que quedan vinculados, sin perjuicio de algunas excepciones que ni de lejos tienen que ver, en rigor, con el instituto de la representación indirecta, aunque así la llamen: en primer lugar esas excepciones —que nunca pueden perjudicar al tercero— son casos de sustitución procesal más que otra cosa porque bien a las claras se dice que el principal puede realizar los derechos adquiridos por el intermediario —luego son de este, no del principal—, y, además, es evidente también el carácter sancionador de la excepción⁶.

4. Dicho lo anterior, hay que reconocer —y probablemente ahí radica la razón del esfuerzo de los autores que reconocen la representación indirecta, en sentido verdadero, esto es, como verdadera representación, causante de efectos inmediatos en el patrimonio del representado—, hay que reconocer, digo, que existe una necesidad real que puede ser satisfecha con el mecanismo que estudiamos. En efecto, bien puede suceder, y cualquiera con alguna experiencia práctica lo confirma, que un contrato solo pueda llegar a celebrarse si se oculta la personalidad de uno de los contratantes, o al menos cerrarse en condiciones determinadas: un vendedor nunca vendería la cosa a su enemigo aunque sí a otra persona; o un vendedor exigiría más precio del razonable si sabe el interés particular de quien aparece como su comprador potencial, precio que se rebajaría si fuera otro el comprador; en fin, son infinitas las hipótesis en que el negocio solo se celebraría si se ocultaran determinadas circunstancias personales que concurren en uno de los contratantes. De ahí que resulte muy práctico que aparezca otra persona como contratante. Sin embargo, creo que puede satisfacerse esa necesidad por otra vía, según intentaré mostrar en la última parte de este trabajo. Intentarlo mediante el reconocimiento de la pretendida representación indirecta supone forzar la dogmática jurídica más de lo conveniente. Es claro que la dogmática debe estar al servicio del tráfico jurídico y no al revés, pero,

primero, el respeto por la dogmática es más útil y práctico de lo que puede parecer, y, segundo, es que normalmente suele ser posible transitar por otros caminos menos rompedores.

II. EL SIGNIFICADO TRADICIONAL DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

1. Pretendo en este epígrafe recordar lo que se viene entendiendo tradicionalmente —y creo que aún ahora mayoritariamente— por representación indirecta, aunque como se irá exponiendo tengo mis reparos a semejante concepto porque no creo más que en una representación. La llamada indirecta no es representación. Sin embargo, como se trata de que nos entendamos, a partir de ahora aceptaré la denominación y su significado tradicional que, es bien sabido, consiste en que como el mandatario o representante oculto actúa no como representante sino en su propio nombre, sobre su patrimonio se anudan los efectos del negocio representativo que ha celebrado con el tercero. Y será menester que luego, y en cumplimiento de sus obligaciones como mandatario, celebre otro negocio con el mandante para derivar a su patrimonio los efectos del negocio representativo.

Ya desde el Derecho Romano, si el que gestionaba los asuntos de otro, bien en virtud de un cargo familiar, bien en virtud de negocio, bien como gestor sin mandato, concluía un contrato en interés del otro, el único medio de que los resultados prácticos de ese contrato se trasladasen a la esfera del interesado era a través de un nuevo negocio, que habría de celebrarse entre gestor e interesado⁷. Y así se ha entendido el artículo 1717, que expresa: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante.

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. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

La cosa está clara: cada cual vincula su propio patrimonio. Si el mandatario actúa en su nombre, él es el que adquiere derechos y obligaciones frente al tercero. La letra de la ley no creo que permita otra interpretación. La referencia a «no tener acción» no puede tener segundas intenciones. La acción es una consecuencia del derecho subjetivo, de manera que tener o no tener acción vale como tener o no tener derecho. Y tampoco me parece que tenga mayor alcance el reconocimiento legal de que «el asunto no es personal» del mandatario: evidentemente, no es personal suyo, pero lo que desconocemos es si ello tiene alguna relevancia: porque lo que todavía no sabemos con seguridad es si, como

advertía al principio, la esencia de la representación consiste en la actuación en nombre de otro o en la actuación en interés de otro, que es lo mismo que reconocer que el «asunto no es personal suyo». Insisto: esta era la interpretación tradicional que no ha sido modificada, ni mucho menos, sin perjuicio de alguna vacilación, que veremos. Vale la pena transcribir el brillante resumen de la cuestión que hacía la STS de 17 de diciembre de 1959 (marginal de Aranzadi 1960/1209), cuyo ponente fue un jurista prestigioso, Francisco Bonet Ramón:

«Que desintegrado el concepto del Código Civil francés sobre el mandato en dos figuras autónomas, la interna de gestión —mandato— y la externa de representación directa —poder— pueden darse los siguientes supuestos: Primero. El complejo —mandato y poder unidos—, aunque instituciones independientes, conexas en su nacimiento e interferidas en sus efectos; Segundo. El simple poder sin mandato, esto es, la representación directa, principalmente voluntaria, que no obedece a un mandato en sus relaciones internas entre dominus y procurator; y Tercero. El simple mandato sin poder, mandato puro, exento en absoluto de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su nombre, si bien por cuenta y encargo de su mandante... Que en el mandato sin poder, el titular único de las relaciones jurídicas de los actos realizados con los terceros es el mandatario, gravitando sobre su patrimonio las obligaciones contraídas, así como forman parte del mismo los derechos adquiridos, aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas».

2. Resumida la doctrina tradicional, el punto más complicado es el aludido en el inciso final de la sentencia antes transcrita: «...aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas». Como el agente actúa en su propio nombre, sobre su patrimonio se anudan los efectos del contrato que celebró con el tercero. Y como se halla vinculado por contrato de mandato con su mandante, está obligado a derivar hacia el patrimonio de este aquellos efectos que provisionalmente se habían desplazado sobre el suyo. Si el mandatario compró una cosa por cuenta del mandante, aquella se encuentra en el patrimonio del primero, pero el destinatario de la misma ha de ser el mandante, por virtud de la ley del mandato; pero, ¿cómo se la hace llegar?

La doctrina aborda estas cuestiones distinguiendo los dos casos paradigmáticos en la problemática de la representación indirecta: el mandato para enajenar y el mandato para adquirir. Examinemos ambos supuestos, porque las soluciones son aplicables *mutatis mutandis* para otros negocios jurídicos que pueda

concertar el agente que actúa en su propio nombre pero por cuenta o interés de su mandante.

En el mandato para enajenar el dueño encomienda a su agente que venda una cosa de su propiedad, si bien en esa venta aparecerá como vendedor el agente o mandatario que será quien concierte la compraventa con el tercero. Pero al final de lo que se trata es de que la cosa llegue a la posesión del comprador o tercero, y de que el precio que este pagó llegue al dueño o mandante. ¿Y cómo se consigue esto? NÚÑEZ LAGOS sostiene que, en primer lugar, el dueño ha de hacer una venta o donación simulada a favor del agente, de suerte que este ya queda legitimado para actuar en el tráfico jurídico, y puede vender al tercero. Sería una simulación relativa porque el negocio disimulado es el mandato inter partes⁸. ALFARO resuelve el problema con apoyo en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1717 —que se trate de cosas propias del mandante—, de la que luego nos ocuparemos, y en consecuencia estima que a pesar de que el gestor actúa en propio nombre, la cosa se transmite directamente del dueño al tercero por disposición legal⁹. JORDANO acude al negocio fiduciario: el dueño transmite la cosa *fiduciae causa* al agente, a los meros efectos de que pueda transmitirla a su vez al tercero¹⁰. Finalmente, ALBALADEJO separa efectos reales y efectos obligacionales, de suerte que la transmisión de la cosa es directa, pero las obligaciones se trenzan entre agente y tercero¹¹.

No puede negarse la artificiosidad de las soluciones propuestas y, en mi opinión, su escaso poder de convicción. Sin entrar en una crítica pormenorizada, muy tediosa, baste pensar en las posibilidades reales de inscribir en el Registro de la Propiedad, primero, la transmisión, sin causa o con una causa no reconocida legalmente, del dueño al agente y luego la segunda, del agente al tercero, sin causa porque no recibe el precio y con él la contraprestación: obviamente, el dinero será para el mandante.

En el mandato para adquirir, los problemas son semejantes. GULLÓN resume el núcleo del problema: en alusión a la necesaria transmisión que habrá de hacer el gestor a favor de su mandante, en cumplimiento de la ley del mandato, después de haberla adquirido del tercero, «¿a través de qué cauce jurídico que no sea una compraventa simulada es posible realizarla?»¹². Como veremos más adelante, este autor y otros cortan por lo sano identificando representación indirecta y representación directa. La jurisprudencia resuelve la cuestión de la eficacia del mandato representativo oculto, imponiendo al mandatario que obra en su propio nombre la obligación de otorgar un segundo documento por cuya virtud se transmita al mandante las cosas adquiridas por su encargo e interés, pero no en su nombre. Solución que evidentemente puede aplicarse *mutatis mutandis* cuando el negocio representativo sea distinto que el de compraventa¹³. El Tribunal Supremo, en las resoluciones abajo indicadas, habla de documento en que se reconozca la propiedad del mandante, de escritura de reconocimiento, etc., y suele afirmar que la causa de este segundo negocio jurídico mediante el

que el gestor cumple con la obligación interna que tenía con su mandante es cabalmente la *causa mandati*. Pero de nuevo el artificio no resulta convincente. La *causa mandati* identifica un contrato muy preciso, el de mandato. Pero que también sirva para identificar un contrato traslativo de dominio ya es más que discutible. También GULLÓN¹⁴ admite esa llamada escritura de reconocimiento, aunque en otro sentido, que examinaremos más adelante. Para este autor tal escritura tendría un valor meramente declarativo por cuanto entiende que el mandante adquiere directamente, de modo que con la escritura de lo que se trata es simplemente de dejar las cosas claras y sobre todo —añado yo— de cumplir la ley del tracto sucesivo y permitir el acceso al Registro. Pero en el sentir de la Jurisprudencia, la escritura tiene carácter constitutivo por cuanto a su través se transmite la propiedad del gestor o mandatario a su mandante.

Hasta aquí la doctrina tradicional sobre la llamada representación indirecta: los efectos se producen en el patrimonio del agente pero luego este ha de realizar un segundo negocio para derivarlos al patrimonio del representado. Y las expuestas son las soluciones ofrecidas para explicar ese segundo traslado a que obliga el contrato de mandato celebrado entre mandante y mandatario.

III. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1717: LAS COSAS PROPIAS DEL MANDANTE

Recordemos que el precepto transcrito contenía una excepción: Exceptuáse el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Varios son los temas que surgen al hilo de este precepto. Ya he manifestado más arriba la perplejidad que provoca este artículo al ordenar algo tan perfectamente superfluo como decir que si el mandatario obra en su nombre, es él y nadie más el obligado por el negocio. No obstante al estar ubicado dentro del título dedicado al mandato (a la representación), ha permitido a doctrina y jurisprudencia hablar de representación indirecta, como si este artículo le hubiese dado carta de naturaleza. Y aún se han complicado más las cosas con la excepción transcrita porque resulta que, en ese caso, parece ser que la actuación del agente equivale al mecanismo de la representación directa: queda abierta la puerta para reconocer eficacia directa a la actuación *nomine proprio*, y es sabido que, con frecuencia, el portillo angosto termina convirtiéndose en espaciosa entrada. Y así, un sector doctrinal del máximo prestigio ha venido a reclamar la misma eficacia ya se trate de una u otra modalidad de representación. En lo que sigue, intentaré mostrar cuál es, en mi modesta opinión, el verdadero alcance y significado de esta excepción.

A. Ante todo, hay que identificar el supuesto: ¿de qué estamos hablando? ¿Qué quiere significar el Código con la expresión «cosas propias del mandante»? Caben dos interpretaciones. La que podemos denominar amplia —y que cuenta con apoyo jurisprudencial—, entiende que la expresión valdría como «asuntos

propios del mandante»¹⁵. En cambio, hay otra interpretación estricta que prefiere la lectura literal porque como por hipótesis siempre estamos ante un asunto del mandante o representado, con esta interpretación extensiva la excepción se habría convertido en regla general, como indica Díez-PICAZO¹⁶. Si se mantiene la lectura literal del precepto, entonces el único caso previsto en este inciso del artículo 1717 sería el del llamado mandato para enajenar¹⁷.

Yo me inclino, sin embargo, por la teoría amplia. Veamos. Probablemente la clave para la correcta interpretación del inciso que nos ocupa se halle en la justificación o explicación del mismo. ¿Por qué si las cosas pertenecen al mandante, este queda vinculado aunque el mandatario o representado haya actuado en su propio nombre? La explicación que ofrecen los partidarios de la interpretación estricta no convence: se suele decir que es muy lógico que el Código vincule en el caso al mandante por cuanto al ser el propietario de la cosa enajenada, su intervención es indispensable para transmitir el dominio, lo que no podría hacer el mandatario actuando *nomine proprio* por carecer de la cualidad de dueño. La explicación me parece equivocada. En primer lugar, tan necesaria es la actuación del propietario para transmitir la cosa, esto es para afectar su patrimonio, como para la eficacia de cualquier otro acto jurídico que también afecte su patrimonio, aunque no sea acto dispositivo sobre cosa de su dominio. En segundo lugar, es que ni siquiera es cierta en todo caso aquella afirmación: se puede causar la transmisión de la cosa *a non domino*, en virtud de la doctrina de la apariencia jurídica, siempre que concurran los requisitos exigidos: en virtud de este instituto aunque el propietario no realice el acto traslativo, el adquirente puede convertirse en nuevo propietario¹⁸. ¿Cómo explicar entonces la excepción de este precepto?

En mi opinión, en esta frase lo decisivo no es la pertenencia de las cosas sino la situación fáctica que revela y de la cual el tercero puede inferir la legítima presunción que le permite aceptar la actuación del mandatario. Fiado en la apariencia que se ofrece a su vista, el tercero acepta contratar con el representante, aun cuando sabe que el obligado será el otro. Lo que quiero significar es que el escenario que contempla el artículo 1717, II, es el de un tercero que negocia con un señor (representante) que actúa en su propio nombre pero sobre cosas que ambos saben pertenecen a otra persona (representado). Ante semejante situación fáctica, una de dos, o el tercero piensa que representante y representado están conformes en que los efectos del negocio representativo se desplacen al patrimonio del dueño de las cosas, o estima que uno de los dos o ambos están delinquiendo o por lo menos realizando un ilícito civil y obviamente se abstendrá de toda relación.

Pero ya se comprende que entonces no tiene sentido reducir el término «cosas» a bienes materiales muebles o inmuebles. Lo determinante es el estado fáctico que se ofrece ante terceros y sobre el que se monta la apariencia jurídica que, a la postre, permitirá la actuación eficaz de las partes contratantes. Lo

decisivo es que todos conocen ese estado fáctico del que se puede inferir, sin abuso dialéctico, la regularidad de la actuación de unos y otros. Ahora bien, la apariencia se proporciona a través de la pertenencia pública de cosas materiales o de asuntos: por ejemplo, y se puede repetir el ejemplo hasta el infinito, el mandatario adquiere suministros para un hotel; o contrata la pintura de un establecimiento; o trabajadores para tareas agrícolas de una finca, etc., y en todos los casos, actúa en propio nombre pero todos saben que el interesado en el negocio es otro. A esta interpretación amplia que equipara cosas y asuntos se llega posiblemente también si comprendemos en el ámbito de la excepción los tres bloques de negocios que a la postre pueden entenderse comprendidos bajo la expresión «cosas propias del mandante»: negocios que persiguen transmitir la cosa del mandante; negocios que tienden a establecer un derecho real limitado sobre cosas del mandante; y negocios cuyas prestaciones tendrán por objeto cosas del mandante¹⁹.

2. Entramos así en la siguiente cuestión que se suscita al reflexionar sobre el artículo 1717, II, del Código: la naturaleza jurídica de semejante disposición: Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Con lo dicho queda clara mi opinión: estamos ante un supuesto más de apariencia jurídica. Pero habrá que explicar algo más el asunto. He definido la apariencia jurídica como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles»²⁰.

En principio, si una persona obra en su propio nombre de ninguna manera puede vincular el patrimonio de otro (cfr. art. 1259 CC). Pero si los signos externos concurrentes en la actuación de esa persona —el mandatario *nomine proprio*— permiten razonablemente pensar que lo actuado se está haciendo en nombre y por cuenta de otro —el mandante oculto— entonces el Ordenamiento jurídico toma como supuesto de representación lo que en buenos principios no lo sería. Prescindiendo ahora de la exposición completa de los requisitos que exige la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica²¹, el que ahora nos interesa sobremanera es el que llamo requisito objetivo o material, que alude a la situación fáctica o de hecho en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia: viene representado por el conjunto de signos exteriores que habitualmente y de conformidad con el Ordenamiento, indican una determinada situación jurídica que es, cabalmente, la que induce a obrar a quien percibe aquellos signos, aunque en el caso de apariencia aquella situación no existe. En efecto, en la actuación sobre cosas que manifiestamente pertenecen a otro, situación que es conocida tanto por el que actúa sobre dichas cosas como por el que se relaciona jurídicamente con él —el tercero—, lo que se entiende normalmente es que ése que actúa sobre cosas o asuntos que no son suyos, lo hará por contar con el consentimiento del dueño y, por ende, que está actuando en su

representación, con los efectos que esta actuación produce. Por tanto, aunque, en rigor, o no tiene la representación del mandante dueño de los asuntos o no la está ejerciendo, y ello en buena dogmática significa que los efectos del negocio que concluya con el tercero se establecen entre su patrimonio y el del tercero, el Ordenamiento, al tomar en consideración que el tercero ha confiado en esos signos objetivos y externos indicados, permite que se produzcan los mismos efectos que se producirían si la situación fuera regular, esto es, si hubiera actuado en nombre del mandante.

Pero hay dos puntos todavía que conviene aclarar. El primero, al que de pasada se ha aludido ya, es que la pertenencia de las cosas o asuntos al mandante ha de ser hecho notorio o conocido para el tercero con el que contrata el mandatario *nomine proprio*. Lo decía con claridad la STS de 8 de junio de 1966, (Aranzadi 1966/3023): «...mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, solo existirá una responsabilidad *adjectitia qualitatis*, una *actio de in re verso* para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino solo el enriquecimiento, supuesto que en general alcanzará aplicación cuando el tercero hubiera tenido conocimiento de que la cosa pertenecía al mandante después de haber contratado con el mandatario»²². Siguió esta tesis la STS de 1 de diciembre de 1982 (1982/7454): «...En desviación de las reglas del mandato no representativo, el párr. 2.º del artículo 1717 excepciona el caso de que se trate de cosas propias del mandante, situación en la que se produce una *contemplatio domini* tácita, generándose un poder de apariencia *ex facti circumstantiis sive ex re* —SS de 8 junio 1966 (*RJ* 1966/3023) y 28 noviembre 1973 (*RJ* 1973/4340)—, siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés a que se contrae el negocio y resultar esta circunstancia conocida de la otra parte...». Doctrina reiterada en la de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005/3751). Solo si se da ese conocimiento por parte del tercero puede considerársele beneficiario de la apariencia: es preciso que haya confiado en la situación fáctica que se ofrecía a la vista, pero para eso ha de conocerla.

Pero no podemos ocultar cierta dificultad en la construcción que propongo. Porque al conocer, percibir y apoyarse en la situación fáctica, en los signos externos que constituyen el requisito objetivo de la apariencia, es claro que el tercero advierte que las cosas sobre las que va a contratar no son de la otra parte contratante, sino de una persona que se oculta o que no actúa en el negocio. Este dato objetivo que conoce le lleva a pensar razonablemente que el verdadero interesado en el negocio no es la persona con quien contrata sino la otra, la que es dueña de la cosa objeto del contrato. Pero no es menos cierto que también advierte un hecho que desentona, como es el de que su contraparte en el negocio actúe en su propio nombre y no en el del dueño de las cosas o asuntos. Sin embargo, esta irregularidad, evidente, creo que no es suficiente como para enervar la fuerza del otro dato fáctico más poderoso: el de la pertenencia de

las cosas al mandante. El tercero puede explicarse la irregularidad por razones personales del mandante que prefiere pasar oculto, y respeta ese deseo, que a la postre para él no va a tener ninguna trascendencia²³.

Acabamos de ver cómo la STS de 8 de junio de 1966 habló de poder por apariencia, consecuencia o efecto lógico de la notoriedad suficiente de los hechos contemplados por el tercero que contrata con el mandatario *nomine proprio*. Sin embargo, la Jurisprudencia también maneja otra explicación sobre la excepción de las cosas propias del mandante que nos ocupa. Las SSTs de 22 de abril de 2005 (RJ 2005\3751) y 3 de enero de 2006 (RJ 2006\130). En estas sentencias se habla de una *contemplatio domini ex facti circumstantiis sive ex re*, esto es, tácita. Leemos en la primera de las citadas: «Ciertamente, en el caso de actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una «*contemplatio in re*» que hace desaparecer la «*denegatio actionis*» (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo). En suma, el efecto directo sobre el patrimonio del mandante en la sombra se justifica porque el mandatario obra en virtud de representación tácita conferida por aquel. Opinión que no satisface a ALBALADEJO porque, en su criterio, si el agente actúa en su propio nombre, aunque sea sobre cosas propias del mandante, no puede ser representante tácito²⁴. En efecto, el argumento no es baladí. Se recordará que este dato fáctico y jurídico, cual es el de la actuación en nombre propio, también era un tropiezo para la explicación basada en la apariencia jurídica. A mi juicio, puede sortearse mejor para aceptar esta última explicación que yo sostengo, que para admitir la tesis de la representación tácita, respecto de la que sin duda significa un valladar difícilmente superable.

Para terminar este recorrido sobre la naturaleza jurídica de la excepción contenida en el párrafo II del artículo 1717, puede citarse la STS de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995\2051): «...no obstante, concertarse la ejecución de las obras a medio exclusivamente de los otros demandados, lo normal y sugerido era entender que, aunque estos contrataran en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena, o como fiduciarios o testaferros de la recurrida, propietaria frente a terceros del bien que soportaba la obra...». Se acude pues a las figuras del testaferro o fiduciario, que realmente no conocemos en Derecho positivo español, por más que la doctrina, desde don FEDERICO DE CASTRO, se haya ocupado del negocio fiduciario, que presenta mucha inseguridad.

3. Hay una última cuestión que hemos de intentar aclarar, y es la siguiente: aceptado que se vincula el patrimonio del dueño de las cosas por la actuación del agente o mandatario, ¿queda este fuera del negocio representativo o también queda vinculado, juntamente con el mandante, frente al tercero? Importa recordar que el artículo 287 del Código de Comercio ordena: «El contrato hecho

por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal»²⁵. No pretendo la exégesis profunda o completa del precepto, pero sí he de detenerme en algunos puntos porque son cuestiones que también se presentan a propósito del artículo 1717, civil, según veremos. Esta norma mercantil me parece que se explica también perfectamente con la doctrina de la apariencia jurídica: aquí el elemento objetivo o fáctico consiste en el ejercicio del cargo de factor, dato conocido por el tercero, que le basta para entender, como es muy razonable, que lo que haga lo hace en nombre de su principal. Ello explica el desplazamiento de los efectos al patrimonio del principal. Pero además, resulta que el Código de Comercio le declara igualmente responsable. Y como existe similitud entre el supuesto mercantil y el civil, cabe preguntarse si la solución será la misma, de modo que el agente civil responda junto con su mandante frente al tercero.

En coherencia con la explicación que vengo ofreciendo —la basada en la apariencia jurídica— lo importante no es que la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal —aparte de lo que sigue, es que la introspección en las intenciones de la persona es muy insegura y ha de evitarse siempre que sea posible—, lo decisivo, digo, es que el tercero lo haya entendido razonablemente así al tiempo de contratar, con apoyo en lo que percibe: el ejercicio público del cargo de factor, que precisamente significa eso: que actúa en nombre y por cuenta del principal. Porque no pueden ser relevantes los descubrimientos a posteriori. Como señalé antes al hablar del Derecho inglés, no vale, creo yo, que después de la contratación se descubra esa actuación secreta, no comprendida en el consentimiento negocial al menos de una de las partes, y resulta que era en interés del comerciante, descubrimiento que al parecer cambiaría la eficacia jurídica de lo que se hizo sin conocerla. De modo que, según se pruebe o no que actuaba el factor por cuenta del otro, el contrato será eficaz para el principal y el factor o solo para este. ¿Y cómo se prueba? Porque si depende de las declaraciones del comerciante y su factor se vulneraría la prohibición del artículo 1256 del Código Civil —La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes—, y si se desprendía de datos externos objetivos al alcance de la observación del tercero, entonces estamos ante la eficacia de la apariencia jurídica, hasta el punto de que sería perfectamente indiferente que de hecho estuviera obrando por cuenta de su mandante o no: bastaría esa apariencia para que se causen los efectos de la representación directa.

Sentada la precisión precedente y que aclara el precepto —aunque sea mi opinión, perfectamente discutible—, enseguida surge otra perplejidad y que de nuevo exige una interpretación correctora, aunque conforme, me parece, al espíritu del precepto. En el caso de que se haya entendido que se está ante una

actuación en interés del principal, dice el artículo que la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal. Ya, pero ¿quién adquiere los derechos y obligaciones derivados del negocio representativo? Porque esto es lo importante, o al menos más importante que lo de la acción. Si, por ejemplo, el factor compró una partida de mercaderías para su principal, ¿a quién pertenecen? Es obvio, por aplicación de la doctrina que defiende, que pertenecen al comerciante y por tanto que es él quien viene obligado al pago. Que el Código haya querido además hacer responsable de ese pago al factor puede entenderse como una sanción por no haber actuado con nitidez y manifestado a las claras que estaba actuando en nombre de su principal, aunque siempre así lo entendiera el tercero cuando aceptó la contratación con el factor. Por esta razón no me convence ni me parece justa la solución legal: estamos ante un caso de representación por apariencia y los efectos deben ser los mismos que el de la representación directa, y a las claras. Pero, dejando aparte esta consideración, lo que me parece evidente es que la disposición del artículo 287 que comento ha de entenderse en el sentido indicado: todos los efectos del negocio representativo se desplazan al patrimonio del comerciante, que es quien adquiere los derechos y las obligaciones del contrato, aunque, además, el factor queda obligado frente al tercero al cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquel.

Desbrozado así el camino, procede que retomemos la cuestión principal que planteábamos al comienzo de este epígrafe: aceptado que se vincula el patrimonio del dueño de las cosas por la actuación del agente o mandatario, ¿queda este fuera del negocio representativo o también queda vinculado, juntamente con el mandante, frente al tercero? Hemos visto la respuesta del Código de Comercio: sí queda vinculado, aunque no explica cómo: ¿solidaria o subsidiariamente? Por tanto, al volver al Código Civil, hay que intentar resolver esas dos cuestiones: si responden los dos y con qué clase de vínculo. Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el precepto dice: 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. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. La excepción —que es lo que estamos estudiando en el epígrafe— no resulta particularmente expresiva. La lectura literal parece querer decir que no será el mandatario el obligado directamente, luego necesariamente habrá de serlo el mandante, pero no responde a la cuestión planteada de si, además, como sucede en el Código de Comercio, también responderá el mandatario.

La STS de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3751), citada, estima que el criterio más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto del tercero, aunque tampoco nos aclara más²⁶. Y desde luego no aclara si ambos han de responder solidariamente o no. Lo llamativo es que era un caso de la vida real y fueron dos las condenadas. Se trataba de la venta de unas viviendas e intervenían la constructora y dueña y otra empresa de gestión o mediación, pero que actuó en su propio nombre y no en el de la dueña de

los pisos. Se condenó a ambas a devolver determinadas cantidades a cada uno de los compradores demandantes. Y, en efecto, se afirma que esa compañía de gestión al actuar en relación con cosas propias de su mandante actuó sobre la base de una *contemplatio in re* que «produce los mismos efectos que un mandato representativo». Dice que para que se produzca esa *contemplatio in re* es menester que la situación sea conocida por el tercero contratante, esto es, que este sepa que el mandatario está actuando en relación con cosas del mandante, aun cuando no lo haga en nombre de este sino en el suyo propio. Pero siendo dos las condenadas, no dice cómo responden. Esto es curioso y arguye cierto habilidoso desentendimiento. En la doctrina que admite el instituto se ha planteado si en los casos de representación indirecta, responde solo el representado o si responden ambos, representado y representante, y si lo hacen parciaria o solidariamente. Pero que los tribunales no digan nada en un caso real... Y el caso es que la sentencia de primera instancia dice que condena a las sociedades demandadas a pagar determinada cantidad variable a cada uno de los diez o doce demandantes. Y el Tribunal de apelación confirma. Y el Tribunal Supremo desestima el recurso, pero ninguno nos dice cómo responden las condenadas. Me pregunto cómo fue la ejecución, si hubo de pedirse en vía judicial.

Como adelantaba, algunos autores sí dicen algo al respecto, pero poco. HERNÁNDEZ MORENO sostiene que quedan obligados mandante y mandatario pero no dice cómo²⁷. Y Beatriz FERNÁNDEZ mantiene la responsabilidad solidaria entre *dominus* y mandatario frente al tercero, *ex* artículo 287 del Código de Comercio²⁸. Abunda en esta opinión M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO²⁹. Pero el argumento no convence porque aparte de que el artículo invocado no dice explícitamente que estemos ante una responsabilidad solidaria, y la solidaridad no se presume (cf. art. 1137 Código Civil), de nuevo, y por coherencia con la doctrina de la apariencia jurídica, según la he entendido y explicado en la monografía aludida, no encuentro fundamento alguno para esta extensión de responsabilidad, que solo podría encontrar apoyo en el impreciso y discutible precepto mercantil que conocemos, que nada dice acerca de la calidad del vínculo entre ellos. Insisto en que en los supuestos de apariencia jurídica se producen los mismos efectos que en los supuestos regulares, pero no más. Otra cosa son las relaciones existentes entre mandante y mandatario y la responsabilidad que entre ellos pueda originarse, pero esto nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa.

En suma, en mi criterio, la exégesis de la excepción «cosas propias el mandante», al filiar los supuestos aludidos en la doctrina de la apariencia jurídica no permite encontrar en dicha excepción argumento alguno, que pudiera extenderse o ampliarse a otros supuestos, para defender que en Derecho español se reconoce la representación indirecta. No son casos de esta pretendida institución sino casos que se tratan como de verdadera representación directa por el juego de la apariencia.

IV. INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA TEORÍA TRADICIONAL EXPUESTA

Con carácter previo, cabe hacer una advertencia comprensible, a saber, los aludidos esfuerzos doctrinales no son sino intentos de generalizar para todos los supuestos de actuación por cuenta e interés de otro la misma solución que el propio Código da para los supuestos que llama sobre cosas propias del mandante. O sea, convertir en regla general la excepción del artículo 1717, y así, como para los casos exceptuados se impone la eficacia directa de la actuación del agente, la misma eficacia inmediata se extiende a todos los demás casos en que el mandatario actúe por cuenta del mandante que, en definitiva, son todos los demás casos que pueden comprenderse en el citado precepto, resultado interpretativo que no deja buen sabor de boca, porque desde luego contraviene frontalmente la letra del precepto y lo deja sin contenido. Por esta razón, habrá cierta reiteración al exponer seguidamente algunas opiniones, que ya se manejan a propósito de la interpretación de la excepción aludida del artículo 1717.

1. Decía al comienzo de este trabajo que pueden comprenderse los esfuerzos por equiparar la representación indirecta con la directa, por cuanto es innegable que determinadas operaciones mercantiles o civiles acaso no se llevarán a término, o se hicieran en condiciones más onerosas, de conocer una de las partes quien es la contraparte. En tales casos, el ocultamiento del verdadero interesado, haciéndose representar por un agente que actúa en nombre propio, aun cuando lo haga en interés y por cuenta del aquel, puede producir un resultado favorable para el interesado oculto y, además, justo porque evita esas condiciones más onerosas e injustificadas que le impondría la contraparte de conocer la identidad del interesado en el negocio. El problema es si esto puede hacerse en Derecho, porque no todo es posible. O quizás lo sea pero por otro camino distinto del que parece más tentador por su facilidad o sencillez, pero que implica quebrar la dogmática jurídica.

En efecto, el camino que aparece más hacedero es el de la equiparación entre ambos tipos de representación. En palabras de Díez-Picazo «existe representación siempre que el representante gestiona un interés del representado», al margen de que sus efectos se produzcan directa o indirectamente³⁰. La esencia de la representación consistiría para este autor en la gestión del interés ajeno. Que es lo que había defendido antes GULLÓN, al que cita y sigue Díez-Picazo³¹. Y antes que ambos lo había enseñado nada menos que FEDERICO DE CASTRO, cuya autoridad, creo, influye en el pensamiento de los otros dos señeros juristas³². Para los tres autores no hay reparos dogmáticos serios que impidan la eficacia directa sobre el patrimonio del representado de los actos del gestor que actúa *nomine proprio* pero por cuenta e interés del representado que permanece en la sombra. Lo dicho no obsta para que reconozcan que alguna especialidad sí ha de existir en el mecanismo de la representación indirecta: esos efectos directos

que, estiman, se producen directamente sobre el patrimonio del mandante, no eliminan el hecho de que, de cara a terceros, el contrato se haya celebrado entre mandatario y tercero, de manera que para aquellos terceros los efectos que deben tener en cuenta son los propios del contrato aparentemente celebrado. Dos relaciones, pues, una interna entre mandante y mandatario, y otra externa entre mandatario y terceros, incluyendo al propio tercero que con él contrató³³. Pero esta situación es insegura e incierta por lo que ha de clarificarse, lo que nos lleva a pensar en el Registro de la Propiedad. He aquí un obstáculo importante que han de superar los partidarios de la eficacia directa. Es obvio que en el mandato para adquirir, ningún registrador inscribirá a nombre del mandante sino del mandatario la adquisición inmobiliaria realizada por este, aunque haya sido en interés y con dinero de aquel. Paralelamente, en el llamado mandato para enajenar, tampoco inscribirá la compraventa en que aparezca como vendedor el mandatario y como comprador el tercero, por la sencilla razón de que ese mandatario no es el titular registral, por mucho que actúe en su interés o por su cuenta.

Por lo expuesto, los defensores de la representación indirecta con eficacia directa sobre el *dominus negotii* dan carta de naturaleza a una llamada escritura de reconocimiento mediante la que se declararía fehacientemente el verdadero juego de intereses, esto es, que el mandante titular registral era quien vendía, en rigor, y no el mandatario; o que el mandante era quien de verdad adquiría, y no su agente. Y con esta declaración formal y fehaciente se haría coincidir el Registro de la Propiedad con la realidad extrarregistral mediante los oportunos asientos.

Repárese en que esta escritura de reconocimiento no alude al segundo negocio que ha de hacer el mandatario para, en cumplimiento de la ley del mandato, transmitir a su principal los efectos del negocio representativo, que es lo que afirma la teoría tradicional, que solo acepta la representación indirecta en el sentido de plena incomunicación de efectos, sin perjuicio de la obligación del agente o mandatario de celebrar ese segundo negocio a favor del mandante. Ahora lo que sostiene, por ejemplo GULLÓN, es una escritura llamada de reconocimiento pero con carácter meramente declarativo y con el único fin de aclarar las cosas, de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad³⁴: la adquisición de efectos ya se habría producido directamente por el mandante, pero como de cara a terceros sigue apareciendo como adquirente el mandatario, se hace necesaria esa escritura meramente declarativa que confirma lo que se produjo desde el comienzo, desde la celebración del negocio representativo. Y algunos de los autores aludidos creen que pueden invocar a favor de esa escritura de reconocimiento los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, en cuanto atienden al problema de la rectificación registral y la necesidad de hacer concordar realidad sustantiva y realidad registral, de modo que esa escritura sería el modo ordinario, sin necesidad de acción judicial, para conseguir esa

adecuación³⁵. Es indiscutible el deseo del aludido precepto —y los siguientes— por conseguir que realidad sustantiva y realidad extrarregistral coincidan, pero de ahí no se sigue que en Derecho español exista como medio de conseguir esa coincidencia la llamada escritura de reconocimiento. Pero es que, sobre todo, esta opinión hace supuesto de la cuestión: dan por cierto que el mandante es el titular del derecho de propiedad —o del que se trate— y no el mandatario, y precisamente eso es lo que se discute. En la doctrina tradicional, hasta que el mandatario realice el segundo negocio en favor del su mandante es el único propietario, aunque obligado a realizar ese segundo negocio que satisface los intereses del *dominus*.

Finalmente, tampoco convence el argumento del artículo 20, IV, de la Ley Hipotecaria, que sugiere Díez-PICAZO, para defender la aceptación por el Ordenamiento jurídico de la representación indirecta con efectos directos. Dice así el precepto: «No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». El autor citado entiende que estos mandatarios, representantes... son los que actúan en su propio nombre y por cuenta del representado, por cuanto a los mandatarios, representantes... que actúan en nombre del representado ya se refiere el último inciso del párrafo I. «Para inscribir... deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Sin embargo, pienso que ambos grupos no aluden a los que actúan en nombre ajeno y en nombre propio; sino que el primer párrafo se refiere a los representantes voluntarios y el párrafo cuarto se refiere a los representantes legales. Esta es la interpretación natural que se deduce del texto literal, que se remata aludiendo a los órganos de representación, obviamente de las personas jurídicas. Son casos evidentes de representación legal y en que siempre se actúa en nombre del representado. Lo que sí hay que reconocer es que tampoco se explica entonces la necesidad del precepto porque lo que está ordenando es una obviedad perfectamente superflua, salvo que el propósito del precepto fuera salvar la actuación en nombre propio de estas personas que notoriamente están actuando por cuenta e interés de otras. Me explico: lo que la norma quiere ordenar es que, dada la notoriedad de los cargos, tanto da la declaración de actuar en nombre ajeno o no, porque en cualquier caso se entiende que está funcionando la representación directa. No es que sea un supuesto de representación indirecta con efectos directos sino que sencillamente es un supuesto de representación directa. Pero la explicación no es entonces otra que la de la apariencia jurídica que ya he manifestado suficientemente. Sea como fuere, lo que me parece muy dudosa es la interpretación del prestigioso maestro citado, porque, aparte la literalidad del texto, es que no se acomoda en modo alguno al pensamiento y sentir del Código, que no puede decirse sea en general el de

admitir esos efectos directos en la actuación *nomine proprio*: podría aceptarse como algo excepcional, pero entonces cuando la Ley se refiere a una actuación por cuenta de otro hay que entender que está usando los conceptos generalmente admitidos y no los excepcionales.

La jurisprudencia, a pesar de que algunos han querido verla favorable a la tesis de la eficacia directa sobre el patrimonio del mandante, en mi opinión, es más bien contraria a semejante eficacia. La única sentencia de Tribunal Supremo que, salvo error por mi parte, acepta sin ambages la eficacia directa sobre el representado de la representación indirecta es la de 22 de noviembre de 1965 (marginal de Aranzadi 5410). En síntesis, los hechos eran así: un hermano realiza en su propio nombre una serie de adquisiciones pero con dinero de la comunidad hereditaria integrada por él mismo, otros hermanos y la madre de ellos. Los demandantes sostenían que el hermano adquirente había actuado como mandatario de los demás y por ello había pagado con dinero común, al paso que el demandado objetaba que había actuado en su propio nombre y por ende era propietario único de las cosas compradas. Como la Audiencia había reconocido que el hermano demandado había actuado por cuenta de los otros, el Tribunal Supremo —contra el criterio de la Audiencia— consideró que esa actuación por cuenta e interés de todos determinó que las adquisiciones se integraran directamente en la comunidad hereditaria y por ende hubieran de ser objeto de partición junto con otros bienes de aquella. Hay dos sentencias antiguas, la de 1 de mayo de 1900 y otra más moderna, de 10 de julio de 1946, que ciertamente dicen aceptar la posibilidad de la representación indirecta, en su sentido de propia representación, es decir, con vinculación directa del patrimonio del interesado, pero lo cierto es que no la aplican en ninguna de las dos, y resuelven los asuntos declarando la vinculación del mandante porque las cosas que habían sido objeto de contratación por el gestor en nombre propio pertenecían al mandante, que es la excepción del artículo 1717 del Código, que ya conocemos.

Y resulta significativo que la STS de 2 de junio de 1992 (RJ 1992\4989) en que podía haber hecho uso del mecanismo de la representación indirecta, no lo hace y más parece que reconoce la existencia de una representación directa pero tácita. En efecto, unos particulares habían comprado un local para sede del PNV, y se desprende de la interpretación del contrato que, en efecto, actuaban por cuenta de ese partido político, pero, como digo, en lugar de acudir al expediente de la representación indirecta prefieren afirmar que actuaban como representantes del partido, a pesar de que celebran el contrato en propio nombre. (Una especie de representación directa tácita).

Y nada más. Todas las demás sentencias sobre este particular rechazan el instituto que estudiamos³⁶.

¿Y qué piensa al respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado? Tampoco ha tenido muchas ocasiones para pronunciarse. En 2004

no parecía muy proclive a reconocer el instituto del mandato no representativo con efectos directos en el representado (RDGRN 2 de septiembre de 2004, *RJ* 2004\6611), pero es cierto que dos años después parecía mucho más favorable. La Resolución de 6 de julio de 2006 (*RJ* 2006\6411) acepta la representación indirecta aunque puede afirmarse que sin efectos prácticos porque, a la postre, confirma la calificación negativa del registrador, si bien por entender que existe autocontratación, lo que sin duda era cierto. Pero quiero decir que hace un alarde doctrinal importante en favor de la representación indirecta y acepta expresamente una llamada escritura de reconocimiento de la propiedad del representado, inspirándose en el artículo 540 del Código, pero sin que ello tenga efectos prácticos, como queda dicho. Leemos:

«Desde este planteamiento, la tendencia hoy dominante se muestra partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. Dejando a salvo, en todo caso, la vinculación personal que se produce entre gestor y quien contrata con él (art. 1257 del Código Civil), y aunque no sea fácil elucidar desde el punto de vista teórico el mecanismo último que justifica que el dominio se transfiera a una persona diferente del contratante, se afirma en este planteamiento que la propiedad pertenece al *dominus* desde la consumación del contrato, que el gestor no es más que un poseedor en nombre ajeno (art. 439 y 463 del Código Civil) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (arts. 447, 1941 y 1952 del Código Civil) y que el *dominus* puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a él. Confirma esta idea el artículo 80 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748) que recoge la tradición de los derogados artículos 908 y 909.4º del Código de Comercio de 1885.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000 y 31 de octubre de 2003).

Advierto que no es mi intención entrar en polémica con la Dirección General, pero no puedo compartir su opinión de que las citadas sentencias del Tribunal Supremo que invoca para confirmar su postura sean realmente confirmatorias de su criterio; antes bien, al

menos en algunas de ellas, ocurre todo lo contrario. Pero invito al lector interesado a revisar esas sentencias alegadas en su favor por la Dirección General y que forme su propia convicción al respecto. Sí es de considerar el argumento del artículo 540 del Código, según el cual «La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme». Tenemos aquí una expresa mención del instrumento de marras, la escritura de reconocimiento, lo que permitiría el recurso a ella por analogía. Lo que sucede es que se alza el obstáculo que antes me permití señalar al comentar la invocación de los artículos 38 y siguientes de la Ley Hipotecaria: no puede hacerse supuesto de la cuestión. Si partimos de que, en efecto, el dueño de la cosa es el mandante, entonces podríamos aceptar ese instrumento de manifestar fehacientemente la realidad sustantiva, pero es que precisamente lo que se discute es eso: si adquiere el mandante o si lo hace el mandatario.

2. Como queda dicho, la tesis de la eficacia directa que acabo de exponer supone, sin duda, la postura doctrinal más extrema en materia de representación indirecta, hasta el punto de equiparar la actuación *nomine alieno* con la actuación *nomine proprio*, con tal de que en ambos casos actúe el agente por cuenta del mandante. Pero pueden señalarse otros intentos de reconocer eficacia menos intensos.

ALBALADEJO, en una aportación que nos recuerda la solución de la jurisprudencia inglesa a la que me referí en el epígrafe I, sostiene la tesis ortodoxa o tradicional de incomunicabilidad de efectos, pero entiende que el descubrimiento posterior de que el mandatario obraba efectivamente por cuenta e interés del mandante produce el efecto de que aquel salga del negocio representativo y el negocio quede establecido entre el verdadero interesado —el mandante— y el tercero..., siempre que consienta el tercero, advierte el autor citado³⁷. En mi opinión, esta última precisión es determinante: es que si consiente el tercero, ya no estamos en el negocio representativo primigenio, sino en otro por novación subjetiva. Pero esto no es eficacia directa de la representación indirecta sino la regla general de cada uno responde de lo que hace. Como señalé antes al comentar sumariamente el artículo 287 del C. de C., no veo cómo puede novar subjetivamente un negocio jurídico un hecho posterior en el que no intervienen las partes ni nadie con alguna intervención posterior a la celebración del negocio. Si no se manifiesta el interés del mandante entonces el contrato se entiende trezado entre mandatario y tercero, pero si se explicita aquel interés entonces las partes del contrato son mandante y tercero. Yo creo más bien que el negocio será el celebrado realmente: o desde el primer momento entendemos que el hecho relevante es el interés del principal y su persecución, aunque sea oculta, por el agente, y que ello determina que lo que haga el agente es como

si lo hiciera el principal, o bien entendemos que lo determinante es si el mandatario actúa en nombre propio o en nombre ajeno y, entonces, como actúa en nombre propio, el negocio se celebra entre agente y tercero, sin perjuicio de que luego el mandatario haya de realizar negocios posteriores, en cumplimiento de la ley del mandato. Pero la naturaleza de un contrato no puede ser distinta en función de que se conozca o no *a posteriori* un hecho previo y exterior al mismo, no cubierto por el consentimiento de las partes.

Otra opinión a que aludimos cuando examinábamos la excepción de las cosas propias el mandante, es la que podríamos llamar ecléctica que ni saca al mandatario del negocio representativo, ni lo anuda exclusivamente al patrimonio del mandante. Según esta opinión, ambos, mandante y agente quedan vinculados con el tercero por mor del negocio representativo. BEATRIZ FERNÁNDEZ, con apoyo en el artículo 287 del C. de C., entiende que hay responsabilidad solidaria del *dominus* y su agente frente al tercero, así como del tercero y el mandatario frente al *dominus*³⁸. No obstante, limita este régimen a los casos exceptuados, no lo extiende a todos los supuestos de representación indirecta o de actuación por cuenta de otro³⁹. Sin embargo, aparte del supuesto del artículo 287 del Código de Comercio, en el que con esfuerzo cabría aceptar la responsabilidad solidaria —aunque antes me manifesté en contra al tratar el asunto de las cosas propias del mandante—⁴⁰, en los demás a que alude esta autora, pienso que no encajan en la problemática que estamos estudiando, que no son casos de representación indirecta, y que se resuelven por otras vías. Pero en cualquier caso, y aun admitiendo que en algunos de los supuestos que enumera pudiera sostenerse esta responsabilidad solidaria entre mandante y mandatario, es evidente que por su carácter excepcional nunca podría extenderse la solución a otros casos no previstos. Y en la jurisprudencia no encontramos huellas de semejante opinión. Y la verdad es que se les presentó una ocasión pintiparada para entrar en el problema de la responsabilidad plural, fuera parciaria o solidaria, y no se pronunciaron: fue el caso juzgado en la STS de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3751), que ya conocemos: la comenté al final del epígrafe III.

V. OPINIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. Ciertamente, el Derecho es para la vida y no al contrario, de modo que si hay necesidades relevantes y estimables que aconsejan determinada solución jurídica, importa esforzarse para encontrarla. De hecho, así ha evolucionado la ciencia jurídica, desde el pretor romano. Pero no son despreciables las consideraciones dogmáticas porque una dogmática sensata, no hipertrofiada, es garantía de seguridad jurídica, lo que suele significar también garantía de justicia. En el caso que nos ocupa, ya advertí al comienzo de que pueden existir poderosas razones para que el verdadero interesado en el negocio se oculte y en su lugar

aparezca su mandatario quien habrá de actuar en nombre propio para conseguir ese ocultamiento de su mandante. En consecuencia, el Derecho debe tratar de dar respuesta a esa necesidad o legítimo interés, aunque, conviene advertirlo, el Derecho no lo puede todo. Pero me parece una respuesta equivocada intentar satisfacer ese interés por la vía de la representación, directa o indirecta, máxime cuando creo que existe otro camino que obtiene los mismos resultados, sin quebrar la dogmática de la representación.

2. Es el momento de concretar mi opinión —que se ha ido deslizando a lo largo de las páginas precedentes, sin duda—, sobre las cuestiones que hemos ido abordando y formular mi propuesta de solución. Y el tema capital no puede ser otro que el de determinar la esencia del fenómeno representativo: ya vimos que todo es diferente según se entienda que la representación consiste fundamentalmente en la actuación en nombre de otro, sin perjuicio de que también se haga en su interés, o que se estime que basta con la actuación en interés de otro para identificar el fenómeno que nos ocupa. Pues bien, en mi criterio, la mera gestión del interés ajeno no constituye representación. Y ello por dos razones.

En primer lugar, esa referencia a la gestión en interés ajeno no es sino la identificación del motivo personal por el que actúa el representante, pero los motivos personales no suelen tener relevancia en Derecho. No es el momento de reproducir la doctrina de la causa en el negocio jurídico y de los casos excepcionales en que los motivos personales se incorporan a aquella, pero baste esta pincelada para acreditar lo que digo. También puede el representante actuar por interés propio concurrente con el de su mandante, en el caso de la gestión retribuida de un abogado, por ejemplo. ¿Y si se probara que no existió ese interés del representado? ¿Será nulo por falta de poder el negocio representativo? Nadie lo diría. Piénsese en el negocio realizado por el representante legal de un incapacitado o menor: si el representante actúa deslealmente, sin servir al interés de su representado, el negocio, a lo sumo será rescindible, pero desde luego nadie dirá que la causa de la ineficacia es la falta de poder, que es lo que habría de decirse si la gestión del interés ajeno fuera la sustancia de la representación.

En segundo lugar es que esa referencia al interés, me parece que no es sino un modo de aludir al deber de cumplimiento que tiene el representante por haber aceptado el apoderamiento conferido. Cabalmente la realización del negocio representativo significa la ejecución del negocio de apoderamiento. Claro que es interés del poderdante que se celebre el negocio con el tercero, pero en términos jurídicos, insisto, eso no significa sino que el obligado cumple con su obligación que es satisfacer el interés del acreedor. Pero esto ocurre en todo negocio jurídico: el pintor que me pinta la habitación en ejecución del contrato de obra satisface mi interés; y el prestamista que me entrega la suma prestada hace otro tanto... etc. Y en ninguno de estos casos se dice que la esencia del contrato sea la gestión del interés del otro, aunque sin duda existe semejante gestión o satisfacción.

No es que el apoderado no gestione el interés de su principal: lo que afirmo es que ese hecho por sí solo no es relevante para caracterizar el instituto de la representación. El dato esencial, en mi opinión, es la actuación *in nomine alieno*, al que se une también, pero con carácter accesorio, el dato de la actuación por cuenta o interés ajeno.

Por consiguiente, si estoy en lo cierto, no hay más representación que la llamada directa y ello explica, como enseguida recordaré, que los esfuerzos por dar vida a una segunda modalidad de representación, que sería la indirecta, resultan estériles por no hacederos: es que no pueden llevarse a la práctica. Los intentos de trasladar los efectos del negocio representativo al *dominus* mediante un segundo contrato, o los esfuerzos por hacer que esos efectos deriven directamente del tercero al *dominus* no son realistas. En esta línea se encuentra LASARTE cuando califica de «relativo espejismo» el fenómeno de la representación indirecta porque en ella no hay fenómeno representativo «propriadamente hablando»⁴¹. A mí me parece el espejismo absoluto.

3. Añadamos a la descalificación total antecedente, algunas otras complementarias.

Por lo que hace al modo en que tradicionalmente se ha entendido la llamada representación indirecta, es que los medios propuestos para que el agente consiga trasladar al principal los efectos del primer contrato no convencen de ninguna manera. La conclusión que necesariamente se obtiene después de reflexionar sobre el asunto y revisar doctrina y jurisprudencia no puede ser otra, en mi modesta opinión, que la de reconocer que no sabemos dar respuesta jurídica al problema que supone ese segundo negocio que, según la doctrina tradicional de la llamada representación indirecta, habría de realizar el mandatario *nomine proprio* a fin de hacer llegar los efectos del negocio representativo a su mandante, por cuya cuenta actuó, y ello en cumplimiento de la ley del mandato. Dos obstáculos, primero, el de la causa como elemento esencial del negocio, que lo identifica, le confiere su esencia propia, y, segundo, el de la exigencia del tracto sucesivo para inscribir un documento en el Registro de la Propiedad se alzan y se presentan muy difíciles de eludir. Para transmitir el dominio no vale la causa de otro negocio, como pueda ser el del mandato o el del negocio fiduciario, que nadie sabe a ciencia cierta en qué consiste porque no tiene reconocimiento legal. Y el problema de la inscripción registral no es menor por mucho que se haya argüido que «las dificultades de registración son adjetivas o formales, y que en ningún caso puedan alterar los mecanismos del derecho sustantivo»⁴². No es el momento para entrar a debatir el carácter sustantivo o no de la registración, pero, a buen seguro, que desde la perspectiva del Derecho práctico o de la vida real, —¿y hay otra perspectiva?— no resulta de peso esa consideración. Cabalmente, por esa imposibilidad de encontrar solución jurídica al problema planteado, —y ello se explica fácilmente porque el Derecho no cumple funciones taumatúrgicas de modo que a nadie debe extrañar que

haya cosas que el Derecho no pueda hacer, por mucho que vivamos en esta civilización decadente que piensa que lo que destruyó la falta de Moral puede arreglarlo el exceso de Derecho—, por esa imposibilidad, digo, es por lo que autores de reconocido prestigio han optado por parificar representación directa y representación indirecta.

Pero tampoco estos esfuerzos —dicho sea por mí con la obligada circunspección—, resuelven los problemas indicados. Como lo que no se puede soslayar es que *erga omnes* aparezca como parte en el negocio representativo el agente que obró en su propio nombre, los autores que defienden esta doctrina moderna han de sugerir algún modo de hacer concordar la realidad visible o formal con la realidad sustantiva o verdadera, según ellos: esto es, de alguna manera ha de conseguirse que el *dominus* pueda hacer valer *erga omnes* su titularidad, y que decaiga la del agente. Y esto creen obtenerlo mediante la llamada escritura de reconocimiento. Pero de nuevo estaríamos ante un negocio sin causa: sin causa el primero; y sin causa este segundo. Y los obstáculos registrales —antes reseñados—, evidentes.

4. Como he venido anunciando, creo que existe una institución que permite alcanzar los fines a que responde la construcción de la representación indirecta, en cualquiera de sus modalidades, tradicional o moderna, sin sus inconvenientes dogmáticos y prácticos. Me refiero al contrato para persona que se designará. Y me complace remitirme al profesor Díez-PICAZO, de quien antes me he permitido discrepar⁴³. Porque este autor afirma sin ambages que una de las posibles finalidades de esta modalidad contractual es la que llama finalidad de gestión: «El estipulante se encuentra previamente ligado con el tercero, en cuyo interés actúa y del que es gestor o mandatario: Se trata de un fenómeno representativo en el que el representante actúa mediante una representación que se mantiene oculta o encubierta en la primera fase de la contratación. El tercero, que ha de ser el definitivo contratante, tiene interés en permanecer oculto durante la primera fase de la vida del contrato...». No puede decirse mejor, ni señalarse con más precisión el camino que resuelve las necesidades a satisfacer, que el propio autor ejemplifica: «...desea ocultar su categoría para evitar que le sea exigido un alto precio; tiene pudor o prejuicios para acudir una subasta, el temor de no ser el mejor postor, etc». Véase la definición que ofrece Díez-PICAZO del contrato para persona que se designará y se convendrá en que se ajusta como el guante a la mano para conseguir los fines que se asignan al instituto que hemos estudiado y rechazado, pero sin sus inconvenientes: «aquel contrato... en el cual uno de los contratantes, al que llamamos estipulante, se reserva la facultad o la posibilidad de designar en un momento posterior y dentro de un plazo al efecto prefijado a una tercera persona, que en el momento de la celebración del contrato es desconocida o ha quedado indeterminada, la cual ocupará en la misma relación contractual el lugar del estipulante, desligándose este de la misma».

Lo que no puedo compartir, como es claro por lo expuesto hasta ahora, es la caracterización de la figura como «fenómeno representativo». A mi juicio, no hay tal porque no hay agere in nomine alieno. Hay lo que hay: un contrato en dos fases, como acertadamente explica el profesor mencionado. Sucede que esta forma de contratar puede obedecer, bien a iniciativa personal del estipulante, pensando en encontrar durante el plazo obtenido al contratante definitivo a quien subrogará en su lugar, bien obedecer a una relación previa entre estipulante y tercero, que obligará al primero a esa posterior designación a favor del segundo. Y si no lo hace, responderá por el incumplimiento de la relación jurídica subyacente entre estipulante y tercero (mandato, contrato de servicios, de trabajo, etc.). Pero de cara al promitente y de cara a terceros no hay más que lo que está a la vista.

Hay una STS, la de 11 de junio de 1965 (A. núm. 3817) en que podría haberse aceptado expresamente la solución que propongo, pero la verdad es que la *ratio decidendi* queda «*blowing in the wind*», como la respuesta de Bob DYLAN. El tío de dos arrendatarios compra la finca arrendada en documento privado. Los arrendadores y vendedores saben que los sobrinos han encargado al tío la compra aludida. Tiempo después, los vendedores otorgan escritura pública de compraventa a favor de los sobrinos arrendatarios. El tío demanda a todos reclamando la nulidad de la escritura y el reconocimiento de su titularidad dominical. Lo curioso y llamativo, a mis efectos, es que en el documento privado se había pactado entre las partes que se otorgaría la escritura pública a favor de la persona que indicase el comprador. Por esto digo, que el TS, que de conformidad con los anteriores tribunales, da la razón a vendedores y sobrinos podría haberse acogido a la mencionada cláusula y afirmar que, en presencia de un contrato para persona a designar, el otorgamiento de la escritura pública no era sino el cumplimiento de la segunda fase del contrato celebrado mediante el documento privado, por cuanto los sobrinos no eran sino las personas designadas por el comprador inicial, a fin de que se convirtieran en los compradores definitivos, lo que se lleva a efecto mediante la repetida escritura. Sin embargo, el TS se limita a decir que el tío compró para sus mandantes, que eran los sobrinos, aunque obrara en nombre propio. Tampoco afirma claramente que se tratara de la llamada representación indirecta, según la versión que defienden GULLÓN y DíEZ-PICAZO, de modo que actuaba en nombre propio pero con eficacia en los mandantes: tendría que haber afirmado entonces la propiedad de estos en virtud no de la escritura sino del contrato privado de compraventa precedente. Y tampoco asegura que esa escritura constituyera el segundo contrato que el mandatario ha de celebrar en cumplimiento de la ley del mandato para hacer llegar a su mandante los efectos del negocio representativo, como sería propio del modo tradicional de entender la representación indirecta. Nada explica: nos dice que compró para sus sobrinos, pero sin pronunciarse sobre el mecanismo jurídico que permitió ese efecto.

En mi opinión, sin duda, el mecanismo del contrato para persona a designar —que fue el elegido por las partes para conseguir el resultado económico perseguido en la contratación—, se acomodaba a las mil maravillas al interés de las partes.

VI. CONCLUSIONES

I. La esencia del fenómeno representativo se halla en la actuación *nomine alieno*, de manera que no basta con actuar por cuenta e interés del principal: es preciso, además, hacerlo en su nombre.

II. Por consiguiente no puede considerarse representación a la llamada representación indirecta, en la que el agente actúa en nombre propio pero en interés del principal que se mantiene oculto y perfectamente desconocido para el tercero.

III. Los intentos doctrinales por conseguir que la actuación *nomine proprio* pero en interés del principal produzcan efectos en el patrimonio de este (heteroeficacia) han de estimarse fracasados porque plantean unos problemas dogmáticos y prácticos insalvables, especialmente en el plano registral.

IV. No puede considerarse que la Jurisprudencia haya reconocido la eficacia directa sobre el patrimonio del principal de la actuación del agente en su propio nombre.

V. Sin embargo, en ocasiones existen razones atendibles para que el principal oculte su interés en un negocio que no podría realizar si desvelara su personalidad, o se celebraría en condiciones más onerosas para él. Pero estas necesidades prácticas pueden colmarse con la institución del contrato para persona a designar.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

- STS de 1 de mayo de 1900.
- STS de 10 de julio de 1946,
- STS de 26 de mayo de 1950.
- STS de 3 de junio de 1953.
- STS de 17 de diciembre de 1959.
- STS de 22 de mayo de 1964.
- STS de 11 de junio de 1965.
- STS de 22 de noviembre de 1965.
- STS de 8 de junio de 1966.
- STS de 2 de noviembre de 1970.
- STS de 1 de diciembre de 1982.

- STS de 16 de mayo de 1983.
- STS de 13 de junio de 1987.
- TS de 24 de mayo de 1988.
- STS de 14 de octubre de 1989.
- STS de 2 de junio de 1992.
- STS de 25 de febrero de 1994.
- STS 13 de abril de 1994.
- STS de 21 de marzo de 1995.
- STS de 17 de junio de 1997.
- STS de 19 de junio de 1997.
- STS de 22 de abril de 1998.
- STS de 18 de enero de 2000.
- STS de 4 de julio de 2000.
- STS de 31 de octubre de 2003.
- RDGRN de 2 septiembre de 2004.
- STS de 22 de abril de 2005.
- STS de 3 de enero de 2006.
- RDGRN de 6 julio de 2006.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, I*, volumen 2º, Bosch. Barcelona, 1996.
- ALFARO, Gaspar: «La representación indirecta», en *Estudios de Derecho Privado, I. Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1962; pág.333.
- ANSON'S: «Law of Contract». *Oxford University*, 1986, 26ª ed.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra. Madrid, 1972.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Civitas. Madrid, 1993.
- *La representación en el Derecho Privado*. Civitas. Madrid, 1992.
- «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*. 1978, III, págs. 489 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarnación, y MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ GREGORACIC, Beatriz: «Comentario jurisprudencial en ADC». LIX, IV, año 2006, pág. 2044.
- *La representación indirecta*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del Carmen: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. Bercovitz. Tomo VIII. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Artículo 1717.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». En *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 763.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1544.

- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano*. Ed. Ariel. Barcelona, 1958.
- JORDANO BAREA, Juan-Bautista: «Mandato para enajenar». *ADC*, 1951/ IV, pág. 1481 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, I, Trivium, Madrid, 1996, 5ª ed.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M: «La gestión típica derivada del mandato» *Rev. de Derecho Privado*; julio-agosto, 1996, pág. 553.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 6ª ed. Reus. Madrid, 1972.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder». *Rev. de Derecho Privado*, septiembre, 1946.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations*. Clarendon Press Oxford, 1996.

NOTAS

¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I. Ed. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 766. DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*. Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 265. En la línea que ya había iniciado en «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*. 1978, III, pág. 489 y sigs.

² Aunque el tema excede de los límites de este trabajo, no me resisto a expresar una opinión que ciertamente debería meditar más por lo que acaso resulte imprudente manifestarla, pero creo que en la difícil cuestión de distinguir entre mandato y contrato de servicios, el único criterio útil y convincente es el de entender que el mandato siempre es representativo. En el ámbito de un contrato de servicios puede o no haber representación, y lo habitual es que no la haya, y aunque la hubiera —realmente solo estará presente en un contrato de servicios celebrado entre abogado y cliente—, estaríamos ante dos negocios distintos y perfectamente separables, al paso que en el caso del mandato sería un solo negocio que lleva en sí no solo la realización de gestiones materiales sino también la celebración de negocios jurídicos, consecuencia de aquellas.

³ MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 6ª ed. Reus. Madrid, 1972, pág. 675.

⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002; págs. 213 y 214.

⁵ ANSON's: *Law of Contract*. Oxford University, 1986, 26ª ed., pág. 560: «when he discovers the true facts, is entitled to elect whether he will treat principal or agent as the party with whom he dealt».

⁶ Pueden verse los preceptos aludidos en el libro *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, antes citado.

De todos modos, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del Carmen, al comentar el artículo 1717 del Código manifiesta que el artículo 3.102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos apoya la tesis de que la representación indirecta existe y, sobre todo, que causa efectos en el patrimonio del representado oculto. Siento discrepar pero yo no leo eso: el artículo 3.301, al que se remite el precepto citado bien a las claras establece que «el intermediario y el tercero quedan vinculados entre sí». Ciertamente, a seguido, este precepto dice. «El principal y el tercero solo quedan vinculados entre sí, si se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 3.302 a 3.304», pero estos artículos, excepcionales, nada tienen que ver con una supuesta heteroeficacia de la representación indirecta y pueden explicarse más bien en el sentido que indico en el texto. *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. BERCOVITZ. Tomo VIII. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Artículo 1717.

⁷ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Ed. Ariel. Barcelona, 1958, pág. 147.

⁸ NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder». *Rev. de Derecho Privado*, septiembre, 1946, págs. 616 y 617.

⁹ ALFARO, Gaspar: «La representación indirecta», en Estudios de Derecho Privado, I. *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1962, pág. 333.

¹⁰ JORDANO BEREÁ, Juan-Bautista: «Mandato para enajenar». *ADC*, 1951/ IV, pág. 1481 y sigs.

¹¹ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, I, volumen 2º, Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 414.

¹² GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». En *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 763.

¹³ Así en las siguientes SSTs: 26 de mayo de 1950 (A. 1950/744); 3 de junio de 1953 (A. 1953/1657); 22 de mayo de 1964 (A. 1964/2765); 18 de enero de 2000 (RJ 2000\109).

¹⁴ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.* págs. 766-767.

¹⁵ Cfr. STS. 3 de enero de 2006, RJ 2006\130, que cita otras en la misma línea.

¹⁶ Díez-PICAZO, Luis: *op. cit.*, pág. 268.

¹⁷ Así piensan: HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1544; FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: comentario jurisprudencial en *ADC*. LIX, IV, año 2006, pág. 2044.

¹⁸ La doctrina aludiría en este caso al artículo 34 de la Ley Hipotecaria o al 464 del Código, según la naturaleza de la cosa, pero, en rigor, estos preceptos solo son manifestaciones, siquiera sean las más importantes, de la doctrina invocada. Cf. BUSTOS PUECHE, José Enrique: La doctrina de la apariencia jurídica, Dykinson, Madrid, 1999.

¹⁹ Vid. Díez-PICAZO: *op. cit.*, pág. 269.

²⁰ Cfr. BUSTOS PUECHE, José Enrique: *op. cit.*, pág. 40.

²¹ Me remito a las páginas 65 y siguientes de mi monografía citada.

²² En honor de la verdad hay que decir que el párrafo transcrito de la STS. de 8 de junio de 1966 reproduce a la letra lo que explicaba MANRESA al comentar este artículo. Y he añadir que me llena de satisfacción que un autor clásico de esta categoría haya hablado de «*poder por apariencia*». Y soy culpable de no haberme enterado antes. Vid. MANRESA y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, págs. 673 y 674.

²³ No deja de resultar satisfactorio para quien ha trabajado bastante el tema de la apariencia jurídica saber que la jurisprudencia británica utiliza dicha doctrina para casos como los aludidos, mediante la expresión «*ostensible authority*». Cf. ANSON'S, *op. cit.*, pág. 534.

²⁴ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, pág. 417.

²⁵ No deja de llamar la atención la solución legal indicada en cuanto viene a ser un precedente, a mi juicio, de la que luego se ha recogido en los artículos 3.302 y 3.303 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Entiendo que la opción ofrecida por el artículo 287 del Código de Comercio es la misma que la ofrecida por los artículos citados.

²⁶ «No obstante, el precepto —«exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante»— (por cierto sin precedente legislativo, a salvo el art. 287 del Código de Comercio [LEG 1885, 21], ni siquiera prelegislativo pues fue añadido al Código Civil a última hora) no aclara cual es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto (art. 1.717). El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente, la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad—autonomía— jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad».

²⁷ *Op. cit.*, pág. 1544.

²⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: *La representación indirecta*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006, pág. 329.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 11736.

³⁰ Díez-PICAZO, Luis: *op. cit.*, pág. 265.

³¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.* pág. 765. «La expulsión de la representación indirecta del campo de la representación descansa dogmáticamente en bases endeble, y nos vuelve a dejar además sin resolver el grave problema de la nueva transmisión que el representante ha de hacer al representado, pues no se ve, ni tampoco se preocupan los autores partidarios de esta línea por verlo, cuál es el negocio jurídico que debe ser cauce de ella».

³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil* Rivadeneyra. Madrid, 1972, pág. 128 y sigs.: «La eficacia representativa de la representación indirecta es también la más acorde al común sentir. Lo que adquiero por encargo y dinero de otro no es mío sino suyo».

³³ Ya en nuestros días se muestran también partidarios de la representación indirecta, en estos términos de eficacia sobre el mandante oculto pero interesado, DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006; y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «Comentarios al Código Civil», dirigidos por R. BERCOVITZ, *op. cit.*

³⁴ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio», *cit.*, pág. 765.

³⁵ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.*, págs. 777-778; y Díez-PICAZO, Luis: *op. cit.* pág. 274.

³⁶ Insisten en la interpretación tradicional de completa incomunicación entre mandante y tercero: SSTs. de 13 de junio de 1987 (*RJ* 1987\4297); 24 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4329); 14 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6920); 13 de abril de 1994 (*RJ* 1994\2797); 22 de abril de 1998 (*RJ* 1998\2597) y 4 de julio de 2000 (*RJ* 2000\6678).

³⁷ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* pág. 418.

³⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: la representación indirecta, *op. cit.*, pág. 329.

³⁹ Esta autora señala como casos exceptuados del régimen ordinario de incomunicabilidad los siguientes: los comprendidos en los artículos 1459 y 1717, II del CC; los del artículo 287 del C. de C.; casos de fraude de acreedores, con cita de las SSTs. 1 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982\7454) y 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997\5413); y los supuestos de los artículos 18, II, Ley de Sociedades Anónimas (responsabilidad de los fundadores); 74, III, LSA (suscripción de acciones propias); 88 LSA (operaciones prohibidas a la sociedad realizadas por persona interpuesta). Como es sabido, estas referencia habrán de remitirse a la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que derogó las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada., entre otras.

⁴⁰ Dice así el artículo 287: «El contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

⁴¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, I, Trivium, Madrid, 1996, 5ª ed., pág. 522.

⁴² Díez-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas. Madrid, 1992, pág. 272.

⁴³ Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas. Madrid, 1993. págs 416 y sigs.

(Trabajo recibido el 16-05-2013 y aceptado
para su publicación el 18-06-2013)