

TESIS DOCTORAL

"ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORIA GENERAL DE LA REPRESENTACION VOLUNTARIA, DE LA AUTORIZACION Y LA LEGITIMACION"

por Ignacio Colombres Garmendia

Padrino de Tesis:

Dr. Fernando López de Zavalía

I.1975 -

II.- LA TEORIA GENERAL DE LA REPRESENTACION

- a) Importancia-Concepto-Caracteres
- b) La llamada representación indirecta
- c) El problema en la Doctrina Nacional
- d) Diferenciación con Otras Actuaciones

III.- LA LEGITIMACION PARA ACTUAR. EL NEGOCIO BASE. LA AUTORIZACIÓN

A) Concepto. Diferentes conceptos y clasificación doctrinaria. Nuestra opinión.

B) La eficacia del acto representativo. La autorización. Clases. Terminología. Nuestra posición.

C) La Eficacia en la llamada Representación Indirecta y en otro tipo de Actuaciones.

D) Autorización y Negocio Base. Las Instrucciones. La Relación Base Laboral.-

IV.- DIVERSOS ASPECTOS DE LA AUTORIZACIÓN. PODERES GENERALES Y ESPECIALES

A) Los límites de la autorización.

B) Formas de apoderamiento. Formas expresas y tácitas.

Los Límites del Poder

V.- EL PROBLEMA DE LA AUTOCONTRATACION

A) Planteo del Problema

a) Técnica

b) Etica o moral

VI.- DOCTRINA EXTRANJERA

A) Doctrina y legislación alemana

1° introd.. a la Doctrina Alemana

2° Doctrina Alemana anterior al BGB

3° La Doctrina de Josef Hupka

4° El primer proyecto del Código Alemán y

el BGB

- a) Opinión de Hupka
 - b) Opinión de Von Thur
 - c) Opinión de Ennecerus
 - d) Opiniones de Oertmann y Lehmann
- B) Doctrina y Legislación Española
- 1) Doctrina
 - a) Roca Sastre
 - b) Manuel Albaladejo
 - c) Puig Peña
 - d) Miguel Travesias
 - e) Perez González y Alguer
 - 2) Legislación
- C) Doctrina y Legislación Italiana
- 1) Doctrina
 - a) Giorgi
 - b) Messineo
 - c) Cariota Ferrara
 - d) Betti
 - 2) Legislación
- D) Código Civil Portugués
- VII.- ANALISIS CRITICO**
- A) Análisis de la Doctrina
- 1) Factibilidad Técnica
 - 2) Naturaleza del Acto del Representante
 - 3) El Problema del Conflicto de Intereses
 - 4) Forma en que se Debe Manifestar la Declaración de Voluntad
 - 5) Consecuencias de la Realización del Contrato Consigo Mismo Prohibido
 - 6) Necesidad de una disposición expresa
 - 7) Utilidad del Instituto
 - 8) El Problema en la Representación Indirecta
- B) Análisis de la Legislación
- C) El Problema en Nuestro Código Civil

ACLARACIONES PREVIAS

El tema de la representación presenta para la ciencia del derecho una gama tal de matices que nos hizo que desistiéramos de tratarlo en su plenitud. Por lo pronto nos limitamos a la Representación Voluntaria y dentro de ella a la que regla el Derecho Civil, analizando solamente algunos de los aspectos que su tratamiento plantea, y que - en nuestra opinión- se destacan de los otros.-

Con la legitimación hemos querido dejar sentado - además de la problemática que ello trae, nuestra opinión sobre su estructuración.-

En el tema de la autorización hemos planteado los problemas que, a nuestro criterio, son fundamentales y requieren una interpretación de la doctrina.-

En todas las cuestiones hemos sido dispares con el método. recurrimos al sistema comparista en aquellos supuestos en que las circunstancias lo exigían. Igual criterio usamos para la cita doctrinaria nacional. En otros nos limitamos a dejar sentado nuestra opinión.-

II.- LA TEORIA GENERAL DE LA REPRESENTACION

A) Importancia-Concepto-Caracteres

Es fácil comprender que en nuestros tiempos el "actuar por otro" o el "hacer actuar a otro", en las relaciones negociales, ha tomado una gran magnitud. Dejando de lado, desde un punto de vista estrictamente jurídico, al carácter personal de la relación obligatoria, antes al hombre no le era tan fácil superar, en los hechos, lo que llamaríamos una privacidad o intimidad de su actuar. Las esferas jurídico-económicas particulares estaban cubiertas -por así decirlo- de un velo, que escondían esa intimidad. Hoy los tiempos han cambiado, la actividad privada ha visto multiplicar sus transacciones y en el campo del derecho público de hecho es imposible actuar por sí en todos los actos que las leyes, decretos, resoluciones, reglamentaciones o la fecunda y, aparentemente inagotable imaginación burocrática, deparan día a día, o más bien, minuto a minuto, a un simple ciudadano.-

Hoy la sustitución en los negocios, como la llaman los italianos, no solo se da, sino, que es una necesidad. Tal vez no siempre usando como medio la representación, pero si a través de las diferentes variantes que ofrece la sustitución o mediante la llamada simple cooperación¹.-

Si a este problema lo vemos desde el ángulo de la moderna organización empresaria, ya la dimensión que tiene la actuación de terceros en los negocios ajenos es formidable. Este fenómeno necesita que se lo analice desde el punto de vista jurídico, y de esta manera desentrañar un problema que hoy confunde tanto al profesional del derecho como al empresario u hombre de negocios, y al simple ciudadano sin actividad comercial o profesional.-

En un trabajo anterior ² definíamos la representación

¹ Sobre los conceptos de sustitución y simple cooperación, ver infra página.

² "Algunos Aspectos Comparatistas del Contrato Consigo Mismo en la Representación Voluntaria Civil, a través de la Doctrina y Legislación Alemana, Española e Italiana y el Nuevo Código Civil Portuges". Trabajo publicado en el Boletín N° 3 del Instituto de Derecho Civil y Comparado, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.-

diciendo que es el instituto jurídico que prevé la posibilidad que un acto jurídico (llamado acto representativo) sea realizado por una persona llamada representante (sujeto formal), quien lo hace en nombre de otra persona llamada representado (sujeto material), de manera tal que, en principio, los efectos del acto se producen, en forma directa e inmediata, sobre la esfera jurídica del representado, dependiendo ello de la eficacia del acto es decir de la existencia de la autorización necesaria, la que puede ser anterior o posterior al acto.-

El factum del fenómeno representativo está dado por ese desdoblamiento entre el sujeto formal y el substancial. Bien dice Ihering ³ respecto de la caracterización del acto representativo, que "en el fondo el principio de la representación no es otra cosa que la separación de la causa y del efecto del acto: de la causa, porque la acción concierne al representado. Existe pues, aquí una separación artificial de la que en el estado natural de la relación es uno".-

La representación se caracteriza por el modo de obrar en el representante y por los efectos que ella produce. En cuanto al modo de obrar, es en nombre del representado, sin que afecte la del representante, salvo hipótesis especiales, en las que la actuación del representante tiene algún vicio.-

Lo dicho, respecto a lo que la doctrina llama representación directa (que para nosotros es la única que realmente es tal), pero debemos decir que, en general, la doctrina habla de dos clases de representación: la directa y la indirecta.-

La mal llamada representación indirecta tiene como rasgo diferencial de la directa, que la actuación del representante es en nombre propio, en otros términos: la declaración de voluntad del acto la hace el representante (sujeto formal) en su nombre (nomine propio). Como vemos el elemento específico diferencial de la representación, cual es la actuación en nombre ajeno (nomine alieno) aquí no se da.-

El calificativo de representativo a este actuar en

³ R.Von Ihering - "El Espíritu del Derecho Romano" Tomo IV, pag. 191

nombre propio es porque algo hay de ajeno, y lo es el interés, que en nuestro Código Civil. -a lo menos en la representación que tiene que tener, obligadamente, "algo" de ajeno (argumento Art. 1892, in fine); regla que incluso se mantiene para la hipótesis del Art. 1977 sobre poder irrevocable (implícitamente antigua redacción y claramente texto de la reforma).-

Si bien el interés ajeno puede ser una característica del actuar representativo, no se puede decir que sea el elemento específico diferencias del instituto o tal vez -y mejor dicho- el signo identificador. Ya dijimos anteriormente ⁴que el problema del "interés", o sea aquella esfera jurídica-económica por la cual se actúa es, antes que nada, un problema interno de la relación base, extra acto representativo, la forma, modo y medida en que se gravará o beneficiará a los patrimonios del representado, y/o del representante y/o de un tercero, dependerá de las relaciones internas que rijan entre ellos. Por ejemplo el Código Civil en el art. 1892 -a propósito del mandato- indica diversos "intereses" por los cuales se puede actuar. Esto, aclarando que en algunos actos representativos en particular, pueden plantearse conflictos de intereses que pueden llegar a tachar de ineficaz, cuando no de nulo, al acto (p.ej. supuesto ad. 1908 CC).-

En cambio es indudable que el acto representativo se descubre, se exterioriza, cuando se actúa en nombre ajeno. Esto no ocurre con el actuar en nombre propio, que da al acto una apariencia de no representativo, no se "ve" el "actuar representado" y de allí que el actuar en nombre ajeno sea un elemento que hace a la misma esencia del actuar representativo, sea cual fuese su fuente.-

La otra cuestión, a que hicimos mención en la definición, es que los efectos del acto se producen -en principio- en forma directa e inmediata sobre la esfera jurídica del representado. Lo que ocurre es -siempre y cuando el actuar sea

⁴ "Algunos conceptos sobre la Teoría de la Representación en los Actos Jurídicos" pag. 73. Trabajo presentado con mucha anterioridad a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán y publicado en la "Revista Jurídica" N° 16 de la mencionada Universidad.

eficaz- que la forma de producirse los efectos está ligado al nombre que se invoque en dicha actuación.-

Compartimos el criterio de Cariota Ferrara, que al hablar de los elementos de juicio, para diferenciar la representación directa de la indirecta, dice que es criterio impropio y peligroso referirse al modo de producirse los efectos, ya que los efectos pueden variar, o mejor dicho son consecuencia de una u otra legislación ⁵.-

Creemos que este argumento es válido pero se debe aclarar que lo que realmente puede variar de una a otra legislación son los "trámites" necesarios para que los efectos lleguen en forma mediata o indirecta al representado, pero nada más, ya que la forma de producirse los efectos hacen a la esencia del actuar representativo y el legislador que quiera legislarlo tendrá que adecuarse a sus elementos esenciales, pudiendo solo variar aquellos elementos no esenciales.-

b) La llamada representación indirecta:

Nosotros ya nos pronunciamos categóricamente sobre el grave error que es llamar representación indirecta a la actuación en nombre propio y en el interés ajeno.-

Antes que nada es preciso aclarar la necesidad de diferenciar lo que es de lege lata y lo que es de lege ferenda. Es innegable que en el "actuar por otro o en el "hacer actuar a otro" podemos hablar en nombre propio y en nombre ajeno, y no solamente es una posibilidad, sino una realidad.-

Para nosotros, y aún de lege ferenda, no vemos en el actuar en nombre propio un acto representativo. El acto representativo, como dijimos, tiene que serlo abiertamente, no disfrazado, ya que en este último caso solo asumirá relevancia para el representante y tal vez para el representado, en cambio los terceros no percibirán a este actuar "para otro" del representante, lo que también puede ocurrir con el co-contratante.-

¿Qué el hablar en nombre propio fue lo común en los

⁵ Cariota Ferrara, Luigi. "El Negocio Jurídico" pag. 579 in fine. Ed. Aguilar Madrid 1956.-

orígenes del derecho romano? Sabido es, y tanto que por eso la doctrina romanista nos dice que no se puede hablar del acto representativo sino en la última etapa del Derecho Romano y sin llegar, por supuesto, a un perfeccionamiento⁶. Es decir, que esto lo único que hace es corroborar lo dicho.-

Aún los defensores de la representación indirecta, como Cariota Ferrara, piensan que "... no es del todo propia ..." dicha terminología por no corresponder a un significado "puro y originario". Pero a pesar de lo dicho por el eximio profesor de la Universidad de Nápoles, surge que si bien no es representación en sentido estricto, le dan ese nombre ⁷.-

Nosotros decimos que hay que recurrir a un nombre cuya finalidad es designar "otro actuar" y de esta manera convertir, innecesariamente, un concepto que bien podría ser unívoco, en equívoco, con los consiguientes trastornos.-

La buena doctrina, en general, rechaza la representación indirecta, si bien reconocemos que en algunos casos ello se debe únicamente porque a lo prescripto por el texto de la ley. Los Códigos Civiles Alemán e Italiano, al tratar la representación, únicamente hacen referencia a la directa.-

Por ello es que en la doctrina alemana Paul Oertmann ⁸ nos dice, al hablar de la teoría de Muller-Erzbach, (que defiende la representación directa) "...pero tal doctrina no se ajusta en lo más mínimo a nuestro derecho civil positivo".-

De igual manera Von Tuhr ⁹ "el representante debe actuar en nombre del representado..." y más adelante, refiriéndose a la representación indirecta, "...el Código Civil no incluye en la

⁶ Von Ihering, "El Espíritu del Derecho Romano", T.IV. 191 y 274. Peña Guzmán y Arguello. Der. Romano T II, pag. 344 in fine.-

⁷ Cariota Ferrara Op. Cit. pag. 580 y notas

⁸ Oertmann, Paul "Introducción al Derecho Civil" pag. 56, punto 1, in fine. Ed. Labor. La citada obra no es sino un pequeño trabajo del notable profesor alemán, siendo su obra más famosa "Kommentar 2 un Allgencinen Teil des Burgerlichem Gesetsbuch", no traducida al castellano de la cual -lamentablemente- solo tenemos noticia por las numerosas citas.-

⁹ Von Tuhr, Andreas. "Teoría General del Derecho Civil Alemán". Vol. III parag. 84, punto III, pag. 12. Ed. Depalma. Bs.A. 1948.-

representación este modo de cuidar de los intereses ajenos y no lo designa con un término técnico".-

Y finalmente el tratadista alemán, tal vez más conocido en nuestro país, que es Enneccerus ¹⁰ escribe al tratar la representación mediata "...no es representante en el sentido del Código Civil..." "... en el Código Civil no hay disposición alguna sobre representante indirecto".-

Esta misma tendencia notamos en la doctrina italizana con Coviello y Betti ¹¹, este último en uno de los párrafos de su libro nos dice "se presenta entonces la interposición gestoria, que a veces es denominada, con términos bastante impropios y equívocos, representación indirecta..., designación que nosotros evitamos cuidadosamente aquí".-

C) El problema en la Doctrina Nacional:

En lo que hace a la doctrina nacional, en primer término se debe aclarar que la teoría de la representación en la legislación argentina no está reglada en forma autónoma como es, la metodología de los códigos modernos y ello porque tal como se dijo, la representación es el instituto que prevé la posibilidad, y dada esta, las consecuencias, de un "actuar por otro" o del "hacer actuar a otro" y este es un fenómeno que puede producirse en casi todas las relaciones jurídicas, es decir que su campo de acción corresponde a todo el derecho, y por consecuencia su regulación a la parte general del mismo.-

El principio, no discutido en la doctrina extranjera, como en los tratadistas nacionales que se han ocupado del tema, no fue conocido por el Dr. Velez Sarsfield y de allí que trata el tema de la representación a través del contrato de mandato (arts. 1869 y ss. del Código Civil). Lo mismo hace el Código de Comercio que regla el instituto en el título dedicado al mandato y las comisiones o consignaciones (art. 221 y ss. Código de Comercio).-

¹⁰ Enneccerus. Derecho Civil. Parte General. T. II. parag. 167.-

¹¹ Coviello. Nicolás. "Doctrina General del Derecho Civil". pag. 431.
Betti, Emilio. "Teoría General del Negocio Jurídico" pag. 423.
Apart. B, inc. b. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 2da. Edición.-

Con la metodología de los códigos civiles y comerciales, es fácil comprender la "contraditio in terminis" que caracterizó las discusiones sobre la teoría de la representación en nuestro país.-

Hoy el panorama no está mucho más esclarecido y se puede decir que si bien los autores están empezando a otorgar a la teoría de la representación un real rango, estos autores aún siguen en minoría, sin lograr generalizar el auténtico método y concepto del instituto.-

Lo dicho es el motivo por el cual no se puede realmente decir que en la doctrina nacional, hay partidarios de la representación indirecta. Lo que ocurre es que el problema en nuestro derecho se plantea en otros términos ¹² y es en ver quienes dan o no, en forma esencial, el carácter representativo al contrato de mandato. En esta teoría se enrolan los primeros comentaristas del Código Civil, Segovia ¹³, Machado ¹⁴ y LLerena ¹⁵, como asimismo

¹² Basta leer las discusiones de "Segundas Jornadas de Derecho Civil" (realizadas en Corrientes en el mes de Noviembre de 1965) sobre el tema IV (La Representación y el Mandato en el Código Civil), para formarse una idea clara de lo manifestado. Lo mismo se puede decir sobre las "Terceras Jornadas" realizadas en Tucumán, al tratar el tema III "El Mandato Irrevocable. Fundamentos y Alcances". Sobre las Jornadas realizadas en Corrientes tenemos escrito un artículo titulado "Algunas Acotaciones a las Segundas Jornadas de Derecho Civil" publicado en la Revista Jurídica N° 17, pag. 125, de la UNT. En este artículo transcribimos la ponencia (pag. 15 vta.) que presentáramos con el Dr. López de Zavalía sobre el tema IV. Para ver las demás ponencias, despacho de comisión, etc. ver la publicación "Segundas Jornadas de Derecho Civil" publicadas por el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes 1965). Respecto de las Jornadas de Tucumán únicamente se puede consultar los Boletines que publicara el Instituto de Derecho Civil de la UNT, durante el transcurso de las mismas.-

¹³ L.Segovia "El C.C. de la República Argentina" , nota a su Art. 1861, pag. 508.-

¹⁴ J.O. Machado "Exposición y comentario del C.C. Argentino", t.V., párrafo 515, pag. 151.-

¹⁵ B.LLerena "Concordancias y Comentarios del C.C. Argentino", pag. 120, comentario al Art. 1869.-

posteriormente Salvat ¹⁶ y Lafaille ¹⁷. Entre los tratadistas modernos insite en esta posición Borda ¹⁸. El Mosset Iturraspe estuvo en un momento enrolado en esta tesis ¹⁹, la que parece luego abandonar en su "Teoría General del Contrato" ²⁰.-

Entre los sostenedores de la teoría moderna, a la cual, es justo decirlo, hace referencia por primera vez el ilustre Machado ²¹ cuando refiriéndose a las disposiciones del B G B, ²², y es menester aclararlo, no distingue claramente la representación y el mandato, sin que ello signifique negar que fue con su "Anteproyecto" que se logró que por primera vez se regle el instituto en forma armónica y acorde con las teorías modernas.-

Lamentablemente la Comisión Reformadora, por insistencia del Dr. Martínez Paz, y con el apoyo del profesor Lafaille, introduce cambios en el anteproyecto del Dr. Bibiloni, quitándole a la representación sus caracteres propios, ya que suprime el requisito de que el representante actúe en nombre del representado ²³. Cuando el Dr. LLambias elaboró ese gran proyecto de Código Civil que se conoce comúnmente como "Proyecto del 54" ²⁴, se vuelve al buen camino al establecerse, en su art. 189, "los actos concluidos por el representante en nombre del representado ... producirán efectos directamente en cabeza del representado".-

¹⁶ R.M. Salvar, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones" T.III pag. 110, párrafo 1737.-

¹⁷ Héctor Lafaille, "Cursos de Contratos". T.III. pag. 89.-

¹⁸ G.A.Borda: Trat. de D.C. Arg. Contratos t.II, Cap. 25, p.1, punto 1964, pag. 393.-

¹⁹ Fundamentos de la ponencia presentada a las Segundas Jornadas de Derecho Civil.-

²⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. "Doctrina General del Control", pag. Ed.

²¹ Op. Cit. pag. 151. p. 515.-

²² Juan Antonio Bibiloni, Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, T.I, pag. 160.-

²³ Reforma del Código Civil. Observaciones y actas de la Comisión. T.II. pág. 400.

²⁴ El Anteproyecto se encuentra publicado por el Instituto de Derecho Civil y Comparado de la Universidad Nacional de Tucumán.-

También se debe destacar que el Dr. Spota ²⁵, con su inagotable erudicción, hace un estudio comparatista de la representación, legando de esta manera a la doctrina nacional una gran fuente de estudio.-

Es el Dr. López de Zavalía, con sus siempre claros y evidentes conceptos, expuestos en ponencias y debates en las Jornadas de Derecho Civil que tratan el tema, como asimismo en su trascendental obra "Teoría de los Contratos" ²⁶, es quien demuestra, en forma más acabada, conocer la teoría general de la representación y sobre todo es quien introduce la temática en la discusión doctrinaria. Así es que también a nosotros, y gracias a las enseñanzas del mencionado maestro, nos toca escribir sobre el tema, en los trabajos ya citados.-

Finalmente, entre los civilistas, es menester citar al Dr. Ernesto Sanchez Urite que con su reciente "Mandato y Representación" ²⁷ enriquece la bibliografía sobre el tema.-

En lo que hace a los comercialistas es necesario destacar al Dr. Rodolfo Fontanarrosa ²⁸ quien acredita un categórico conocimiento del tema. También se debe mencionar al Dr. Luis Muñoz con su obra sobre contratos ²⁹.-

La cita de la opinión de los comentaristas argentinos, últimamente tan común, como a veces, tan tediosa, no es caprichosa, ya que de acuerdo a la posición que se tenga sobre como juega la representación y el mandato, implica, tal vez sin esa intención, pronunciarse sobre la mentada representación

²⁵ A.G. Spota, Tratado de Derecho Civil. t.I., Parte General, Vol. II (8), pág. 883, p.1 y Tratado de la Locación de Obra, p.83, t.1, pág. 218.-

Es de hacer notar que tanto el Prof. Muñoz como el Dr. Acuña Anzorena citan mal al Dr. Spota al decir que en su tratado de la locación de obra se pronuncia por el carácter esencial de la representación en el mandato.-

²⁶ López de Zavalía, Fernando. "Teoría de los Contratos". Parte General. pag. 284. Ed. Zavalía. Bs.As. 1969.-

²⁷ Edit. Abeledo-Perrot. Bs. As. 1969.

²⁸ Fontanarrosa, Rodolfo. Derecho Comercial Argentino. T.I., pag. 438. Ed. Zavalía. Bs.As. 1967.-

²⁹ Edit. Tea. Bs.As. 1960. T2, pag. 11 y ss.-

indirecta.-

Lo que ocurre, es que si se admite, por un lado, que el mandato es siempre representativo y por el otro se tiene que el mandatario puede también actuar en nombre propio (art. 1929 del CC) se vendría, por vía de consecuencias, a admitirse la denominada representación indirecta.-

Anteriormente sostuvimos ³⁰ cual debe ser, en nuestro criterio, la interpretación correcta del Código Civil Argentino. Veamos: El Art. 1869 nos dice: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza".-

De esta definición, poco feliz, pareciera surgir que el contrato de mandato tienen como consecuencia necesaria el convertir el mandatario en un representante. En otras palabras, que es esencial en el mandato el carácter representativo: es decir que se debe hablar de mandato representativo.-

Pero esto no es exacto, y lo demostraremos: El art. 1869 cuando dice: "...para representarlo, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta..." al darle carácter representativo al mandato, usó únicamente el concepto de representación directa, ya que dice "en su nombre", y aclaro esto para que no se diga que en el art. 1929 también hay representación. Si se argumenta diciendo que el Dr. Velez Sarsfield le fió carácter representativo al mandato en el Art. 1869, tiene que ser con el alcance que le dió, en ese mismo artículo, a la representación, es decir, actuación del mandatario en nombre ajeno.-

Si probamos que en el mismo Título IX -Del Mandato- vamos a encontrar casos de representación sin mandato, y de mandato sin representación, indudablemente que haremos una fuere fisura en la teoría que los ve siempre juntos.-

El mandato, como todo contrato, nace de un acuerdo de voluntades. El art. 1870 transcribe diversas hipótesis en las que hay representación, como ser -entre otras- las representaciones necesarias que poseen los padres respecto de sus hijos (ver art.

³⁰ Algunos Aspectos " pag. 76

57 del Código Civil). Alguien podría decir que hay un contrato de mandato entre el padre y sus hijos menores para que pueda aquel representarlos? Indudablemente que no; hay representación, pero no así mandato.-

Probada la representación sin mandato corresponde ahora hacerlo respecto del caso inverso: el mandato sin representación. El Art. 1929 del CC dice: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre o en el del mandante. Si contrata en su propio nombre o en el del mandante. Si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros. Este, sin embargo, puede exigir una subrogación judicial en los derechos y acciones que nazcan de los actos, y puede ser obligado por los terceros acreedores que ejercieron los derechos del mandatario a llenar las obligaciones que de ellos resultan".-

En dicho texto vemos claramente dos casos: a°) Que el mandatario puede actuar en nombre propio. b) Que si así lo hiciere no obliga al mandante, es decir que los efectos del acto no se producen sobre la esfera jurídica. Como se ve estamos ante un típico caso de las llamada representación indirecta que, como vimos, el art. 1869 no la acepta, ya que exige la actuación en nombre ajeno. Repito esto en otras palabras: el carácter representativo que le dá el Art. 1869 al mandato se refiere a la directa (actuación en nombre ajeno) o sea que el 1929 no es un caso de representación. Hay mandato, pero no así representación.-

Creemos que la demostración es clara. Es perfecto y de acuerdo al texto de la ley, sostener que puede haber representación sin mandato y mandato sin representación. Que es lo mismo que decir, que no necesariamente el mandato tiene que ir acompañado de la representación y la representación del mandato o sea que el mandato no es esencialmente representativo. Además tampoco en el campo contractual la única relación-base de la representación es el mandato, ello puede nacer de los contratos de sociedad, locación de servicios, de trabajo, etc.-

Entonces, y resumiendo, digamos que la representación, en el derecho Civil Argentino, se caracteriza por el actuar en nombre del otro, que es esencial.-

D) Diferenciación con Otras Actuaciones

Es importante, también, diferenciar la representación de otras actuaciones de terceros, que no tienen ese carácter. En la representación el representante es el que actúa en el acto o negocio; más técnicamente diríamos que es quien manifiesta la voluntad del acto que se realiza. Este es, casualmente, el elemento específico diferencial, respecto a otras formas de actuación que son las que Cariota Ferrara llama cooperación ³¹, en cuya hipótesis "el negocio es obra propia y exclusiva de la persona sobre cuya esfera jurídica debe desplegar influencia; la voluntad es suya, la manifestación también lo es". Ejemplos de estos cooperadores serían los intérpretes, asesores, mensajeros, auxiliares, etc. Nos parece adecuada la terminología de cooperación y no así de intermediación de Sanchez Urite ³², ya que esta última más bien corresponde a un actuar representativo.-

En la representación la cuestión es muy diferente, no se trata, jurídicamente hablando, de una simple cooperación sino que hay una real sustitución, en el actuar del sujeto titular (substancial) por otro sujeto (formal). El representante es el que hace, es la causa eficiente del acto, con las importantes consecuencias que ello implica. Para percibirla basta pensar que la manifestación de la voluntad es el motor generador de las relaciones jurídicas y esa manifestación, como está dicho, la hace el representante. Que a un representante se lo pueda llamar cooperador en un sentido económico, tal vez, pero jurídicamente, en lo que a la formación del acto se refiere (o sea en base a la declaración de voluntad) no es un cooperador, sino digámoslo así, directamente el operador.-

La figura que, comúnmente, es más confundible con la del representante es la del mensajero, también llamado nunciatus. Ya dijimos anteriormente ³³ que no se debe confundirlo con el representante pues este último elabora una declaración de

³¹ Op.Cit. pag.577

³² Op.Cit. pag.12

³³ "Algunos conceptos ..." (pág. 82)

voluntad, en tanto que el mensajero, lleva una declaración de voluntad ya elaborada. Nótese la diferencia. El representante habla de la siguiente manera: yo, Juan en nombre de Pedro digo ... (e inmediatamente hace una declaración de voluntad). Por el contrario el mensajero dice: yo, Juan digo que dice Pedro ... (y repite lo que dijo Pedro).-

Más adelante volvemos sobre el tema del mensajero, como otro tipo de actuación para otro.-

E) La Representación Pasiva:

La doctrina ha distinguido la representación Activa de la Pasiva. (Véase Von Tuhr Op. Cit. pág. 30 y López de Zavalía Op. Cit. pag. 286). La primera se caracteriza porque el actuar representativo es a través de una manifestación de voluntad, realizada en nombre del representado, en cambio en la pasiva el representante recibe (no hace) una declaración de voluntad en nombre del representado.-

Sinceramente esta distinción no nos pareció, en nuestros trabajos iniciales, de mucha significación. En ese entonces pensamos que la distinción más respondía a una realidad física, que jurídica.-

Hoy hemos abandonado esta posición y vemos en la distinción una gran importancia.-

Debemos aclarar que en nuestra opinión, el problema no se agota con la representación sino que es común a todo tipo de cooperación o sustitución. Bástenos para acreditar lo dicho citar el caso del nuncius que no solo puede serlo activa sino también pasivamente, tal cual surge del Art. 1151 in fine (Conforme Von Tuhr Op.Cit. pág. 31, que habla de un "mensajero de recepción").-

El citado autor alemán destaca bien la importancia que tiene el saber si estamos frente a un representante de recepción o frente a un mensajero de recepción, ya que en el primer caso se considera -como corresponde al fenómeno representativo- que la recepción por parte del representante (sujeto formal) produce efectos directamente en la esfera jurídica del representado (sujeto substancial), lo que no ocurre en el segundo supuesto.-

En la representación voluntaria el tema de la

representación pasiva tiene especial importancia en lo que hace al poder de representación ya que puede bien haber una legitimación Activa y no así la Pasiva o a la inversa (que sería más común).-

Una cuestión que ha preocupado a los que tratan este tema es, cual debe ser el modo de actuar en este tipo de representación. Los autores son acordes en sostener que al ser el actuar del representante, pasivo, mal se puede hablar de un modo de actuar referido a su persona.-

Aquí se debe mirar a la persona que emite la declaración de voluntad que va a recepcionar el representado y la doctrina estima que ella debe ser clara en el sentido que tiene como destinatario el representante en tal carácter, en otros términos que persigue producir efectos en la esfera jurídica del representado. Esto no significa exigir una forma sacramental, sino que simplemente no deja lugar a dudas, lo que puede surgir -como lo señala Von Tuhr- de las mismas circunstancias. Por ejemplo que si en juicio se hace una notificación al apoderado (representante con poder para juicio) de la contraparte, no hay duda que esta dirigida a él, en la medida que es casualmente apoderado de una de las partes en el juicio.-

III.- LA LEGITIMACION PARA ACTUAR. EL NEGOCIO BASE. LA AUTORIZACION.-

A) Concepto. Diferentes Conceptos y Clasificación Doctrinaria. Nuestra Opinión

Es indudable que el hecho de actuar por otro implica -de alguna manera- indavir una esfera jurídica que no es la propia. Aquí entramos al tema de la legitimación de ese actuar.-

¿Qué es la legitimación? Toda persona humana en su actuación cotidiana necesita cierta aptitud para lo que va a realizar, esta aptitud es necesaria para los hechos más simples de la vida (caminar, hablar, oír, ver, etc.) como para los actos más complicados (realizar una dificultosa operación quirúrgica, armar una computadora, manejar un auto a 300 Kms. por hora, etc.)

Esto es perfectamente válido en el campo del derecho, con la diferencia que aquí no hablamos de las personas humanas, sino, como corresponde, de los sujetos de derecho, que también

deben tener una aptitud (jurídica) para la realización de los actos (jurídicos). Esta aptitud también en el campo jurídico varía según el acto de que se trate (p.ej. meros actos de administración o actos de disposición).-

Este tema de la legitimación ha sido ampliamente tratado por la doctrina alemana e italiana ³⁴, que ha diferenciado la aptitud que otorga la legitimación de otras aptitudes, como es la capacidad. Nosotros agregamos que también se podría diferenciar de la imputabilidad, que es otro tipo de aptitud. También digamos que se debe diferenciar la aptitud del sujeto, con la aptitud (que la doctrina llama más bien idoneidad) del objeto. En el objeto la licitud, por ejemplo, es un tipo de aptitud, en cambio no podemos hablar, técnicamente, de ilicitud o licitud del sujeto.-

El concepto de legitimación varía de un autor a otro. Por ejemplo Cariota Ferrara ³⁵ nos dice que es la "específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos, es decir en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico". Para decirnos más adelante que "se distingue de la capacidad, que no expresa una particular relación, sino solo una aptitud intrínseca del sujeto".-

Betti ³⁶ también hace jugar la relación sujeto intereses. Para esto autor cabe hablar de una legitimación ordinaria o de primer grado y de una excepcional o de segundo grado. A su vez en el segundo tipo de legitimación Betti nos da a entender que hay una legitimación más excepcional que otra.-

Entiende por legitimación ordinaria la que le corresponde al titular de los intereses en juego (p.ej. dueño de la cosa) y por excepcional cuando la legitimación recae en un sujeto diferente y según el legitimado tengo o no derecho a esa legitimación (p.ej. la representación). Finalmente habla de

³⁴ Ver bibliografía citada por Cariota Ferrara (Op.Cit.) pág. 528, nota 21.-

³⁵ Op.Cit.pag. 528, párrafo 132

³⁶ Op.Cit. ág.176

legitimaciones aparentes que "son aquellas en que el negocio es realizado por quien no está en realidad legitimado... y sin embargo está dotado de eficacia jurídica en virtud de la tutela que se dispensa a los terceros de buena fe..." De esta última legitimación -entre otros- cita como ejemplo la posición del tercero que contrata con un representante ignorando la revocación del poder.-

Un cuadro sinóptico de la clasificación de Betti, sería:

		1) Ordinaria o normal	
Legitimación		2) Excepcional o de	a) por derecho
		2º grado	propio
			b) por poder
			c) aparente

Ya antes nos tocó ³⁷ aún cuando muy brevemente, incursionar en el tema de la legitimación. Antes que nada queremos rectificar una interpretación. Pensamos que la clasificación de Betti es la expuesta anteriormente en el cuadro sinóptico, y decimos esto ya que en nuestro "Pago a Terceros" hacíamos mención a la legitimación ordinaria o por derecho propio, si bien no es tan lejana a la ordinaria, no por ello deja de ser excepcional.-

En nuestra obra sobre El Pago por Tercero, ya dirigimos que preferíamos hablar de dos tipos de legitimación, de la por derecho propio y la legitimación derivada.-

Antes de seguir con lo que estimamos debería ser la clasificación de las clases de legitimación, digamos que pensamos que el concepto de la misma se lo debe buscar, más que a través del análisis de la relación sujeto-interés, en la finalidad jurídica del instituto de la legitimación, que no es otra que el otorgar eficacia al acto de que se trate. Nuestra posición estaba en que si tratamos de sacar un concepto de legitimación de la relación sujeto-interés y si se quiere que ese concepto sea completo, necesariamente caeremos en una definición casuística que no logrará, como corresponde, la síntesis conceptual. Por de pronto la legitimación no solo puede tener en cuenta el sujeto que

³⁷ "El pago por Tercero" pag.41 Ed.Plus Ultra.-

actuará, sino también el o los sujetos a quienes se quiera oponer el acto. También tendremos que analizar el problema del interés, combinándolo con el sujeto de que se trate, todo lo cual plantea una gama tan grande de posibilidades que hace imposible la búsqueda síntesis conceptual. Basta un ejemplo: Juan puede estar legitimado para disponer de un bien, pero solo respecto de Pedro, en un tiempo y en un lugar (ámbito de tiempo y espacio).-

La solución que proponemos de buscar la definición por la finalidad del instituto es, tal vez menos pretenciosa, pero posible. En base a ello diríamos que la legitimación es la situación jurídica particular de un sujeto de derecho respecto de la realización de ciertos actos, de manera tal, que los mismos sean jurídicamente eficaces ³⁸ respecto de uno o más sujetos de derechos, a quien o a quienes se pretende oponer el acto.-

Ahora sigamos con la clasificación. Ya dijimos que preferimos dividir la legitimación en dos grandes categorías:

A) Por derecho propio

B) Derivada

Es fácil comprender que nuestra clasificación toma como punto de partida, a la fuente legitimativa. Cuando hablamos de derecho propio, hablamos del derecho que tiene el titular del mismo y al concepto de la legitimación derivada lo sacamos negativamente, diciendo que es la que tiene todo sujeto que no es el titular del derecho de que se trata.-

Es importante no confundir el derecho que tiene el titular, con el derecho que tiene un tercero al ejercicio de un derecho, que no le es propio sino ajeno. Repitiendo ³⁹ un ejemplo digamos que el acreedor tiene, en algunos supuestos, el derecho de ejercer los derechos de su deudor, pero no quiere decir por ello que sea un derecho propio ya que siguen siendo del deudor.-

A su vez la legitimación derivada, siguiendo con el criterio de las causas fuentes, es posible de una subdivisión, en

³⁸ Sobre el concepto de eficacia ver Cariota Ferrara Op. Cit. pág. 320-Betti Op.Cit. pág. 347 y ss.-

³⁹ El pago por tercero pag. 42.-

legal y voluntaria ⁴⁰, es decir que el cuadro quedará integrado de la siguiente forma:

		1) Por derecho propio	
Legitimación			a) legal
		2) Por derivación	
			b) voluntaria

Como ejemplos prácticos podremos repetir, en la de por derecho propio, la del titular del dominio de una cosa para su enajenación. En la por derivación: En la legal, todos los supuestos de las denominadas representaciones legales (p.ej. la que tiene el padre de los hijos menores que están bajo su patria potestad, la de los terceros para realizar el pago de una deuda que no le es propia, el de la acción subrogatoria del art. 1196 Código Civil). En la voluntaria los supuestos de actos de apoderamientos.-

Con nuestra clasificación queremos poner un muy especial énfasis en distinguir dos tipos de negocios: a) el propio; b) el ajeno, aclarando que esta distinción la hacemos únicamente teniendo en cuenta el ángulo de la titularidad del ejercicio del derecho, independientemente del interés del actuar. Podremos ejercer un derecho ajeno, pero con un interés propio, p.ej. la ya mencionada acción subrogatoria del art. 1196 del Código Civil.-

B) La Eficacia del Acto Representativo. La Autorización. Clases. Terminología. Nuestra Posición.-

Explicada la legitimación debemos ahora ver como se legitima el actuar del representante, en otros términos que es lo que va a dar eficacia al acto representativo. El instituto legitimativo del actuar del representante es la autorización ⁴¹.-

⁴⁰ Desechamos la terminología que usáramos en trabajos anteriores de convencional, ya que ello implica circunscribirse a los actos voluntarios bilaterales y una gran gama de legitimaciones surgen, como vemos, de actos unilaterales. Con esto aceptamos una vieja crítica de nuestro maestro, el Dr. López de Zavalía.-

⁴¹ Para no asustar con el término autorización, debemos aclarar que aún cuando la terminología no es muy usada en la Argentina, es en cambio de uso común en la doctrina Alemana e Italiana, y ello como consecuencia de ser la terminología empleada por el B G B y

Hace algún tiempo y dijimos en nuestro trabajo "Algunas Acotaciones a las Segundas Jornadas de Derecho Civil" que "con la inclusión en la teoría general de la representación, del instituto de la autorización se pone orden en la terminología y se sistematiza perfectamente los diferentes casos de la actuación por otro en forma eficaz. El término autorización hace falta, es una pieza esencial para terminar la estructura de la Teoría General del Acto Representativo" ⁴².-

La autorización legitima el actuar del representante y por ende hace al acto representativo eficaz, y como consecuencia de ello oponible al representado, al co-contratante o erga omnes, según sea el alcance de la eficacia.-

Indudablemente que un acto puede tener eficacia relativa, es decir ser oponible frente a un sujeto y no a otros. Un ejemplo típico es la falta de inscripción en el Registro Inmobiliario de ciertos instrumentos, que lo hace no oponibles a terceros, pero no respecto del co-contratante. Cuando usamos la terminología erga omnes es para dejar en claro nuestra posición de que la posibilidad de oponibilidad de los derechos erga omnes no es -como muchos lo suponen- una característica de los derechos reales, sino también de los creditorios o personales. Lo que ocurre es que cuando "opongo" un acto lo puedo hacer con diversas finalidades. Normalmente en los derechos creditorios para obligar al otro sujeto a que cumpla con las prestaciones a su cargo, pero también puedo oponerlo a un tercero (cualesquiera que sea) para que respete mi derecho de crédito; que hará falta, en algunos supuestos fecha cierta, en otras inscripciones, en otras notificaciones previas, etc., no lo negamos, pero ese es ya otro problema, lo cierto es que el derecho creditorio también goza del derecho de oponibilidad erga omnes. ⁴³

el Código Italiano del 42.

En la Argentina fue empleada por el Dr. Bibiloni, en su Anteproyecto, por la Comisión Reformadora del 36 y por el Proyecto del Dr. LLambias del 54.-

⁴² Op. Cit. pág. 130.-

⁴³ Sobre el tema ver las discusiones que manteníamos con el Dr. Mosset Iturraspe al considerarse en plenario el Tema III de

Ya veremos más adelante que en algunos supuestos el acto representativo goza de una eficacia plena y en otros relativa, pudiendo esta relatividad ser más o menos profunda, según sea el número de sujetos frente a quienes el acto representativo será o no oponible.-

La autorización puede ser anterior al acto o posterior al mismo. La primera, es decir la anterior fue llamada por nosotros (siguiendo al Dr. López de Zavallía) autorización-poder, la segunda ratificación.-

Respecto del término ratificación, no hay duda que no solo es el término técnico jurídico que corresponde, sino, el usual en la terminología jurídica Argentina. (P.ej. arts. 1161, 1162, 1931/2 y 1935/6 del CC).-

No ocurre lo mismo con los términos de autorización-poder, no por el de autorización, que aún cuando extraño a nuestro lenguaje jurídico debe ser tomado por la doctrina, si se quiere, tal como dijimos, completar el cuadro de la teoría general de la representación. El problema es con el término poder, que tanto en la legislación como en la doctrina nacional han sido usados con una falta de precisión, que pueden llevarnos, más de una vez, a confusiones. Bastaría la confusión habitual entre la voz poder, con la de mandato.-

Con lo dicho queremos aclarar que no se nos escapa lo equívoco del término poder en el uso jurídico argentino, pero no por ello podemos sacrificarlo.-

Asumida esta terminología, resumamosla en un cuadro sinóptico:

Legitimación de la		Anterior al acto =
actuación represen-	Autorización	Autorizac. Poder
tativa		Posterior al acto=
		Ratificación

C) La Eficacia en la llamada Representación Indirecta y en otro tipo de Actuaciones.-

¿Qué ocurre con la actuación del representante en la las Terceras Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Tucumán.-

llamada representación indirecta? Indudable también necesitaría, en alguna manera, una legitimación para su actuar, ya que tendrá, a los menos, que oponer el acto al representado para que este asuma los efectos jurídicos. En los términos el representante indirecto también necesitaría de algún tipo de autorización. Nótese que el término autorización no lo variamos y ello porque es lo genérico. O sea que siempre cuando se busque lo legitimativo de la actuación de sujeto por otro, recurrimos al instituto-genérico de la autorización. Lo que variará será el tipo o clase de autorización pero esta, si queremos legitimar el actuar, siempre tendrá que estar presente.-

¿Qué clase de autorización es la que legitimará el actuar del representante en la representación indirecta? Aquí, siguiendo nuevamente al Dr. López de Zavalía, hablaremos de autorización-encargo.-

Hay otros tipo de actuación, tal como la de mensajero o nunciuos (art.1147 y 1151 del CC) ⁴⁴. El mensajero, como vimos, no elabora una declaración de voluntad, él transmite una declaración de voluntad elaborada por otro.-

Debemos aclarar que no necesariamente el mensajero lleva una declaración de voluntad emitida por el titular del negocio (sujeto substancial) sino, que bien puede llevar la de un sujeto formal (representante) ya que nada obsta a que este se valga de un mensajero o de cualquier otro tipo de cooperador para la realización del acto representativo.-

¿Qué legitima el actuar del mensajero, o en otros términos, qué le otorga eficacia a su actuación?

En los artículos 1147 y 1151 del CC se nota, en forma implícita, que aquel que presta un consentimiento (art. 1147), aquel que realiza una oferta (art. 1151) usa como medio de hacer llegar su declaración de voluntad al mensajero, por lo cual es indudable que hay una mínima autorización, ya que nadie puede llevar un mensaje, que pueda vincular jurídicamente, sino lo han autorizado para ello.-

Nos quedaría por ver que ocurre en las otras

⁴⁴ Ver supra Nota N°

cooperación, cuya gama puede ser infinita, en las cuales el actuar repercute jurídicamente en otra esfera jurídica.-

En estos infinitos supuestos también tendremos que recurrir al término de autorización. Analicemos un caso: Por ejemplo una gran tienda, cuya dueña es una persona jurídica, específicamente una sociedad anónima. Tenemos que esta tienda tiene una empleada que nos muestra la mercadería (con lo cual, tal vez, se "cierra" el contrato), otra que hace la factura, la que luego la vista, la cajera que nos cobra, la que empaqueta, y por fin la que nos entrega la mercadería o bien el cadete que la lleva a nuestro domicilio. Analizando esta situación veremos que cada uno de los empleados tiene un rol en el negocio. Indudablemente que quien sufre los efectos como vendedora es la sociedad anónima de la tienda, pero para concretar dicha operación se valió de una empleada (llamada comúnmente "vendedora"), de otra empleada para recibir el pago, de otra para la envoltura o embalaje, etc.-

De acuerdo a lo dicho vemos que siempre que haya un actuar por otro, ya sea a título de sustitución o de simple cooperación el término autorización tendrá que estar presente, ya sea para decir que existe legitimación del actuar, ya sea para negarla.-

Recién dirigimos que cada empleado tiene un rol. Analizando esto desde el punto de vista jurídico veremos que la empleada que atiende y nos muestra la mercadería y con quien cerramos -normalmente- la operación, bien podría actuar como una representante o simplemente como mensajera, según realice o no la declaración de voluntad negocial. Hay que tener en cuenta que normalmente las bases de la operación están dadas de antemano por la firma propietaria y los empleados se limitan a transmitir las, sin poder variarlas.-

También podrá ser, y nada obsta a ello, que el empleado actúe como un verdadero representante emitiendo la declaración de voluntad negocial, esto sería poco común en el ejemplo que analizamos de la tienda, pero no por ello imposible.-

Sea cual fuere la hipótesis (representante o mensajero) ya vimos que ambas necesitan para que su actuar sea eficaz, de

autorización.-

Analizando el actuar de los otros empleados veremos que a cada uno de ellos también le corresponde un rol jurídico en el negocio. Así tenemos a la empleada que cobra el precio, comúnmente llamada cajera. Jurídicamente diríamos que es la accipiens al momento del pago, es quien le permite al comprador cumplir con la prestación a su cargo. En este supuesto también hace falta, la debida autorización al accipiens, y ello surge sin duda alguna, del art. 731 inc. 1º del CC., que expresamente la exige para que reciba el pago eficazmente por otros.-

También tenemos al empleado que se limita a la envoltura o embalaje. Aparentemente el rol de este empleado puede parecer completamente superfluo, pero ello no es tan así, basta mencionar que podría generar responsabilidad hacia el vendedor (tienda) por la guarda y conservación de la cosa, pendiente la entrega. El hecho de la empacadora será atribuible a la tienda, ya que por ello actuaba. La autorización también surge aquí en la medida de que si se tiene el deber de llevar a cabo esta tarea, se está -en alguna manera- autorizado para ello.-

Finalmente nos toca analizar el problema del empleado que materializa la entrega de la mercadería, es decir quien hace la tradición de la cosa o en otros términos quien paga, cumpliendo la prestación a cargo de la tienda. Aquí vemos nuevamente la autorización ya que este empleado también necesitará de ello para el pago (la tradición) y así indica claramente el art. 1881, inc. 1º del CC.-

Otro problema es la autorización y por ende la legitimación y la eficacia en la representación pasiva. Ya dijimos al tocar este tema ut-supra que nada obsta a que un representado esté legitimado activamente y no así pasivamente o a la inversa.-

La fuente de legitimación es la misma, es decir la autorización, aquí el problema que nos aflige es otro. Recordemos antes que nada, que este trabajo considera la representación voluntaria. Hecha esta aclaración veamos el problema.-

En la representación activa al ser el representante el que actúa, él elige el momento en que lo hará o simplemente si lo

hará, ya que nada obsta a que un representante debidamente autorizado actúe por su representado. Con esto queremos decir que la declaración de voluntad del representante implica una libre decisión de realizar el acto representativo (un querer hacerlo). Todo lo contrario es el acto representativo pasivo, en el cual el representante-receptor, como lo llama Von Tuhr, no siempre va a concurrir al acto que riéndolo. Y ahora viene la pregunta en la representación voluntaria, puede pretenderse que el representante pasivo receptor tenga que recibir una declaración de voluntad, aún contra su voluntad?

Un ejemplo práctico: El representante manifiesta no querer recibir una declaración de voluntad y contra su voluntad le es emitida.-

Pensamos que habrá que estar a la interpretación del contenido del poder y las circunstancias de cada caso. En principio nadie puede ir a un representante cuando el representado puede perfectamente recibir. Doy un ejemplo: Juan inicia un juicio a Pedro y en vez de notificar directamente al Pedro lo hace a Pablo, en su carácter de representante, con poder general para juicio, de Pedro. Pablo puede tomar dos actitudes. Aceptar la notificación o rechazarla. Si se da la negativa a la recepción, pensamos que Juan deberá notificar nuevamente a Pedro.-

Muy diferente sería la cuestión si hay un juicio con la litis trabada entre Juan y Pedro y este último actúa a través de Pablo. En este caso una notificación que se hiciera en el juicio a Pablo, sería válido ya que este no podrá pretender que se la hagan directamente a Pedro.-

Lo mismo ocurre en otros tipos de relaciones. En la medida que un representante está nominado para esa relación el tercero puede perfectamente pretender que sea el representante quien recepcione en nombre de su representado y oponer a este dicha recepción.-

Si una persona ha elegido el uso de un representante sustituto la única forma de evitar que el tercero se entienda directamente con él, es reasumir el negocio o revocar el poder. A su vez si el representante no quiere recepcionar (en las hipótesis

que apuntamos está obligado a hacerlo) tendrá que renunciar al poder, con efectos para el futuro.-

Pensamos que es de aplicación lo dispuesto en los arts. 1964, 1966, 1967, 1968 y sobre todo el 1969. Es decir que cuando en una relación está actuando un representante la regla es que está obligado a recepcionar, salvo los supuestos que recién mencionamos.-

D) Autorización y Negocio Base. Las Instrucciones. La Relación Base Laboral.-

Es necesario distinguir perfectamente la autorización del negocio base. Se llama negocio base a la relación jurídica particular existente entre el representante y el representado (entre el sustituyente y el sustituto). Toda autorización, normalmente, implica un negocio base, que también podemos llamar negocio casual, referido a que la autorización tiene como causa-motivo a ese negocio. En otros términos la autorización es consecuencia de algún negocio base, la autorización sin ese substracto, en la práctica no tiene sentido, aún cuando le reconozcamos técnicamente su carácter abstracto.-

Lo dicho no significa que el negocio base o causal y la autorización se identifiquen plenamente, como tampoco que sean absolutamente diferentes, lo justo es que son dos cuestiones distintas, pero es necesario señalar cuando se vinculan y también cuando se desvinculan.-

Por un lado tenemos que en principio todo negocio base implica -de alguna manera- autorización. Así por ejemplo de un contrato de mandato, surge que el mandante autoriza al mandatario a realizar el o los actos jurídicos que tengan por objeto el mandato. De una locación de servicios, los hechos o actos que debe realizar el locador a favor del locatario, del contrato de trabajo también los hechos o los actos que debe realizar el empleado, con atribución patrimonial al empleador.-

Usamos el término "en principio" porque podría haber supuesto en que el negocio base no implique autorización. Por ejemplo en un contrato de sociedad de responsabilidad limitada, (negocio base) si bien implica autorización para el o los socios

gerentes que se designen, no es así referente al socio simple, que a nada está autorizado (en lo que a representar a la sociedad se refiere).-

También digamos que puede ocurrir que el negocio base y la autorización estén dados en el mismo acto (físico). Por ejemplo que en el mismo instrumento, donde se realice el contrato de mandato se otorgue la autorización. Esta unificación instrumental puede ser más o menos complicada, según se mezclen las facultades (autorización) con las prestaciones a cargo del mandatario, llegando a confundirse las unas con las otras, que es lo que ocurre en nuestro Código Civil con el título "Del Mandato", donde hay que hacer un verdadero trabajo quirúrgico para separar las normas específicas del contrato, de las referidas al poder (autorización), problema este que se plantea en forma similar en el Código de Comercio.-

Veamos ahora la diferenciación. Para este análisis se debe distinguir según se trate de una autorización voluntaria o legal. Veamos primeramente la que tiene como fuente la voluntad. En primer término la naturaleza jurídica de la autorización y de la relación base son muy diferentes. El negocio base es un acto tendiente a reglar las relaciones entre dos esferas jurídicas diferentes y de allí que sean dos las voluntades que concurren a su formación. Si a ello agregamos que tiene un contenido patrimonial, llegamos a que el negocio base es de naturaleza contractual (por supuesto que referido siempre a la representación voluntaria). Por ejemplo los contratos de mandato, locación de servicio, locación de obra, depósito, de trabajo, comisión comercial, sociedad, o cualquier otro mandato nominado o innominado, que implique, en alguna manera, un actuar por otro o para otro de prestaciones de servicios.-

La autorización es, por definición, unilateral ya que basta la sola voluntad del autorizante (llamado comúnmente poderdante) para que quede, como tal, perfecta. De este carácter unilateral surge la revocabilidad de la autorización, con las muy especiales excepciones en las que la ley establece la irrevocabilidad.-

En cuanto a los efectos, el negocio base crea a cargo del deudor de la prestación de hacer, una deuda, en cambio la autorización crea una facultad, ya que lo está legitimando para un actuar.-

Ahora nos preguntamos, puede haber una autorización sin negocio base alguno? Antes dijimos que toda autorización normalmente implicaba un negocio base, que le sirva de causa. El término de "normalmente" apuntaba a dejar a salvo el supuesto, muy especial, pero no de gabinete, que se autorice a alguien sin que exista negocio base alguno. Ya antes ⁴⁵ dimos el ejemplo de que Juan otorgue un poder a Pedro, sin haber mediado entre ellos relación alguna. Ahora deseamos profundizar este ejemplo. Si Juan otorga el poder (autorización) a Pedro y este último lo ignora está claro que no tiene relevancia ya que le falta de conocimiento de Pedro o más bien el no haber salido el acto de la esfera de Juan no le da relevancia jurídica al acto, salvo en el supuesto de representación pasiva.-

Si Pedro toma conocimiento, sin ningún otro tipo de explicación, la cosa puede variar, y decimos puede, habida cuenta que depende como se produzca la toma de conocimiento.-

Si hay una notificación de autorizante-representado (p.ejemplo una carta, un telegrama o la simple entrega del instrumento) y la recepción del autorizado-representante, es indudable que ello puede implicar la aceptación de la existencia de una relación base, cuyos efectos pueden llegar a no tener ejecución. Un ejemplo claro sería que Juan entregue a Pedro un testimonio de escritura pública conteniendo un poder general para juicios. Indudablemente que la aceptación del instrumento es la aceptación tácita de un contrato y nadie puede discutir que si el representado notifica luego al representante que debe actuar en un juicio, este deberá hacerlo bajo pena de incurrir en incumplimiento (Art. 1904 del CC).-

Con lo expuesto es ya fácil explicar que autorización y negocio base o causal son dos actos con autonomía jurídica formal y funcional. Por una parte pueden nacer en forma independiente,

⁴⁵ Ver supra pág.

tan es así que -como vimos- puede haber autorización y toda vía no el negocio base (se otorga el llamado poder general para juicios a un abogado, sin saber aún si aceptará vincularse con el poderdante). A la inversa, puede haber negocio base y no aún la autorización (se ha convenido con el abogado que actúa en un juicio, pero aún no se le otorgó formalmente el respectivo poder).-

Veamos la autonomía funcional. El representante lo único que debe probar para legitimar su actuar es la autorización es decir, que respecto al actuar para nada interesa la relación base, la que puede, perfectamente, permanecer oculta. En otros términos: Al tercero co-contratante, no le interesa que tipo de negocio vincula al representante con el representado, eso es extra acto representativo.-

Lo mismo podemos decir de las instrucciones, que son las directivas que da el representado (titular de la esfera jurídica que sufrirá los efectos) a su representante. Esto pareciera, en base a lo dispuesto en el art. 1938 del Código Civil, no ser así, pero no es la interpretación que preferimos.-

Para nosotros cuando el art. 1938 dice que los terceros co-contratantes tienen derecho a que se le presenten "las cartas órdenes, o instrucciones a que se refieran el mandato" se está haciendo mención a un tipo de instrucción u orden que hagan a la autorización misma, es decir que no sean realmente meras instrucciones, que son las que Velez llama, en el mismo artículo, "órdenes reservadas" o "instrucciones secretas" las que dice "no tendrán influencia alguna sobre los derechos de terceros que contratan en vista de la procuración, órdenes o instrucciones que le fueron prestadas". Nuestra interpretación concilia la incuestionable contradicción que habría, ya que a quien le toca juzgar cual es una instrucción reservada o secreta y cual la exigible? Repetimos la primera es la que realmente merece el nombre de instrucción ya que la otra son actos complementarios de la autorización y se confunden con ella. Aquellas -al igual que el negocio base- nada interesa al tercero. Esta sí, porque el tercero necesita saber el alcance de la autorización para ver la medida de

la oponibilidad del acto representativo al representado.-

La Relación Base Laboral

Debemos destacar que hay hipótesis en que la ley crea ciertas presunciones, respecto a la naturaleza de la relación base, según sea la forma de actuar del representante. Es lo que ocurre con la flamante ley de Contrato de Trabajo (Ley N° 20.744 art 4°) que presume la relación laboral para la hipótesis que el servicio se preste en favor de "quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración". Disposición que completa con los arts. 5°, 23°, 24° y 25° de la mencionada Ley.-

Sin lugar a dudas estas nuevas disposiciones (ya establecidas en leyes anteriores o bien aplicadas por la jurisprudencia en base a los principios que gobiernan la relación laboral) viene a introducir fundamentales cambios que tienen -sin discusión alguna- influencia en la relación base y de alguna manera en la teoría general de la representación.-

En lo que hace a la relación base está muy claro que el campo de la relación -base- laboral amplió su ámbito, en desmedro de las otras relaciones (mandato, locación de servicios, de obra, etc.). Para percatarse de la exactitud de la esta afirmación basta leer el art. 29 de la ley de Contrato de Trabajo (que trata el problema de lo que llama "socio-empleado") que considera empleado al socio vinculado a una sociedad"...con sujeción a las instrucciones o directivas..."-.

Si a lo dicho sumamos que la presunción juega a favor de la relación-laboral (art. 25), completamos el cuadro demostrativo de lo afirmado.-

En lo que hace a la influencia de la representación digamos que el amplio derecho a la revocación de la autorización, puede, en materia laboral, dar lugar a un derecho a indemnización (despido y preaviso). Es decir que si bien continúa la facultad de revocación, ésta tiene repercusión directa e inmediata en la relación base, lo que si bien no es privativo del supuesto de que la relación base sea un contrato de trabajo, (p. eje. la revocación de la autorización tiene -en alguna manera- repercusión en el contrato de mandato, art. 1958 del CC), se

introducen matices especiales. Un claro ejemplo de ello es que en las otras relaciones base en general la facultad de dar instrucciones puede ser ejercido con amplitud, lo que es tan fácil de afirmar en materia laboral (arg.Arts. 70 y 71).-

Finalmente también digamos que el dar instrucciones, facultad incuestionable del representado, es uno de los elementos tipificadores del contrato de trabajo, ya que los términos dirección, dependencia e instrucciones, no pocas veces, se entremezclan en la terminología laboralista.-

IV.- DIVERSOS ASPECTOS DE LA AUTORIZACION. PODERES GENERALES Y ESPECIALES.-

A) Los Límites de la Autorización.-

Que se entiende por límite de la autorización. Indudablemente que toda facultad como tal tiene un límite, es decir no es absoluta y ello es común incluso al ejercicio de todo derecho, que debe ser ejercido dentro de sus límites propios, sin perjudicar a terceros, respetando los derechos de otros, incluso su ejercicio no puede ser abusivo (art. 1071 CC), ya que se considera que no debe contrariar los fines que se tuvo en mira al reconocerlo. Y así podríamos seguir con innumerables supuestos de limitaciones.-

Con lo dicho queremos señalar perfectamente bien que hace a la naturaleza de una facultad o derecho, el que tenga sus propias limitaciones.-

Tal como dijéramos en las "Aclaraciones Previas" este trabajo trata de la representación voluntaria en la cual la autorización que da eficacia al actuar emerge de la voluntad (anterior o posterior al acto) del representado.-

Esta legitimación derivada que permite que una persona actúe, eficazmente, en nombre de otro, de tal manera que el acto que se realiza le sea posible, emerge de la autorización que da aquel por quien actúa a favor de quién actúa. La legitimación es para afectar la esfera jurídica del representado, es decir que este está -por así decirlo- cubriendo o transfiriendo a otro el ejercicio de derecho que le son propios y lo hace voluntariamente.-

Con lo dicho, es muy fácil de comprender que el que pone el marco al límite de la legitimación es, en primer término la propia voluntad del legitimante, y en forma supletoria, la ley.

Poderees Generales y Especiales

La ley (art. 1879) hace una clasificación entre poderes generales y especiales ⁴⁶. Esta división -a nuestro criterio- puede analizarse desde distintos puntos de vista.-

Velez de dió perfecta cuenta de lo difícil de precisar lo que es un poder general y así lo hace notar en su nota al art. 1879, cuando en una autocrítica nos dice que bastaría "la reserva de uno o algunos negocios para hacerlo especial".-

Tratando de salvar -a lo que siempre se debe tender- la terminología del Código, se puede interpretar que una cosa es el poder general y otra el "poder concebido en término generales". El primero es el genérico y es el del que habla el artículo 1879, que textualmente dice: "El mandato es general o especial. El general comprende todos los negocios del mandante, y el especial uno o ciertos negocios determinado". Pensamos, y ello surgirá de lo que sostendremos más adelante, que esta clasificación más que perseguir un fin jurídico busca ser acorde con el significado literal de los términos general y especial.-

El artículo 1880 textualmente dice: El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración, aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder, y que el mandatario puede hacer todo lo que juzgare conveniente, o aunque el mandato contenga la cláusula general y libre administración". De la lectura de este artículo surge, en forma evidente, que el poder concebido en términos generales no es "general", en el sentido del artículo 1879.-

⁴⁶ El Código realmente habla de mandato, lo que a la luz de la teoría general de la representación es un error, ya que realmente es el poder (en nuestra terminología la autorización-poder) que tal como explicáramos Velez no llega a diferenciarlo del mandato -lo que no podía hacer-. Lo que, de acuerdo a lo manifestado por Hupka, lo hace por primera vez un civilista de nombre Laband en el tomo X de la Revista de Derecho Mercantil (Zeitschrift fur Handelsrecht) autor y monografía tan citada, como pienso que inleído por autores argentinos.

La clasificación de general o especial surge del artículo 1879, pero el poder general no es el del artículo siguientes, es decir el 1880, que habla del poder "concebido en términos generales" y que únicamente comprende facultades de administración y que vendría a ser, en el concepto del art. 1879, especial.-

Pareciera sencillo sostener que, contrario sensu, el poder especial es el que no reviste el carácter de general y así es el sentido del artículo 1879 del CC., pero, lamentablemente, la cuestión no es tan sencilla. El término poder especial tiene un sentido técnico jurídico que no se agota con el recién expuesto y es el que surge del art. 1881 del CC. Aquí el término ya tiene un contenido diferente al del art. 1879 y al tenerlo el poder especial, necesariamente también lo tiene que tener el general. Ahora ya no se trata de hablar de general o especial, según se trata la legitimación del representante para uno, o algunos o todos los negocios del representado.-

Veamos el nuevo concepto. Poder general es aquél que para su otorgamiento (acto de apoderamiento) basta que se manifieste que se otorga una autorización, para la realización de cualquier acto. Todo lo contrario con el poder especial que está referido a ciertos y determinados actos para cuya realización debe específicamente autorizarse y son los que enumera el art. 1881 del CC, con las explicaciones que surgen de los arts. 1882/8 ⁴⁷.-

Nótese la diferencia. En el artículo 1879 decíamos:

Poder General: El que comprende todos los negocios del representado.-

Poder especial: El que comprende uno o ciertos negocios del representado.-

Con los artículo 1880 y 1881 la cuestión cambiaría, veamos:

Poder General: Aquel que para su otorgamiento

⁴⁷ Claro está que la necesidad del poder especial para determinados actos no surge únicamente del art. 1881 del CC. sino de diversas normas que tienen como fuente otras disposiciones legales (así el art. 9 de la ley sobre letras de cambio etc. etc.)

basta decir que se autoriza al representante para todos los negocios del representado.-

Poder Especial: Para su otorgamiento lo necesario en forma específica, hacen mención del acto de que se trate.-

Repitamos que el general del art. 1880, vendría se ser, en el sentido del 1879, especial.-

Está claro que las dos clasificaciones expuestas parten de puntos de vista diferentes. la primera, tal como está dicho, se atiende, más bien, a un simple sentido literario. La segunda, según el modo y la forma de la autorización. También se podría decir que una apunta a lo cuantitativo (art. 1879) y la otra a lo cualitativo (art. 1880/1).-

Saber cuales son poderes generales y especiales en el sentido del art. 1879, es fácil, surge del propio texto del artículo. Cambia fundamentalmente, la cuestión, en los arts. 1880 y 1881. pensamos que la diferenciación está dada por el tipo o naturaleza del acto. El poder general sería para los actos de administración y el especial para los de disposición.-

Ahora llega lo difícil, y es el criterio para saber cual acto es de administración y cual de disposición, tema que ha extenuado, y extenua, a la doctrina más caracterizada.-

De lo que dijimos hasta ahora, pareciera que para poder completar el cuadro de poder general y especial (en el sentido cualitativo) es necesario delimitar el ámbito del acto de administración, del acto de disposición y por ende caer en el laberinto que ello implica.-

Siempre pensamos que Vélez fue sabido o mejor dicho un erudito que, además era sabio, y agregamos esencialmente práctico. Al mejor estilo romanista, en su más auténtico sentido.-

Velez siempre le huyó a la atracción que tiene lo complicado. Una prueba cabal del buen criterio de Velez es la solución de nuestro Código en materia de divisibilidad e indivisibilidad, en el cual supo conjugar el laberinto intrincado de Dumolin o en las fuentes de las obligaciones (art. 499) en donde escapa a la división clásica, o en el concepto de culpa

(art. 512), en donde dejó de lado el sistema de la graduación.-

En materia de actos de administración, también Velez fué práctico.-

En nuestro criterio si se está al principio de que los actos de disposición son aquellos para cuya realización el representante necesita un poder especial, tales como los supuestos del art. 1881 (y los demás casos contemplados en otras disposiciones legales), todos los demás, es decir aquellos para los cuales no hace falta poder especial, son actos de administración, es decir llegamos a ellos por un método negativo.-

Esta interpretación podrá chocar -y no lo negamos- ya que indudablemente el concepto real de actos de disposición no se agota con el art. 1881 y demás disposiciones que exigen el poder especial para otros actos, pero también es indudable que con este sistema se evita dejar librado a la doctrina y jurisprudencia resolver un tema tan difícil y engorroso como el que nos ocupa. No en vano Velez dice en la nota al art. 1879 -in fine- "los artículos siguientes de este título salvan las dificultades prácticas que podrían ocurrir", entre cuyos artículos está casualmente el art. 1881. (Lo subrayado es nuestro).-

Si se considera que el poder concebido en términos generales (art. 1880) solo comprende (tal como lo dispone la ley) "los actos de administración" y no consideramos que el art. 1881 cubre a todos los actos de disposición, tendríamos una verdadera laguna. Si se otorga un poder en términos generales y además con las facultades enumeradas en el art. 1881, tendríamos que aún no es poder "general" en el sentido del art. 1879.-

De no aceptarse nuestro criterio es indudable que en la práctica sería imposible otorgar un poder que sea realmente general, y esto realmente sería grave. Es sabido que el acto de vender, según cual sea la cosa objeto puede en una circunstancia ser un simple acto de administración, para convertirse en otro supuesto en un verdadero acto de disposición. Por ejemplo la facultad de vender de un gerente de negocio. Si vende la mercadería que el negocio tiene para la venta no hay duda que es un acto de administración. En cambio si vende un bien de

uso del negocio (la máquina de calcular, el mostrador, etc.) está realizando un acto de disposición.-

Por otra parte tenemos que no se podría otorgar el poder diciendo "para que realice todos los actos de disposición" ya que estaría concebido en términos generales y por imperio del art. 1880 únicamente comprendería los actos de administración. De lo expuesto surge que nuestra solución es la única que permite llegar al poder general, que de alguna manera Velez lo concibió al redactar, tal como lo hizo, el artículo 1879.-

Si se lee atentamente los supuesto del art. 1881 veremos que comprende reales actos de administración y que en diversos supuestos (incs. 1º, 2º, 8º, 9º, 10º, 11º y 17º) referidos a un mismo negocio (p.eje.pago) distingue según sea ordinario (de administración) o extraordinario (disposición), para exigir o no el poder especial.-

O sea que la regla es que basta el poder general, salvo para aquellas hipótesis que la ley exige la autorización específica, es decir el poder especial.-

Analizando el carácter del art. 1881 y los ss. sobre poderes especiales nos inclinamos, sin dudar, por su carácter taxativo y siempre ha sido esa la idea del legislador argentino, que cuando ha querido salirse de la regla del poder genérico lo hizo notar (p.eje. ley cambiaria).-

Reiteramos que no dudamos que con este sistema quedan muchos actos, que son de verdadera disposición, en el terreno de los actos de administración, pero tampoco dudamos que con el otro sistema se crea una inseguridad jurídica que afecta seriamente el tráfico jurídico.-

Posiblemente la crítica más tajante que se puede hacer a la teoría que sustentamos, es que con un mero poder de administración se podrían realizar actos que realmente son de disposición.-

Analicemos la situación. Uno de los ejemplos más clásicos de un acto enumerado en el art. 1881, pero que puede realmente implicar acto de disposición es la enajenación de cosas

muebles. Aceptamos que desde un punto de vista económico-negocial múltiples ventas de cosas muebles pueden ser actos de disposición, por ejemplo la venta de un tractor de una finca cañera cuyo estado es perfecto, es decir no requiere venderse como medida de administración (p. eje. reposición).-

De lo dicho surge, y así lo explican los sostenedores de esta teoría, que para saber si la enajenación de cosas muebles es o no un acto de disposición habrá que estar a las circunstancias que rodean al caso particular.-

No se puede negar que lo que busca la doctrina que difiere con nuestra posición es dar seguridad a los actos realizados a través de un apoderado. Y casualmente nosotros estimamos que no lo logra. En primer término porque es prácticamente imposible cubrir la enunciación de todos los casos que se pueden presentar y en segundo lugar -y es lo más grave- porque las fórmulas genéricas que se puedan buscar no lograrían ser lo suficientemente claras para no plantear aun dudas.-

Tentando una fórmula genérica en un otorgamiento de poder se podría decir que el apoderado puede enajenar todos los bienes muebles, que no sean bienes de uso. Nuevamente caemos en el problema, ya que necesariamente se necesitará conocer diversos antecedentes para calificar a un bien de uso o de cambio. Por ejemplo la venta de una vaca, en edad de servicio, en una cabaña, aparentemente es una venta de un bien de uso, pero si esa vaca tiene un problema que le impide procrear se transforma en un bien de cambio. Deberá el tercero contratante exigir el certificado veterinario?. Con esto creemos demostrar que no se soluciona el problema.-

Por el contrario estimamos que nuestra teoría no implica que el apoderado pueda realizar libremente cualquier clase de actos. El sabio art. 1905 limita las facultades del apoderado de acuerdo a "la naturaleza del negocio"! es decir se puede estar facultado para la venta de todas las cosas muebles, pero siempre el apoderado tiene el freno del art. 1905.-

No desconocemos que el mencionado artículo tiende a cubrir, mas que nada, la relación poderdante-apoderado,

pero no se puede negar que también enmarca las facultades respecto del tercero, el que si pretendería, ateniéndose al texto literal del art. 1934, ignorar la naturaleza del negocio, incurriría en una mala fe cuya sanción no sería otra que la ineficacia del acto. Por ej. si un abogado con poder general para juicio pretende...

Finalmente debemos hacer notar que es común, en la jerga notarial, hablar del "poder general amplio de administración y disposición". Este tipo de poder es aquel que además de ser un "poder concebido" "en términos generales" enuncia todos los supuestos en que se requiera específicamente el poder especial, con lo cual se logra, realmente, un poder general, en el sentido del art. 1899. Igualmente los contratos sociales al enumerar las facultades...

mencionaremos que también es común hablar de poder general, para ciertos actos. Para ejemplificar nada mejor que traer a colación el llamado poder general para juicio. Técnicamente y al tenor de lo dispuesto en el art. 1879, se puede decir que estamos ante un poder especial. Lo mismo ocurre cuando se da un poder general, pero referido a uno solo de los negocios del representado, p. eje. poder general para actuar en bancos.-

B) Formas de apoderamiento. Formas Expresas y Tácitas

El tema de las formas de apoderamiento, es absolutamente diferente al anterior. Allí hablamos -en los dos sentidos que explicamos- de tipos, clases o especies de poderes, ahora nos toca hacerlo de la forma.-

Antes que nada aclaremos que el hecho de que un acto requiera el poder general o especial (en el sentido cualitativo de los arts. 1880/1) por si solo para nada determina la forma.-

Como regla, pareciera, que el acto de apoderamiento en nuestro Código, no es formal, y ello surge de los artículos 1873 y ss. cuya amplitud de forma torna al acto no formal, pero esta apariencia -como todas- desaparece con la lectura del inc. 7º del art. 1184, que es de tal amplitud, que ocurre que la excepción supera la regla.-

El artículo 1873 nos dice: "El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado, por cartas y también verbalmente". Y el 1874 dice: "El mandato tácito resulta no solo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre".-

Por su parte el art. 1184 en su encabezamiento expresa: "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública", para decir en el inc. 7º: "Los poderes generales o especiales que deben presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública".-

Lo genérico del inciso es el término "administrar bienes" y si al término bien le damos el alcance técnico - jurídico del artículo 2312, tenemos que dentro del ámbito patrimonial el apoderamiento es formal y nada menos que con el carácter del artículo 1184 ⁴⁸

Antes que nada debemos analizar si los arts. 1873 y ss y el inc. 7º del 1184 se refiere al poder y no así al mandato, en cambio los arts. 1873 y ss. se refieren tanto al contrato de mandato como al poder y es más, no solo a la autorización-poder (siempre anterior al acto) sino también a la autorización-ratificación que es posterior al acto y es el supuesto del art. 1874 que da relevancia a la abstención del representado ante un acto realizado en su nombre.-

Esta interpretación no es compartida por nuestro maestro el Dr. López de Zavalía ⁴⁹ Todos los argumentos de él lo compartimos, pero de lege ferenda, no así de lege lata, donde -en nuestro criterio-, lamentablemente, no cabe otra interpretación.-

A los fines de menguar los alcances del artículo 1184 inc. 7º preferimos ir por otro camino y es ver el real

⁴⁸ Sobre el análisis de esta norma nada mejor que ver López de Zavalía.Op.Cit.pág.196

⁴⁹ Op.cit. pág. 199

alcance de la terminología que aparentemente generaliza, cual es la de "poderes para administrar bienes". Creemos que la clave está en el término "administrar", no se trata de un poder para un acto (p. eje. percibir un pago) sino para la realización de un conjunto de actos (p. eje. poder general para juicios, para actuar en bancos, etc.), ya que por definición el que administra no lo hace con un solo acto, sino varios actos, que dan a la acción, por así decirlo, un tracto sucesivo.-

Pensamos que con esta interpretación no resentimos -lo que siempre es peligroso- el texto de la ley y por otro lado logramos que la interpretación responda a las "exigencias vitales" a las que hace mención López de Zavalía.-

La interpretación que expusiéramos incluso responde a los que con acierto sostienen (López de Zavalía op. cit. pág. 184) que la forma constituye un fuerte dique contra la precipitación y dota de mayor visibilidad al acto para su conocimiento por los terceros.-

En el caso del poder para un acto aislado Velez quiso la amplitud de forma, en cambio para la administración de bienes, para la representación judicial, con buen criterio, fue estricto y exigió la escritura pública ⁵⁰.-

Dentro de la liberalidad de forma establecida por Velez en los arts. 1873 y ss también tiene cabida, en forma explícita, la tácita. Traemos a colación el tema ya que es necesario no confundir el poder expreso, terminología que apunta a la forma de otorgarse el poder, con la del poder especial (sentido cualitativo del art. 1881). Son dos cuestiones totalmente diferentes.-

El poder especial puede ser otorgado tanto en forma expresa como tácita y de allí que hayamos tenido tanto cuidado cuando nos referimos a aquel de hablar de poder específico para ciertos actos y no así expreso, sin que ello implique que en

⁵⁰ Igual criterio de poder para administrar (acción sucesiva) y poder un acto creemos se debe usar para distinguir cuando, en base a lo dispuesto en el art. 60 de la ley de Sociedades Comerciales, se debe inscribir o no un poder en el registro Público de Comercio. El que debe cumplir este requisito es el poder de administración, es decir aquel referido a más de un acto.-

ciertos supuestos se requiere que sea específico (especial) y también expreso. En resumen y sinópticamente podemos decir:

- a) Poder general otorgado tácitamente.
- b) Poder General otorgado expresamente
- c) Poder especial otorgado tácitamente
- d) Poder especial otorgado expresamente.

Los Límites del Poder

Bajo este título queremos desarrollar el análisis de cuales son las reglas que establecen los límites del poder, tan bien desarrolladas por Veles.-

Antes que nada digamos:

1) Límite por el propio acto de apoderamiento.-

El representante no puede ir más allá de los límites fijados en el propio acto de apoderamiento, esta regla está expresamente establecida en el art. 1905 del CC.-

El apoderamiento como legitimación derivada que es---- fija los límites de esa derivación, la que estará motivada por la naturaleza del negocio, por la confianza entre representado y representante y todas las causas-motivos que pueden concurrir en un acto voluntario unilateral.-

El representante que supera las facultades dadas por el representado, va más allá de lo querido por el legitimante, queda "fuera de límite" y por ende, en la medida del exceso, su actuación será ineficaz y por lo tanto inoponible, salvo que este ratifique el actuar sin poder (Art. 1931).-

La lectura del art. 1905 insinúa que puede haber una limitación expresa en el acto de apoderamiento, es decir que el autorizante o poderdante explicitamente manifieste los límites de la autorización y otra tácita o implícita que surge de la propia "naturaleza del negocio".-

2) Límite dado por el resultado del negocio.

Otro límite a la legitimación está dado por el resultado del negocio. Ello surge de los arts. 1906 y 1907.-

El art. 1906 considera que no se consideran traspasados los límites cuando el negocio "ha sido cumplido de una manera más ventajosa".-

A su vez el art. 1907 contrario en....dispone que el apoderado debe abstenerse de cumplir el mandato "cuya ejecución fuera manifiestamente dañosa al mandante".-

En ambos artículos Velez habla de mandante y mandatario, pero por la aplicación genérica de estas disposiciones es indudable que se aplican toda vez que el autorizado, sea cual fuere, va a realizar un negocio con repercusión en la esfera jurídica del representado.-

En el supuesto del negocio dañoso para el poderdante habría una especie de cesación de la autorización, ya que de acuerdo a los textos examinados es claro que todo poder está condicionado que en el ejercicio de la facultad no se perjudique al legitimante, lo que chocaría con la esencia misma del apoderamiento.-

En el supuesto del art. 1906 la cuestión es todo lo contrario. Aquí -aparentemente- se ampliaría la autorización, es decir el apoderado podría ir más allá de la autorización siempre y cuando con ello haga un negocio más ventajoso "que el señalado por este". Estas últimas palabras del citado artículo son las que nos llevan a la interpretación expuesta. Velez quiere expresarnos que si en las facultades del acto de apoderamiento no son suficientes para obtener un resultado de mayor provecho al apoderado las podrá exceder.-

3) Límites dados por el conflicto de interese

Cuando se plantea un conflicto de intereses entre poderdante y apoderado ello solo no es causa para que el apoderado se abstenga de actuar, es menester que de preferencia a su interés.-

Aparentemente este artículo no haría falta y bastaría con lo dispuesto en el artículo 1907, pero la cuestión no es tan sencilla. Si bien con lo dispuesto en dicho artículo el apoderado no puede perjudicar, en ningún supuesto, al poderdante. El art. 1908 no llega a tanto, es decir no exige el perjuicio; le basta conque se de preferencia a los intereses del apoderado.-

Ahora nos preguntamos si podría haber una contradicción entre los arts. 1906 y 1908. En otros términos si el

apoderado dió preferencia a sus intereses y aún así el negocio fue ejecutado de una manera más ventajosa para el poderdante.-

Pensamos que prevalece el art. 1908 por lo cual el poderdante podrá, en base a lo dispuesto en el art. 1909 y 1911, exigir al apoderado que le entregue lo que haya recibido.-

Sobre el problema de los conflictos volveremos al tratar el tema del autocontrato.-

4) Variación de los límites de la autorización según entre quienes se analiza.-

Es necesario tener en cuenta que los límites de la autorización y las consecuencias de las extralimitaciones que podría haber, no solo es un problema que apunta a las relaciones autorirante-autorizado, sino también a los terceros que mantengan la relación jurídica ⁵¹ con el apoderado. Incluso la interpretación puede variar de uno a otro supuesto.-

El saber si el apoderado actúa dentro de los límites interesa al poderdante o autorizante para determinar la responsabilidad del apoderado en relación al negocio base ⁵² que exista entre ellos. Por ejemplo el mandante quiere saber si el mandatario efectuó correctamente el mandato. A su vez el mandatario puede llegar a pretender una indemnización, en un supuesto como el considerado en el art. 1953 del CC. y siempre querrá que el mandante lo libere del negocio realizado en su nombre (art. 1951 del CC).-

La cuestión en cambio varía para el tercero con quien el autorizado mantuvo la relación. Aquí ya se persigue saber en que medida se podrá oponer el negocio al sujeto material, es decir al poderdante y en que manera el poderdante podrá a su vez, exigir el cumplimiento al tercero.-

Esta división o enfoque dual de la cuestión de saber si se actuó o no en los límites del poder, según sea en relación al poderdante frente al apoderado o en relación al tercero con quien se mantuvo la relación, es a nuestro entender el

⁵¹ Decimos relación jurídica y no contrato en la inteligencia que el término contrato limitaría la actuación del apoderado

⁵² Respecto al negocio base ver supra pág.

criterio del propio Velez. Para esta interpretación nos basamos en el artículo 1934 del CC., que nos dice: "Un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuración, aún cuando el mandatario hubiere en realidad excedido el límite de su poderes".-

Es decir que podría ser que un acto analizado en la relación poderdante-apoderado se considerará realizado en exceso de autorización y en cambio mirando el mismo acto en la relación poderdante-tercero, debe considerárselo dentro de los límites.-

Hay supuestos en que el apoderado podrá hablar de exceso de poder para responsabilizar de ello al apoderado (p.ejem. los supuestos de conflicto de intereses -art. 1908- y de resultado dañoso -art. 1907) y en cambio no será, en principio, fácil que los traiga a colación para quitarle eficacia al acto respecto al tercero frente a quien el sujeto formal actúa (salvo hipótesis especiales de connivencia).-

V.- EL PROBLEMA DE LA AUTOCONTRATACION

A) Planteo del Problema

Sabemos bien que el contrato es el acto jurídico bilateral por excelencia, y de allí que pensar en un contrato concluido por una sola persona parezca, no solamente contradictorio, sino lógicamente imposible.-

El carácter personalísimo que tuvo en una época del derecho romano la obligación, es indudable que ha evolucionado -y evoluciona- siendo una prueba cabal el instituto de la representación.-

El fenómeno representativo permite que una sola persona pueda actuar en dos esferas jurídicas distintas, por la propia y la de su representado o bien por la de dos representados diferentes. El primer caso lo llamamos de representación simple y el segundo la doctrina la denomina "doble representación".-

Vista la posibilidad de que una persona actúe por dos esferas jurídicas surge la pregunta de si puede hacer contratar a esas dos esferas. Dos son las objeciones que le hizo la doctrina, una llamada técnica y otra ética o moral.-

a) Técnica: Siendo el contrato el acto jurídico bilateral por excelencia, es posible que sea la obra de una sola persona?.-

b) Etica o moral: No es un serio peligro para el o los representados, la posibilidad de que el representante otorgue preferencia, a su propio interés, en desmedro del que representa, o bien, en el caso de la doble representación, que prefiera a uno de sus representados, en perjuicio del otro?.
resumiendo esta objeción podemos preguntar: puede el representante conciliar el conflicto de intereses, haciéndole compatibles?.-

Mucho se discutió en la doctrina sobre estas objeciones, unos tratando de superarlas para hacer viable el contrato consigo mismo, otros afianzándolas para optar por su rechazo.-

VI.- DOCTRINA EXTRANJERA.-

A) Doctrina y legislación Alemana:

1º Introducción a la Doctrina Alemana:

Creemos necesario una introducción previa respecto a la discusión en la Doctrina Alemana, pues es en ella donde se examina por primera vez el contrato consigo mismo con un método y una técnica que elevan la cuestión a un nivel científico que no se había logrado anteriormente.-

Consideramos que el motivo que dió lugar a esta discusión fue el hecho de encontrarse Alemania abocada a la redacción del Código Civil. doctrina tuvo que fijar su posición y algunos institutos fueron discutidos en forma extensa, encontrándose entre ellos -sin lugar a duda- el de la representación, en el cual el problema del contrato consigo mismo tiene un lugar privilegiado.-

Para analizar la discusión doctrinaria en el Derecho Alemán, dividiremos a el tema en dos etapas: a) Antes de la sanción del BGB; b) Desde la sanción del BGB.-

Para la primera etapa seguiremos al maestro de la representación, Josef Hupka ⁵³, quien transcribe las diversas

⁵³ Autor del ya legendario libro publicado en 1990 y cuyo título original en alemán es Wollmacht (El Poder) y fue retitulado en la traducción castellana como "La Representación voluntaria en los

opiniones sobre la materia. Lo fundamental de estas discusiones está en que de ellas surge el planteo de toda problemática, las objeciones técnicas, éticas, el alcance del contrato consigo mismo, etc.-

2º) Doctrina Alemana anterior al BGB.

Estando a lo dicho por Hupka, parece que uno de los primeros autores que planteó el problema en un trabajo especializado, fue Romer en 1874 en la "Revista del Goldschmidt para el Derecho Comercial", en un artículo titulado "El Negocio Jurídico del Representante Consigo Mismo".-

Este autor empieza diciéndonos cual es, para él, la objeción principal que se opone a la admisibilidad del autocontrato viéndola en el axioma de que nadie puede crear derechos ni obligaciones para consigo mismo.- Al analizar la representación dice que es el instituto que la permite ya que "la voluntad del representante se considera como la voluntad del representado".- Piensa que tan está en lo cierto que en las legislaciones donde la representación es una excepción, también lo es el contrato consigo mismo y a la inversa, donde es admisible en general ocurre igual con el contrato consigo mismo. Para lo primero da como ejemplo el Derecho Romano y para lo segundo el actual.-

Según Hupka la opinión de Romer es compartida por los autores Windscheid, Kohler y Hahn ⁵⁴.-

Como se ve esta posición analiza únicamente el inconveniente técnico.-

Otra posición es la sostenida por Dernburg ⁵⁵, Mitteis y Behrend, quienes no discuten la posibilidad jurídica del contrato consigo mismo, pero si hacen incapié en la ética o moral por "la colisión de intereses que ordinariamente se da en ella y

Negocios Jurídicos", realizada por el catedrático español Luis Sancho Seral y editado por la Revista de Derecho Privado de Madrí. Para el contrato consigo mismo ver Cap. II, párr.16,p.246,op.cit.

⁵⁴ Al solo efecto de ser útiles a quienes leen el alemán -entre las cuales, lamentablemente, no nos encontramos- citamos las obras tal cual lo hace Hupka: Kohler: Ces Abhandlungen, p.9,n; Hahn: Goldschmidts Zeitschr F. Handelsr XXIX, p. 3.-

⁵⁵ Preuss, Privatrecal. Pand. Preuss. Vormundschaftsrecht

el peligro, que éste envuelve, de perjuicio para el representado". Es decir que cuando ella se produzca, es inadmisibile el contrato consigo mismo.-

En lo que difieren estos autores es en la forma de caracterizar jurídicamente la inadmisibilidad.- Behrend ⁵⁶ habla de la invalidez, Dernburg lleva la cuestión hacia el campo del poder y por último Mitteis ⁵⁷ lo ve como un problema interno entre representado y representante.-

Por ser "de extraordinaria importancia para la dogmática del problema", Hupka hace mención a las consideraciones que el Tribunal Supremo del Reich hace en su sentencia del 23 de Noviembre de 1881 (T.S., VI, n 3, p. 11-17), en la cual entendió por un recurso de casación.-

Dejamos de lado los hechos, para decir únicamente que se trataba de un caso de doble representación, siendo la tesis del Tribunal no sólo la posibilidad, sino también la licitud de la misma.-

Respecto a la objeción técnica, consideraba que el instituto de la representación la anulaba.-

En la ética o moral hacía un distingo :a) cuando el conflicto no era posible, debido a que el contenido del contrato no era establecido por el representante; b) cuando el conflicto se podía dar. En este último caso era necesario que el representante encuentre un punto intermedio entre los intereses; que evite el conflicto.-

A pesar de lo dicho, el Tribunal Supremo del Reich consideraba que en diversos casos particulares, pueden haber circunstancias que se opongan al contrato consigo mismo y las enumeraba: "a) Preceptos de derecho positivo que prohiban la autocontratación con respecto a ciertos actos del representante o con relación a determinados negocios; b) La voluntad del poderdante; c) La falta de una declaración bilateral de voluntad contractual; d) El perjuicio sufrido por el representado y debido a la mala fe del autocontratante, que por sí da lugar ya a la

⁵⁶ Handelsrecht

⁵⁷ Stellvertretung

anulabilidad del contrato".-

Los autores Leonhard ⁵⁸, Lepa ⁵⁹ y Bechmann ⁶⁰, opinan que el contrato es acuerdo de voluntades externas y "no puede ser provocado por una sola persona en su interior"; Bechmann llega a decir que nadie, ni el representante; puede partir el alma en dos. Lepre habla de una imposibilidad lógica.-

Hupka hace la advertencia respecto de Bechmann, transcribiendo sus opiniones, que lo que este autor verdaderamente piensa sobre el contrato consigo mismo, no es la negación absoluta, sino que "la autocontratación no se acomoda al poder, por lo cual sólo puede ser regido eficazmente por las reglas de la representación sin poder y de la gestión sin mandato".-

Lepre critica la sentencia a que hicimos mención del Superior Tribunal del reich, en cuanto considera el conflicto de intereses algo posible. Para él no es que sea algo meramente posible, sino absolutamente necesario, y de esto surge la imposibilidad absoluta de la autocontratación.-

Otro autor, Muskat ⁶¹, lleva el problema al campo del consentimiento contractual, diciendo que el contrato no requiere solamente la existencia de dos voluntades sino que hacen falta "dos personas que emitan declaración de voluntad coincidentes". esto se podría dar en el contrato consigo mismo (continúa Muskat), si fuera cierta la afirmación de Savigny de que el contrato representativo es el representado en que contrata ⁶²-o mejor dicho el que declara la voluntad de contratar, lo que niega, considerando acertada la teoría que ve en la voluntad del representante el elemento creador del contrato.-

⁵⁸ Krit Vierteljahrschrift, Neue Folge, IV, p.327

⁵⁹ Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs, p.226 ss.

⁶⁰ Kauf, II, p. 286 ss.

⁶¹ "El contrato del representante consigo mismo" (Goldschmidts Zeitschr, XXXIII, p. 507)

⁶² Savigny equipara el representante con el mensajero, es decir que aquél no elabora la declaración de voluntad, sino que porta una voluntad declarada por otro.-

Es Rümelin ⁶³ el autor que más ocupa a Hupka, y como veremos, es comprensible. Este autor opina que en el contrato consigo mismo hay únicamente una declaración de voluntad (una declaración unilateral de voluntad), es decir que falta la unión de voluntades de dos personas que exige el contrato.- De esto deduce Rumelin, que para una legislación que lo único que admite es el contrato, "es preciso un reconocimiento positivo de la autocontratación para que éste pueda producir efectos contractuales". esto -dice- no es una cuestión de imposibilidad sino de ilicitud o licitud. Es decir que este autor parte del hecho de que el legislador puede declarar que un acto jurídico unilateral, tenga efecto contractual.-

Respecto a si el legislador debe o no admitir el contrato consigo mismo, encuentra que el primer problema que debe superar es el peligro que implican los intereses contradictorios, pero en general cree que el principio debe ser la admisibilidad, y solamente en los casos que sea imposible poder equilibrar los intereses en pugna, la prohibición.-

La condición puesta por Rumelin para la aplicación del contrato consigo mismo, es que se pueda probar que al momento de realizarse privó el interés del representado o de ambos.-

Respecto a ciertos negocios, tales como los de transacción y de partición, opina que se debe excluir la posibilidad del contrato consigo mismo, y por el contrario respecto de otros actos que se le debe considerar válido (p. eje. en la en la transmisión de derechos reales).-

Al decir que en el Derecho Romano el gran inconveniente para la admisibilidad del contrato consigo mismo era la falta de la representación directa, inconveniente que desaparece en el derecho actual, se nota un acercamiento al pensamiento de Romer.-

Por último Rumelin analiza el problema para el caso del poder especial, sosteniendo que si el apoderado con este

⁶³ Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach Gemeinem Recht (el auto contrato del representante en el Derecho Común).-

tipo de poder hace un contrato consigo mismo, más bien acepta una oferta (que llama real o fingida) que el principal hace, y de allí, que se debe analizar este supuesto a la luz de la teoría de la oferta y de la aceptación y no de la del contrato consigo mismo.-

Siguiendo con su exposición Hupka cita a Ruhstrat ⁶⁴ y Forster-Eccius ⁶⁵ como los autores que aún persisten en negar la posibilidad conceptual del contrato consigo mismo, para luego referirse a aquellos como Eck ⁶⁶, Regelsberger ⁶⁷, Salman ⁶⁸ Meissels ⁶⁹ y Arnó ⁷⁰ que, a pesar de aceptar la tesis de Rumelin, consideran que éste va muy lejos al considerar un reconocimiento demasiado amplio en el Derecho Positivo, ya que en este instituto no corresponde la aplicación analógica por peligrosa, e incluso de lege ferenda no se debe ser tan amplio por el peligro que encierra. Por último critica el estado de pendencia que sugiere Rumelin hasta tanto se vea como se resolvió el conflicto de intereses.-

El último autor que ocupa a Hupka es Meissel ⁷¹ quien critica la teoría de Rumelin, argumentando -en primer lugar- que está en contradicción con las fuentes romanas. Nada hace suponer que de estos casos típicos de contratos consigo mismo, como son la venta o préstamo que el representante se hace a sí mismo, únicamente emerja una utilis actio, que es lo que debía ocurrir si fuesen casos simplemente análogos al contrato y no verdaderos contratos.-

Igualmente argumenta en el derecho romano, con

⁶⁴ Jahrb F. Dogmat, XXVII, p. 147 ss.

⁶⁵ Preuss Privatrecht (7a. ed.), I, p.427

⁶⁶ Goldschmidts Zeitschr, XXXIX, p. 266,272 ss.

⁶⁷Pand.p. 545 N° 3, i F.

⁶⁸ Die duplex persona, en Goldschmidts Zeitschr, XLI, p. 374

⁶⁹Grunhuts Zeitschr XVIII, p. 520 ss.

⁷⁰ II Contrato con sé medesimo, Archivio Giurídico, Vol56, p. 22 ss, Vol.51, p. 420 ss.

⁷¹ Op. cit, párrafo 17, p. 259

la circunstancia de que la existencia de una prohibición expresa de la compra libre por parte del representante de cosas del representado, no tendría motivo de ser si el contrato consigo mismo fuera "ineficaz sin más".-

Considera que llevando hasta sus últimas consecuencias a la teoría de Rumelin, tendríamos que incluso en los casos en que no existe el conflicto de intereses, no podría ser válido el contrato consigo mismo, si no hay un precepto positivo expreso para el caso.-

Se define como partidario de la teoría de Romer con la diferencia de que Meissels lleva el problema, al campo del consentimiento que normalmente es de dos personas, pero que puede ser (por la representación) dado por una sola.- Como partidario de la tesis de Meissels, Hupka cita a Arnó.-

3º) La doctrina de Josef Hupka

Nos toca ahora ver la opinión del propio Hupka, a quien seguimos hasta el presente en la explicación de la doctrina alemana.-

Empieza este gran autor rechazando enérgicamente la opinión de aquellos que consideran el contrato consigo algo imposible, y dice que previo a todo debate es necesario indagar en su naturaleza jurídica; niega que ella sea de índole contractual y con ello no comparte la tesis de Tomer. Argumenta que de la ficción de la ley, que hace que la voluntad del representante valga como la del representado, no se puede deducir que estemos frente a las dos coluntades que exige el contrato; para él hay una sola voluntad.-

Cree que es de mayor importancia el argumento de Meissels, pero a pesar de esta afirmación, sostiene respecto a lo dicho por este autor: "Solamente se deduce que, con arreglo al ordenamiento jurídico, la manifestación unilateral de voluntad del autocontratante, es suficiente para producir los efectos de un contrato, pero no que, por eso se convierta ella misma en un contrato ⁷².-

⁷² Debemos hacer notar que no es muy clara la exposición (o la

Respecto a la teoría de Meissels sobre el consensus dado por una sola persona ve un ataque al concepto jurídico-formal de la contratación.-

Reconoce con Rumelin que, "la pura verdad" es que el contrato consigo mismo es un acto jurídico unilateral pero niega la necesidad de que haga falta una norma expresa del derecho positivo que le otorgue licitud, basta con que se permite la reunión en una sola persona de un poder de disposición sobre esferas patrimoniales diferentes.-

También aclara que la discusión sobre el contrato consigo mismo no debe versar sobre la posibilidad en general del mismo, sino sobre "los requisitos de su eficacia en concreto".-

Entrando a analizar el problema en particular encuentra dos obstáculos: a) La falta de destinatario para la declaración de voluntad del representante; b) El peligro que implica el conflicto de intereses.-

a) El primer problema trae aparejado otro, cual es el de la forma de emitirse la declaración de voluntad, sosteniendo Hupka que es necesario que quede constancia de esa voluntad, es decir que salga del dominio del representante ⁷³

b) La segunda cuestión a resolver es el problema que plantea el hecho de que una sola persona debe componer (el traducción?) de Hupka en el análisis crítico de las teorías de Meissels, por lo cual podría ser que nuestra interpretación difiera de la de otros autores.-

⁷³ Hupka dice que no le satisfacen las opiniones contenidas en la mayor parte de los comentaristas y tratados relativos al Código Civil Alemán, en el sentido que basta cualquier forma de manifestación de voluntad.-

Después de dar diversos casos que para él no son modos suficientes de declarar la voluntad en el contrato consigo mismo, opina que la única forma de garantizar la seriedad de la manifestación es hacerla ante un funcionario público o ante la parte o partes representadas.-

Otro de los problemas presentadas por Hupka es el de la tradición y dice que no basta una mera voluntad interna de poseer, como tampoco la separación de la cosa que se va a hacer tradición.- Critica la jurisprudencia que considera la cuestión bajo la faz del *constitutum possessorium*, al crear incertidumbre jurídica no sólo para las partes (representadas) sino también frente a terceros.-

contrato como composición de intereses opuestos) dos intereses distintos.-

Opina que al respecto hubo posiciones extremas; así por ejemplo Lepa enseña que no es posible el contrato consigo mismo sin que se produzca lesión a uno de los intereses, cosa que niega categóricamente Hupka, sosteniendo que, "existen casos en los que no puede decirse que el autocontrato haya que decidir un conflicto de intereses".-

Como ejemplo de esto último saca, además de la liberalidad del representante para con el representado, aquellos casos en que la prestación y la contraprestación se hallen determinados por el representado (en el poder, instrucciones, etc.).-

A pesar de lo expuesto sostiene que en la gran mayoría de los casos existen conflictos de intereses y por ende un peligro en la realización del acto, y de allí la necesidad de encontrar los medios jurídicos de combatirlo.-

Después de analizar muy someramente el problema de la representación legal (cuyo análisis nosotros no realizamos) entra a la voluntaria, y se plantea el caso de que el representado hubiese otorgado en el poder facultades especiales en este sentido, en el cual no encuentra problema alguno, aduciendo que, "el ordenamiento jurídico no puede tener por misión defender los intereses de las partes contra la propia voluntad de éstos". Por contrario sensus, si fue prohibida, la autocontratación no pudo realizarse.-

Es el caso de ver lo que ocurre cuando la autorización nada dice respecto del contrato consigo mismo.- Hupka hace el siguiente análisis: En el acto representativo normal el representante (Sujeto formal) contrata con el tercero y los efectos del acto se producen entre el tercero y los efectos del acto se producen entre el tercero y el representado (sujeto material).- La única obligación del tercero es ver si el acto a realizarse está encuadrado dentro de los límites del poder, y en ningún momento está obligado a investigar si el representante cumple con las instrucciones internas del representado y aún

sabiendo su violación (salvo la convivencia dolosa) no perjudica el acto.-Lo dicho no vale -continúa Hupka- en el caso del contrato consigo mismo, en donde el tercero es el representante, por ello en los casos en que no se hubiere autorizado expresamente el contrato consigo mismo y existe el "riesgo de perjuicio", se debe considerar que el representante carece de facultades ⁷⁴.-

Hupka remarca mucho esto último, debido a que considera que no es lo mismo dejar que el acto nazca y luego buscar su extinción, que directamente disponer que no nazca.-

Los argumentos esgrimidos por Hupka van al hecho de que no siempre es fácil probar la mala fe o dolo del representante y por ello la protección debe ser para todos los casos en que hubiere un perjuicio para el representado.-

Hacemos constar que Hupka considera dos posibilidades: A) Hay "riesgo de perjuicio"; B) Se obra descartando toda posibilidad de perjuicio. Para el primer caso se debe negar de antemano poder suficiente y para el segundo se debe considerar admisible el contrato consigo mismo por haber desaparecido la ratio que hacia negar facultad al representante.-

Resumiendo la postura de Hupka podemos decir que ella descansa sobre las siguientes bases: 1º) Mientras el ordenamiento jurídico permita la representación directa "será en sí posible" el contrato consigo mismo; 2º) No se pone al contrato ⁷⁵; 3º) Es necesario una forma de declaración que haga constar la voluntad del representante y excluya la posibilidad de una revocación arbitraria; 4º) "En la representación coluntaria la falta de poder se deduce de la voluntad presunta de las partes cuando, por darse conflicto de intereses, existe peligro de perjuicio para el poderdante".- Respecto de esto último, sostiene que el derecho positivo puede trazar los límites "con más o menos rigor".-

Es de aclarar que de la lectura de Hupka surge

⁷⁴ Hupka cita como una opinión contraria a la de él a Strübe, Bad. Annal. LX, p. 126 ss.

⁷⁵ Esto dice el propio Hupka en una recapitulación de su teoría (Op. cit. pg. 272 in fine) y en cierta forma se contradice con su teoría sobre el Acto Jurídico unilateral.

que considera que en los casos de conflictos de intereses se debe prohibir la doble representación, es decir que el problema legislativo estricto es si se debe respetar o no la doble representación.-

4º) El primer proyecto del Código Alemán y el BGB

El primer proyecto del Código Civil Alemán es el resultado de catorce años de trabajo y fue publicado por primera vez en el año 1888, juntamente con una exposición de motivo ⁷⁶

En el primer proyecto el principio fue la admisión del contrato consigo mismo, siendo la prohibición una excepción que únicamente se daba en los casos de la representación de familia y en los órganos de personas jurídicas.-

Según se desprende de lo explicado por Hupka, pareciera que los redactores del primer proyecto (Exposición de Motivos, espec. I, p. 1005, p. 224 ss., IV, p. 1088 ss.) argumentaron con la teoría de Romer (La representación directa y los principios del contrato, hacen posible el contrato consigo mismo).-

Hubo un cambio radical en el segundo proyecto ⁷⁷ respecto del primero; lo que en aquél fue principio, en éste es excepción. Esta vez se argumentó con el peligro que encierra el conflicto de intereses.-

Párrafo 181: "Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en propio nombre o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación".-

La exposición de Motivos ⁷⁸ del Segundo Proyecto

⁷⁶ Ver Paul Oertmann. Op. cit., p. 18.-

⁷⁷ Debido a la crítica que mereció el primer proyecto el Consejo Federal ordenó una "segunda lectura" por una nueva comisión, la que en base al 1º proyecto redactó el actual BGB (Burgerliches Gesetzbuch).-

⁷⁸ Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de Agosto de 1896 Exposición de Motivos, Ley de

dice: "El objeto del art. 181 se dirige a prevenir el peligro de una oposición de intereses, lo cual no excluye que, por ejemplo, el tutor se cobre, del dinero que tenga del menor, lo que éste le adeude".-

a) Opinión de Hupka

Dice que actualmente (refiriéndose al párrafo 181) se prohíbe en general el contrato consigo mismo, es decir a toda clase de representación coluntaria o legal.- También admite que la norma en análisis no limita su campo de aplicación al contractual, sino a todos los negocios jurídicos (es decir también los unilaterales) con excepción de los casos de cumplimiento de una obligación.-

Opina que la prohibición desaparece si hubo autorización del representado, por lo cual hace falta "una voluntad del poderdante en contrario, positivamente declarada, sea con palabras o con hechos".-

Hupka piensa que es poco feliz la regulación hecha en el BGB, y creé que en su prohibición fue más allá de lo que las necesidades exigían, privando al tráfico de un instituto a veces no solamente práctico para el representante sino para el representado; entre varios ejemplos de la utilidad que en algunos casos puede representar el contrato consigo mismo, da el caso del administrador de patrimonios distintos que tiene para la venta cosas fácilmente deteriorables y para las que no haya otro comprador que su segundo representado.- A este respecto critica a Koessler ⁷⁹, Holder ⁸⁰ y Cosack ⁸¹ al pretender permitir el contrato partiendo de un "permiso tácitamente otorgado" o presumir una autorización "por virtud de los usos comerciales". Hupka sostiene que la redacción del párrafo 181 es clara en el sentido de la

Introducción y Disposiciones Transitorias. Traducción directa del alemán revisada por Alejo García Moreno.- Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1897, Tit. V Representación Apoderamiento, Exposición de Motivos, resúmen p. 50.-

⁷⁹ Gruchots Beitr, XXXVI, p. 571, n. 11.-

⁸⁰ Konm,z BGB, I, p. 381

⁸¹ Lebrbuch del bürgerl, p. 227.-

prohibición.-

Lo que parece que trajo una gran discusión en Alemania fueron las consecuencias de la realización del contrato consigo mismo, contrariándose lo establecido por el art. 181.- Según Planck ⁸² no podía sino considerárselo absoluta y definitivamente nulo, tesis que es compartida por gran parte de la doctrina alemana, según abundante cita de Hupka ⁸³. A pesar de ello este autor define y sostiene que de la interpretación del párrafo 181 (de las palabras "no puede") no surge la nulidad, su no únicamente la ineficacia del negocio ⁸⁴ .-

En defensa de su tesis Hupka sostiene, que de la lectura de Exposición de Motivos del primer proyecto surge que se procedió a limitar el poder del representante en interés del representado.- De las actas del segundo proyecto -dice Hupka- no resulta cambio alguno respecto al carácter de la prohibición, siendo únicamente el cambio el haber hecho principio lo que antes esa excepción.- De lo manifestado deriva que la prohibición ha subsistido con el mismo alcance en uno y otro proyecto, es decir como una extralimitación del poder del representante, que en la representación voluntaria es subsanada mediante ratificación posterior.-

La finalidad de la prohibición es proteger al representado y "esta finalidad se logra plenamente si el principal no resulta obligado por un negocio que implica ese peligro de perjuicio. Pero no hay ya razón alguna para impedirle que dé su aquiescencia a ese negocio si lo encuentra conforme con sus intereses".-

Un argumento de gran peso esgrimido por Hupka, es el de los propios conceptos del párrafo 181, al otorgar eficacia al contrato consigo mismo si hubo autorización previa. Qué razón habría para que no valga la ratificación posterior?;

⁸² Kommentar, I, sobre el párrafo 181, p. 231 ss. Téngase en cuenta que fue miembro de la primera y segunda comisión.-

⁸³ Cosack, Matthiass, Enneccerus, Lehmann, Hölder, Bendix, etc

⁸⁴ No hay que olvidar que para la doctrina alemana hay que distinguir fundamental e institucionalmente entre ineficacia y nulidad.-

considera que ninguna.-

Al meditar el problema de lege ferenda Hupka considera que la forma de regular el contrato consigo mismo sería: a) Representación legal; prohibir el contrato consigo mismo en general, con excepción de los negocios de pago, las liberalidades del representante al representado y el canje de dinero dentro del mismo sistema monetario. Igualmente otros negocios podrían ser eficaces de existir autorización previa o ratificación. b) Representación voluntaria: no dictar prohibición alguna estableciendo únicamente una regla de "interpretación según la cual, en casos de duda, no debería considerarse autorizados estos representantes".-

B) Opinión de Von Thur

La obra de este autor ⁸⁵ se publica en el año 1908, es decir dieciocho años después de la sanción del BGB.-

Empieza explicando cual es el factum del contrato consigo mismo, para criticar a los que ven en él un acto de voluntad unilateral. Sostiene que en el contrato consigo mismo existen dos voluntades, una emitida por el representante y otra en nombre del representado.-

Considera que la declaración de representante debe llenar ciertos requisitos, "diferentes a los que exigen en el caso normal".-

En el contrato consigo mismo no basta la recepción de la declaración ⁸⁶ ya que sería un mero acto interno del representante, sin ningún valor jurídico, y es por ello que sostiene la necesidad de que "por cualquier manera", llegue a manifestarse exteriormente. Nótese que esta "cualquier manera" da una amplitud negada por Hupka y Lepre quienes exigían al notario o transcripción en registro.-

Al analizar el párrafo 181 del BGB sostiene que debido al peligro que implica el conflicto de intereses, se admite el auto contrato por excepción, como en el caso en que se trata

⁸⁵ Andrea von Thur. Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Vol. III2, p.33, párrafo 360.-

⁸⁶ La recepción es el sistema del BGB

del cumplimiento de una obligación, supuesto en el cual desaparece el conflicto, o cuando el representante lo permite en el poder.-

Respecto de los efectos del contrato consigo mismo realizado en violación del párrafo 181 dice que sería ineficaz y no así nulo, y que dicha ineficacia descanza en el hecho de que "el poder de representación no comprende la facultad de contratar consigo mismo".-

De acuerdo a ésto, el contrato consigo mismo puede validarse mediante la aprobación del representado (o de los representantes en su caso).-

Sostiene que el párrafo 181 se aplica aún en los casos en que existe conflicto de intereses ("a no ser que de la falta de conflictos pueda deducirse el permiso de efectuar contratos consigo mismo"), es decir que este autos está con una interpretación restringida de la norma de BGB.-

c) Opinión de Enneccerus ⁸⁷.-

No ve el problema técnico de la aceptación del contrato consigo mismo, de acuerdo a los principios de la representación directa, lo que sí sostiene es la necesidad de una declaración de voluntad en forma tal que pueda ser conocida por terceros.-

Respecto del problema ético moral, sostiene que es el motivo por el cual se debe limitar su aplicación a cosas excepcionales, como cuando hay autorización previa o en los casos que el acto consiste en el cumplimiento de una obligación.-

En cuanto a si estamos ante un negocio nulo o ineficaz (realizado en contravención del párrafo 181), se pronuncia por esto último, sosteniendo que se trata de una falta de poder de representación.-

d) Opiniones de Oertmann y Lehmann

De igual opinión que Ennecerus es Paul Oertmann

⁸⁸.-

⁸⁷ Tratado de Derecho Civil de Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, Parte General, Volumen segundo, par. 186, III, p. 253. Esta obra fue traducida y anotada para el derecho español por los catedráticos Blas Perez y José Alguer.-

⁸⁸ Op. Cit. par,61, p. 321.

Lehmann ⁸⁹ prácticamente no dice nada nuevo, salvo la cita de una sentencia del Tribunal del Reich cuya tesis es que no se viola el art. 181 del BGB si el representante substituye el poder y contrata con el subapoderado, Sentencia que es criticada por Lehmann.-

B) Doctrina y legislación Española

1) Doctrina:

a) Roca Sastre ⁹⁰: En primer término hace notar que el problema supera el campo- contractual, para luego sostener que el supuesto de que una persona pueda actuar por dos esferas patrimoniales diferentes, hace posible el contrato consigo mismo; el problema es deber si el "acto representativo puede ser concluido por el mismo representante consigo mismo".-

En una exposición sobre las doctrinas del autocontrato, en la cual se nota la influencia de Hupka, clasifica a las mismas, según acepten o no la posibilidad del contrato consigo mismo, en a) Las que admiten la posibilidad; b) La que las niegan y c) Teorías intermedias, analizando en esta últimas a las que denomina "variante Rumelin" y "variante Hupka". Resume la postura de Hupka como la de un autor que niega en el contrato consigo mismo la estructura del contrato, para admitir que posee en cambio sus efectos; hay una sola voluntad que es decisiva para dos esferas diferentes.-

Al hacer el análisis crítico de las teorías nos dice que "el autocontrato es un verdadero contrato, cuya particularidad estriba en tratarse de un negocio consigo mismo, bien sea como doble representación o como representante o interesado a la vez"; y más adelante que "el código hable de dos o más personas, no constituye obstáculo alguno, pues precisamente en la autocontratación se da la concurrencia de dos personas

⁸⁹ Heinrich Lehmann. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Vo. I, p. 451. Traducción y notas al Derecho Civil Español de José Navas.-

⁹⁰ Roca Sastre, Ramón. "Estudio de Derecho Privado", T.I., p. 143. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. En el capítulo dedicado a la autocontratación trabaja con la colaboración de José Puig Brutau.-

distintas, aunque representadas las dos, o solo una por el representante".-

Manifiesta la imposibilidad de que se de el contrato consigo mismo en la representación indirecta ya que el representante tendría que hablar en nombre de su representado y por ende recurrir a la representación directa.-

Sostiene que en el contrato consigo mismo existe la composición de interese opuesto, lo que se ve claramente en la doble representación, en donde el representante debe situarse en el interés de ambos representados, y "el proceso interno es el propio de todo contrato", para decir más adelante "no hay, pues, una sola voluntad, sino dos voluntades distintas, aunque emanadas de una misma fuente".-

Resume su pensamiento manifestando que así como exteriormente se nota la doble personalidad, se nota interiormente la composición de los intereses.-

Divide en forma tajante el problema de la posibilidad estructural (técnica), del problema de la política legislativa, tendiente a evitar el conflicto de intereses. El primer problema se supera con la "Yuxtaposición del fenómeno representativo a la contratación".-

Al igual que otros autores hace notar la importancia de la forma que debe revestir la autocontratación, no bastando una declaración de voluntad, ni aún la escrita ya que ella puede revocarse si el representante no la hizo pública. Como solución cree en la declaración de voluntad ante el funcionario público o ante las partes representadas; también habla de inscripción del instrumento.-

Bajo el título de "Aspecto de la política legislativa" hace un análisis de la importancia que tiene la limitación del instituto que nos ocupa, ya "que es necesario que el ordenamiento jurídico evite la posibilidad de abuso, o sea, la lesión para uno de los interese en juego a consecuencia de estar bajo una misma mano la gestión de todos ellos".-

Considera que se debe distinguir el caso de la doble representación del de la simple. En la primera siempre el

representante actuará por dos intereses ajenos, es decir que no entra en juego su interés propio. En el caso de la doble representación el representante "es más bien un árbitro entre dos intereses ajenos en contradicción; actuará como árbitro, es decir, un tercero que está encargado de determinar el precio, etc., el cual es un supuesto francamente admitido por el ordenamiento jurídico".-

No niega que existe el peligro de que el representante se incline a favor de uno de los representados, pero observa que ello es común a cualquier acto representativo.-

Posteriormente analiza el problema del contrato consigo mismo en la representación simple, en la cual hace un distinguo, según exista o no el peligro de conflicto. Lo excluye en las liberalidades puras, en aquellos casos en que el representado haya dado instrucciones. Termina diciendo que en aquellos casos en los cuales existe el conflicto la solución debe ser la prohibición lisa y llana, que el mismo llama solución "radical".-

Al analizar la legislación comparada hace una clasificación: A) Sistema de prohibiciones concretas; B) Sistema de prohibición general.- En el primero sitúa al Derecho Romano y a los códigos prusiano, Austríaco, francés e Italiano, para enmarcar dentro del segundo sistema a los códigos Alemán y Suizo.-

Por último estudio los efectos de la autocontratación prohibida, considerando que se trata de un caso de audiencia de poder y por ende solucionable con la ratificación, "la que equivale en el fondo a la autorización previa".-

b) Manuel Albaladejo⁹¹: Este autor bajo el título de "El Negocio del Representante Consigo Mismo", hace un preciso análisis del problema. Para él la representación hace posible el contrato consigo mismo en cuanto permite que una persona pueda actuar en patrimonios diferentes.

Al hablar de la forma que debe revestir la declaración de voluntad en este supuesto, parte del principio establecido en el art. 1257 del Código Español que dice que "la

⁹¹ Albaladejo, M. "El Negocio Jurídico", p. 390. Edit. Librería Boch, Barcelona 1958.-

validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", que es lo que ocurriría si el autocontrato no sale del círculo del sujeto que lo celebró, e incluso, quizá pudiera pensarse que a falta de la exteriorización debida, no hay declaración ya que esta debe ser adecuada a las circunstancias de cada caso.-

Al igual que Roca Sastre se pronuncia en el sentido de que la realización del contrato consigo mismo es un caso de falta de poder, sujeto a ratificación.

c) Puig Peña⁹²: Toca el tema al hablar del consentimiento contractual, limitándose a plantear el problema. En cambio su cita bibliográfica es importante⁹³

d) Miguel Traviesas⁹⁴: Referido a este tema es posiblemente el autor español más citado en la bibliografía española. Toma el término alemán *Selbseintritt*, autoentrada.

Analiza primeramente el problema en la comisión tratando de determinar si se trata de un supuesto de representación.

Aparentemente Traviesas trata de ver cual es la naturaleza jurídica de la "auto-entrada" en la comisión, a cuyos efectos analiza diversas doctrinas: a) Teoría de las ofertas alternativas. El comitente hace dos ofertas, una de comisión y otra de compraventa; b) Teoría de la eventual oferta de compraventa. En la oferta de comisión también hay una compraventa, la que es aceptada si se realiza la autoentrada; c) Teoría de las dos ofertas condicionales.

Hay una oferta de comisión resolutivamente condicionada y otra de venta suspensivamente condicionada; d) Teoría de la oferta real. Es necesario que la oferta sea real y no

⁹² Puig Peña, Federico "Tratado de Derecho Civil Español" T.IV., p.27, Ed.Rev. de Derecho Privado. Madrid.

⁹³ Vallimarescos. "Des Actes Jurídiques Avec Soi-Meme" en la Revue Trimestrielle de Droit Civile 1926,-.973 y ss. De Castro, Federico, "El Autocontrato en el Derecho Privado Español" Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1927 pag. 334 y ss.

⁹⁴ Traviesas, Miguel "La Representación y Otras Instituciones Afines" Revista de Derecho Privado.T.X., p.33. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

ficticia, pues no se puede presumir; e) Teoría que no ve oferta alguna, sino únicamente un contrato de comisión y que si el comisionista realiza una auto-entrada, la misma estará sujeta a lo establecido en el párrafo 181 del B.G.B.; f) La auto entrada tiene dos aspectos, por un lado es la ejecución de la comisión, por otro crea una relación de compraventa entre comitente y comisionista; g) Teoría de Planzataro. En esta teoría se traduce en "una oferta de contrato a personas indeterminada a través otra interpuesta con la relación de representación". Dice que cuando el comitente le encarga al comisionista que compre una partida de mercadería hace una declaración de voluntad real y verdadera de adquirir la partida a cualquiera, sin importarle quien sea el vendedor.

De lo dicho interpretamos que el término "auto-entrada", el que desconocíamos hasta el momento, significa la entrada del comisionista en el negocio encomendado por el comitente.-

Respecto de estas teorías, Traviesas opina que lo que ocurre es que por la auto-entrada no es que la comisión se transforme en otro negocio, sino que por el se cumple.- El hecho de que la forma de cumplirla sea una prestación no debida, es otro problema.-

Luego del estudio de las teorías sobre la auto-entrada en la comisión, analiza las opiniones de otros autores sobre la posibilidad del contrato consigo mismo.- Cita la doctrina de Rumelin ⁹⁵ al diferenciar el contrato del contrato consigo mismo, ya que en este último existe una sola resolución de voluntad, "en ningún momento puede hablarse del concurso de dos declaraciones de voluntad que se corresponden". De lo dicho Rumelin deduce que en las legislaciones que únicamente se hace mención al contrato, hay que negar la eficacia al contrato consigo mismo, salvo una norma de derecho específica a favor de su reconocimiento. Para Traviesas este autor alemán no acepta, ni aún por vía de

⁹⁵ A pesar de haber visto a través de Hupka la opinión de este autor alemán y de otros que más adelante citara Traviesas, repetimos su consideración por notar que Traviesas leyó a los alemanes en las obras originales y de allí que signifique un nuevo aporte para el correcto estudio de la doctrina alemana.-

analogía, la aplicación de los principios contractuales según el contrato consigo mismo. Rumelin no podrá decir que los efectos son los mismos, que quedan vinculados dos patrimonios diferentes pero "la diferencia entre una voluntad disponiendo de dos patrimonios, y cada uno de ambos patrimonios dominado por una particular voluntad", es fundamental. En el primero de los casos el legislador se encontrará con el problema del conflicto de intereses y el momento de perfeccionamiento del acto.-

A pesar de lo dicho- opina Traviesas - Rumelin no niega la posibilidad del Autocontrato, ya que nada obsta el reconocimiento del acto unilateral produciendo efectos contractuales.-

Es necesario destacar que Rumelin - estando a lo manifestado por el autor español que analizamos - niega que baste la admisión de la representación directa para acoger, por vía de consecuencia, el contrato consigo mismo si bien acepta lo inverso, es decir que si se niega la representación directa se desecha el contrato consigo mismo.-

Es una explicación muy poco clara realizada por Traviasas.- Pareciera que la postura de Rumelin consiste en sostener que la representación directa permite que los contratantes substituyan sus declaraciones de voluntad por la de sus representantes, pero no que una sola persona centralice a la de ambos.-

Termina haciendo mención a las tres posiciones, que según Rumelin, puede asumir la legislación ante el problema: a) Negarle validez; b) Negarle validez en principio, para reconocérsela excepcionalmente; c) Estar por la validez en principio, para negarla en casos particulares.-

Luego Traviesas analiza la postura de Hupka, quien reconoce con Rumelin "la pura verdad", que el autocontrato es un acto jurídico unilateral, porque en él, en el autocontrato, solo se activa una sola voluntad", y luego de esta afirmación se separa de Rumelin ya que considera que no hace falta un reconocimiento expreso sino que basta el de la representación directa "que reconoce como posible, en una misma persona, una reunión de poder

de disposición sobre distintos patrimonio".-

Hupka niega las teorías que quieren ver al lado del apoderamiento una oferta para poder realizar el contrato consigo mismo.-

De inmediato Traviesas analiza al autor alemán Bechmann, quien realiza más que un enfoque jurídico uno psicológico-: En el contrato no hay un acuerdo consigo mismo (que es lo que ocurre en el autocontrato) sino un acuerdo de dos voluntades independientes, que se realiza exteriormente, siendo imposible "partir el alma en mitades", que es lo que tendría que hacer el representante en el autocontrato.-

Siguiendo con su análisis Traviesas nos habla de Nitteis, que considera el problema como "una cuestión de relaciones internas entre el principal y el representante". Cree que los argumentos de Romer son válidos, el representante no crea derechos y obligaciones consigo, sino que por los efectos de la representación ellos nacen en la esfera de su (o sus) representados.-

Finalmente sostiene que el problema de la posibilidad o imposibilidad debido al conflicto de intereses no es un problema que deba ser considerado en la teoría de la representación, sino en las relaciones "entre el principal y el representante (mandato, gestión, sociedad, comisión, tutela, etc.)".-

La transcripción de la opinión de Von Thur la pasamos por alto al haber analizado directamente a este autor.-

Para finalizar con su estudio de la doctrina Traviesas nos habla del autor Schey ⁹⁶, quien sostiene que no se debe discutir la posibilidad conceptual del contrato consigo mismo, sino lo único, tal vez, estudiar si se debe hablar de "conclusión de contrato" o más bien de "producción de efectos iguales a los del contrato por medio de un acto de declaración unilateral de voluntad del representante", lo que considera un problema secundario.- Opina -al igual que Hupka - que aún

⁹⁶ Die Ogligationsver haltnisse des osterreichischen Privatrechts. p.537 y 538 (1909).I:-

inclinándose por la última solución no hace falta un reconocimiento expreso bastando la aceptación de la representación directa.-

Luego hace mención a la tesis de Hupka, Ennecerus, Von Thur y Cosack sobre la forma que debe revestir la declaración de voluntad - ya descrita por nosotros ut-supra opinando que basta cualquier declaración de voluntad (siempre que el negocio de que se trate no exija una especial) ya que el peligro que ve Hupka en el retiro de la declaración de voluntad no hace al negocio sino a su prueba.-

Finalmente Traviesas nos da su opinión particular, mostrándose como partidario de la tesis de Romer. Es suficiente transcribir un párrafo de su trabajo para comprender la veracidad de lo que decimos: "basta con que el derecho autorice la sustitución de una persona por otra en determinada relación de derecho..." Para Traviesas el único problema es el del conflicto de intereses que hará anulable el acto siempre que su existencia sea contraria a la moral.

Pérez González y Alguer ⁹⁷: Estos autores consideran que "la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación, no se oponen a la validez del auto-contrato". Para ellos el contrato consigo mismo "fluye" de la combinación de los principios del contrato y de la representación y esto debido a que en el contrato es más importante el número de partes que el de personas, como así mismo más el número de voluntades individuales que el de declaraciones de voluntades".-

Respecto al peligro de los conflictos, de intereses ("que es el motivo uniforme de las distintas limitaciones legales"), giran el problema al legislador, quien debe, prohibir el autocontrato en todos los casos en que el conflicto se presente.-

Al referirse a la forma de manifestarse la autocontratación adoptan igual criterio que Albaladejo, es decir exigen que sea tal que no deje en manos del representante la

⁹⁷ En notas a la traducción del tratado de D. Civil de Ennecerus. Kipp y Wolff. Parte General. T.II. p. 257, III.-

existencia del mismo.-

2) - Legislación:

Vista la doctrina española nos toca ahora el análisis de su legislación.- El derecho positivo español no contiene una norma genérica sobre el contrato consigo mismo y es por la vía de las "construcciones jurídicas", que se llegó a crear las bases necesarias para reglar el instituto.-

El código Civil español contiene casos de prohibición del contrato consigo mismo, inspirados en el conflicto de intereses, de lo que Albaladejo deduce que "implica la admisión de la regla general contraria". En otras palabras: cuando se produce el conflicto se debe aplicar por analogía las reglas prohibitivas y cuando él no se encuentra presente en el acto -contrario sensu- deben ser admitido. Igual criterio siguen Roca Sastre, Gastón Tobeñas ⁹⁸, Pérez González y Alguer. transcribe los arts. 267 del Código de Comercio y -----1459 del Código Civil, que textualmente dicen: Art.267 de Com."Ningún comisionista comprará por sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente. Tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena". Art. 1459 del Cód.Civ.: "No podrán adquirir por compra aunque sea una subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:1º)El tutor o protutor, los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela. 2º) Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. 3º) Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.- 4º) Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados. Esta disposición regirá para los jueces y peritos que de cualquier modo intervinieran la venta. 5º) Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes en

⁹⁸ Es de destacar la bibliografía citada por este autor en materia de contrato consigo mismo: Lezon. "Una modalidad de autocontratación y de prohibición de enajenar" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 24.-

litigio ante el Tribunal en cuya jurisdicción o territorio ejercieren sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión. Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean. La prohibición contenida en este n° 5, la comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y, derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio". (Textos similares al 1459 existen en materia de derecho de familia, tutela, patria potestad, etc.).-

De los textos mencionados, Traviesas crea toda una teoría sobre el contrato consigo mismo, en la cual se establece "a)La admisión de la auto-entrada en nuestro derecho; b)su naturaleza; c)su alcance".-

El razonamiento de Traviesas parte del punto de vista de que el principio es la libertad de contratación, por lo cual toda prohibición en contrario debe ser interpretada restrictivamente, principio que se debe aplicar al Código Civil y al de Comercio.

Todos los autores españoles que comentamos hacen mención a una divergencia jurisprudencial entre la Dirección General de Registros y el Tribunal superior; el primero sienta su tesis en una Resolución del 30 de Mayo de 1930 y el segundo en una sentencia del 6 de Marzo de 1909. La resolución de la D.G. de R. admite, en principio, el contrato consigo mismo sino va acompañado del conflicto, en cambio el T.S. no lo admite por razones técnicas al no existir las "dos o más voluntades distintas y autónomas".-

Es necesario aclarar que además de la Resolución de la D.G. de R. de que hicimos mención, existen las de fecha 29 de diciembre y la del 23 de enero de 1943, en todos los cuales si bien se admite el contrato consigo mismo como principio, se lo limita a los casos en que sea imposible el conflicto, regla esta última que se aplica con gran rigor (las decisiones a que hacemos mención rechazaron los contratos consigo mismo por el conflicto que implicaban).-

De los considerandos de las Resoluciones de la

Dirección General de Registro, deducimos los requisitos necesarios para la procedencia del contrato consigo mismo en el derecho español: a) Que exista el instituto de la representación (legitimación para actuar); b) Una declaración de voluntad expresada de tal forma que sea imposible su retiro arbitrario; c) Autorización del representado o bien que la ley la presuponga y d) Que las circunstancias (naturaleza del negocio, tratarse de cumplir una obligación ya contraída, instrucciones del representado, etc.) excluyan el conflicto.-

Los tratadistas Perez Gonzales y Alguer en un muy buen análisis comentan la sentencia del Tribuna Supremo (1909) y dicen que ignoran los efectos del fenómeno representativo, lo que permite que el representante, en el contrato consigo mismo, realice su declaración de voluntad en dos direcciones ⁹⁹.-

c) Doctrina y Legislación Italiana

1) Doctrina

a) Giorgi ¹⁰⁰: Posee una detallada cita bibliográfica ¹⁰¹ extranjera e italiana. Reconoce que la doctrina

⁹⁹ Luis Sanco Seral. Traductor de Hupka. cita a Gerónimo Gonzalez "El Problema de la Autocontratación" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Mayo 1927, como uno de los trabajos especializados que tratan con amplitud el tema.-

¹⁰⁰ Giorgi, Jorge "Teorías de las Obligaciones en el Derecho Moderno", T.III, p.295 Editorial Reus S.A. Madrid 1929. Hay que tener en cuenta que Giorgi es anterior al nuevo Código Italiano.-

¹⁰¹ Nos limitamos a citar únicamente aquella que no fue mencionada con anterioridad; Grunbut, Das Recht des Commissionhandels; Salman, Die duplex Persona (Zeitschrift f.des gem H.E., vol.41); Lepa, trage nach den deutschen schen Handelsgsgeselzbuch; y principalmente Rumelin; Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters; Herman, Viefhaus, Das Selbstcontrahiren des Stell vertreter nach gemeinen Recht; Gougez, Therorie generale du contrat ave soi-meme; e'ude de droit comparé (Caen, 1903). En Italia, los escritores que exprofeso han tratado el argumento son: Arno II contratto con sé medesimo (Arch.giur. de Serafini, vol. LVI, p.19, 256, 473, 578 y ss.:LVII, pags. 251 y 408); Pranzataro, Le esagerazioni della teoría dell'autocontratto nella moderna dommatica (Napoli Pierro, 1906); Caporali, Contratti con sémedismo (Dizionario di diritoo civile de Scialoja y Busatti, Vallardi, 1903); Bolognini, II contratto del reppresentante con sé medesimo (Turin, 1903); Moscato, Contributo alla teoría del cosi detto contratto con sé stesso (Legge, 1906, 1339 y sigs.) Tratan incidentalmente del mismo Cogliolo, Amministrazione degli affari altrui, I, pags. 141 y sgs.; Sraffia, La liquidazione delle società

del contrato consigo mismo, como tal, tiene origen en Alemania y "que últimamente ha tenido también entre los escritores italianos algún partidario convencido".-

Hace un breve análisis del problema en el derecho romano, en el cual considera que únicamente se encuentran casos particulares pero no una teoría sobre el tema, siendo la razón la ausencia de la representación con los alcances actuales.-

Considera que el problema técnico no tiene importancia, pues los principios sobre representación lo superan. El gran problema es de los conflictos, si el representante actúa en interés propio nos es concebible que lo que haga también en el ajeno y es por ello que se admite la autocontratación excepcionalmente (cita el párrafo 81 del B.G.B.).-

Por último se plantea el caso del comisionista que encargado de comprar bienes para el comitente los vende de su propiedad, afirmando que hay dos contratos, uno de comisión y otro de venta.-

Otro autor italiano anterior al código vigente es De Ruggiero ¹⁰² quien no nos dice nada nuevo sobre la materia, pero posee una interesante cita bibliográfica ¹⁰³.-

b) Messineo ¹⁰⁴: Considera al contrato consigo mismo una institución excepcional y ello más que por razones técnicas "(Unidad en lugar de duplicado de las declaraciones de voluntad)" por el conflicto de intereses, ya que es lógico que el representante "sienta" más su interés que el de su representado ¹⁰⁵.-

commercial (2 ed. 1899, Fratelli, Cammelli, Florencia, n.50 p. 165 y sigs.

¹⁰² De Ruggiero, Roberto: "Instituciones del Derecho Civil", p. 178, Instituto Editorial Reuz. Madrid 1914.-

¹⁰³ Sraffa, II contratto del commissionario con sé medesimo (arch Giur, 2898); G.P. Ghironi, Del contrattare con sé Medesimo (Riv.dir.comm.1917.I.pags.I y siguientes), Leone II c.d. contratto con sé stesso (Riv. dir,civ.VIII pag.581, Ferrini, Oblig.pag.654 y ss.).

¹⁰⁴ Messineo, Francesco. "Doctrina General de contrato", T:I: pag.272, EGEA, Bs.As.

¹⁰⁵ Messineo cita a Balbi "La stipulazione del contratto ad

c) Gariotta Ferrara ¹⁰⁶: Nos empieza diciendo que una cosa es la persona y otra la parte, de allí que varias personas puedan constituir una parte, y en la figura del autocontrato se ve lo contrario, que una sola persona puede hacer de varias partes.-

Acepta el contrato consigo mismo con la representación indirecta "Ya que se trata más de un problema de voluntad y de interés, que de obrar en nombre propio o ajeno" ¹⁰⁷.-

d) Betti ¹⁰⁸: Trata el tema en primer lugar al hablar de los sujetos del negocio jurídico.-

Asimila al concepto de parte el de interés de donde si hay dos intereses en juego habrá dos partes aún cuando "tales partes en conflicto puedan ser representadas por una sola persona, como sucede en la figura del llamado contrato consigo mismo", el que es bilateral al ser concluido por dos partes".-

Mas adelante nos dice que el abuso de representación se reduce a dos supuestos, ambos de autocontratación, el primero cuando la representación es la llamada simple (el representante contrata por si y por el representado) y el otro, la doble (el representante actúa por dos representados) ¹⁰⁹

2) Legislación

El código civil italiano regula en una norma genérica el autocontrato, lo hace en el artículo 1395, el que se

opera di una sola persona (Padova, 1936) Gallcio "Contributo alla doctrina del contratto con sé stesso"(Nap.1946).-

¹⁰⁶ Op.cit., p.604.-

¹⁰⁷ Cita entre otros ya mencionados por nosotros a Pugliatti en Foro de Lombardia, 1931, pag. 105.-

¹⁰⁸ Op. cit., pag. 70.-

¹⁰⁹ Publiatti, "Il conflitto D'interessi fra principale o rappresentante" en Annali Univ.Messina, 1928, 2;idem, "Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi", en Rivista dir. comm. 1936 i-38, con más bibliografía; nuestras notas en ibik., 1926, Di Pace, "Conflitto di interessi ed opponibilità ai terzi dell-abuso di rappresentanza", en Il dir, fallim., 1936, 827; Rinck, Pflichtwidrige Vertretung, 1936, Stoli, "Missbrauch d. Vertretungsmacht" en Festgabe Lehmann, 1937

encuentra en el Capítulo VI "De la representación" y bajo el título "Contrato consigo mismo". Dice el texto legal "Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado". A pesar de no ser una norma específica al contrato consigo mismo es importante la

transcripción del artículo 1394 que bajo el título de "Conflictos de intereses" dice: "El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancia del representado, si el conflicto era conocido o congnoscible por el tercero".

Messineo al comentar el artículo 1395 divide el problema según que el representado haya autorizado expresamente al representante, en cuyo caso hay verdaderamente contrato al haber dos voluntades (la del representado y la del representante) de aquel caso en que el código admite la autocontratación debido a que el contenido del mismo fue prefijado por el representado, caso en el cual no hay contrato "porque la voluntad del representante se sustituye a la del representado"... "se tratará entonces de negocio unilateral, al que, por otra parte la ley atribuye efectos contractuales".

Betti al comentar la disposición legal del código italiano nos dice que cuando en el contrato consigo mismo hay abuso de representación "es vicio de legitimación" y de allí que únicamente es pasible de anulabilidad. Es éste autor el que aplica los principios de artículo 1394 a numerosos casos de contratos consigo mismo.-

Para Cariotta Ferrara el artículo 1395 supera los problemas al admitir como principio el contrato consigo mismo, principio que llegó incluso a no declarar nulo el acto en los cuales faltó la autorización del representado o se excluye el conflicto, sino únicamente anulable, acción que solo la posee el

representado.

D) CODIGO CIVIL PORTUGUES

El último código civil que se redactó en la legislación comparada y se encuentra en vigencia, es el portugués¹¹⁰ y de allí la importancia de su mención en el tema que estudiamos.

Dice el mencionado código: artículo 261 (Negocio consigo mismo): "1. Es anulable el negocio celebrado por el representante consigo mismo, sea en nombre propio, sea en representación de tercero, a no ser que el representado haya específicamente consentido en la celebración, o que el negocio excluya por su naturaleza la posibilidad de un conflicto de intereses 2. Considérase celebrado por el representante, para el efecto del número precedente, el negocio celebrado por aquél en quien hubieran sido sustituidos los poderes de representación".

No tenemos a nuestro alcance comentarios doctrinarios sobre dicho texto, por lo cual nos limitamos a su transcripción, para volver luego, en nuestro análisis, sobre el particular.

Nos toca ahora efectuar el análisis crítico de la doctrina y legislación comparada.

A) Análisis de la Doctrina.

Podemos decir que los problemas o interrogantes que se plantearon sobre el contrato consigo mismo son:

- 1) Técnicamente es aceptable el contrato consigo mismo?
- 2) Cuál es la naturaleza del acto realizado por el representante en la autocontratación?
- 3) Se puede superar el problema del conflicto de intereses que se presenta?
- 4) Caso de aceptar el instituto, como se

¹¹⁰ Se trata de un código aprobado con fecha 25 de Noviembre de 1966 y con vigencia a partir del 1 de Junio de 1967 y que viene a derogar el código de 1867. consta de 2334 artículos, con numeración continuada y está dividido en cinco libros.-

debe manifestar la voluntad del representante?

5) Consecuencia de la realización del contrato consigo mismo prohibido.

6) Hace falta una disposición legal expresa o basta la aceptación de la representación?

7) Es un instituto útil?

8) Es posible en la representación llamada indirecta?

1) Factibilidad Técnica

Para nosotros, a pesar de ser uno de los tópicos más debatidos en el tema, es de fácil superación, siempre y cuando se conozca y comprenda el llamado fenómeno representativo.

La representación preve la posibilidad de que una persona tenga poder de disposición sobre patrimonios y esferas jurídicas distintas a la propia, o en otras palabras, que además de poder actuar por sí, por su esfera, lo haga por la de otro (es el caso de la representación simple) o bien actúe por dos esferas distintas a la suya (caso de la representación doble).

En principio todo acto jurídico -salvo los de familia, donde el principio no juega igual, es factible de representación.

Luego de lo manifestado estamos en condición de sostener que la representación es la puerta por la cual entra el contrato consigo mismo, puerta grande y cómoda.

La representación elimina el problema de si una persona puede actuar por dos esferas diferentes. Ahora nos queda determinar si los principios contractuales permiten que una sola persona realice un contrato.

Bien dice Betti que no hay que confundir persona con partes. Puede haber varias personas (cinco compradores, seis vendedores) pero siempre diremos los compradores ("por una parte") y los vendedores ("por la otra parte"), es decir

que las varias personas se unifican en un solo centro de interés, en una sola parte y de cuya composición nacerá el contrato. También es cierto que una sola persona puede representar a dos intereses o partes y ello debido al fenómeno representativo.;

Podemos ya afirmar que de los principios de la representación y del contrato surge la posibilidad, técnica, del contrato consigo mismo.

Es justo que los autores que no aceptaron la tesis que exponemos no comprendan al fenómeno representativo. bien dijo Romer que el alcance del autocontrato está dado por el de la representación. Indudablemente que el autor que no comprende como juega la representación, no puede ni imaginar el contrato consigo mismo.

Es necesario aclarar que la pureza actual del acto representativo no fue siempre tan immaculada. Se debe comprender que la representación es el resultado de una decantación que sufrió el concepto personalista de la obligación.

Nosotros particularmente pensamos que el contrato consigo mismo es el climax de la representación, permite ver hasta sus últimas consecuencias como es su dinámica. Si quisiéramos dar un ejemplo extremo no dudaríamos de tomar el contrato consigo mismo.

2) Naturaleza del acto del representante

Sabemos bien que el contrato es el acto jurídico bilateral por excelencia, es decir que hacen falta dos voluntades para su creación.

Como se vió, hay algunos autores que cuando admiten el contrato consigo mismo lo consideran un acto jurídico unilateral, con efectos contractuales. De allí que consideramos importante determinar la naturaleza de la actuación del representante.

En el problema que nos planteamos surgen dos preguntas: a) Cuántas personas hay en el autocontrato: b) Cuántas voluntades. Si la primera pregunta la realizamos a la ciencia médica no dudará en contestarnos que una; igual respuesta recibiremos para la segunda pregunta. En el campo del derecho no

se debe hablar de ser sino de valer y por ello que lo jurídico puede, muchas veces, aún cuando no sea siempre conveniente, diferir de lo real.

Nosotros pensamos que la doctrina efectuó un gran esfuerzo para demostrar que hay dos voluntades, pasando por alto el problema de si cuantas son las personas. En nuestra opinión hay dos personas, una presente y otra representada (caso de la representación simple) o las dos representadas (representación doble).

Cuántas voluntades hay?. Es pacífico el considerar que en el acto unilateral basta una sola voluntad, y hacen falta por lo menos dos para el bilateral (art. 946 del C.C.). Aquí se puede optar por tres soluciones: a) Sostener que hay dos personas y dos voluntades; b) sostener la existencia de una sola persona, pero con dos voluntades y c) por último, decir que hay una sola voluntad dirigida a dos intereses diferentes.

La mayoría de la doctrina sostiene que en el acto representativo el que emite la declaración de voluntad es el representante, lo que no negamos ¹¹¹. Lo que ocurre es que en el contrato consigo mismo el que manifiesta la voluntad es una sola persona, pero expresa dos voluntades o mejor dicho dos contenidos de voluntades distintas (compra-venta) que juntos forman la voluntad contractual.

Hay que comprender que las voluntades se deben necesariamente imputar. En el contrato consigo mismo hay dos personas (dos entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones) hay dos contenidos de voluntad diferentes, y con esta afirmación creemos tomar posición en un tema muy difícil y oscuro sobre el cual la doctrina no se pronuncia en todos los casos con precisión.

3) El problema del conflicto de intereses

Si tuviéramos que determinar el error de la doctrina en este tema nada mejor que acusarla de un casuismo exagerado. Pensamos que se sigue un mal camino, pues porque

¹¹¹ Otro problema es el de determinar sobre quien se debe ver la buena fe o la mala fe y los vicios de la voluntad.

pretende inquirir cuando no hay conflicto si esa no es la cuestión?. Conflicto hay siempre, y basta que se den dos derechos para que surja. En última instancia el derecho es un constante resolver conflictos y eso es lo que debió hacer la doctrina en este tema en vez de gastar energía en una búsqueda estéril, como contradictoria con el Derecho mismo. El conflicto está y hay que resolverlo; buscar casos en que no hay conflictos es estudiar la excepción, sin conocer la regla.

Betti, en las frases cortas y agudas de su "Negocio Jurídico" nos dice que el fin de la representación es la protección del interés del representado, verdad de hierro, sobre la cual descansa en gran parte la tesis de la representación y de la cual emergen reglas -algunas de las cuales ya vimos- elementales sobre la forma en que debe proceder el representante como son: a) el representante debe abstenerse de realizar el negocio si de ello puede surgir un daño para el representado (art. 1906 CC) b) No se efectúa fielmente la representación existiendo conflicto entre representado y representante, si este diera preferencia a los suyos (art. 1908 CC).

Dice Betti que el abuso del poder paraliza la legitimación, y por ende si se actúa se lo hace sin autorización.

Lo importante del contrato consigo mismo no es que no exista el conflicto (caso hartamente difícil, por no decir imposible) sino como se lo resuelve y es mucho más fácil saber como se ha resuelto el conflicto, que determinar cuando no existe. No es cuestión de decir que el conflicto desaparece con las liberalidades, o en el cumplimiento de las obligaciones, porque ello no es absoluto.

¿Porqué decir que el representante puede dar preferencia a sus intereses y no que el representante no puede dar preferencia a sus intereses, sea el caso o no del contrato consigo mismo?

En la doble representación no juega el interés del representante y en cambio podemos dar innumerables casos en que el representante prefiere su interés al del representado, sin que exista para nada el contrato consigo mismo.

Es mal método, que ya nos tocó criticar ¹¹² el de destruir un instituto por los peligros que puede implicar o el mal uso que de él se hace. Hay factores correctivos que se deben usar. ¿Qué diríamos si escuchásemos el siguiente razonamiento: "Que la ley permita el interés es peligroso porque puede haber usura"?. Lo que ocurre es que la ley no permite la usura sino el interés y de allí que cuando este pase ciertos límites, no es válido. Cuando la actuación del representante pasa lo que denominamos límites implícitos, es extra autorización y necesitará ratificación para ser oponible al representado.

(Si a los hombres de derecho nos dejan sin conflictos nos dejarán sin Derecho).

Superar el conflicto no implica hacer triunfar el interés del representado. No: es simplemente realizar la composición de los intereses opuestos y cuando ello no puede hacerse, recién será un acto prohibido para el representante.

Fuera de discusión que si el representado negó la autorización para el autocontrato, el representante no lo puede realizar.

4) Forma en que se debe manifestar la declaración de voluntad.

Es este otro tema que ha dado que pensar a la doctrina. No es este el momento de entrar a analizar las teorías sobre la declaración de voluntad, pero digamos que el autocontrato, como negocio jurídico que es, necesita de un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.

Indudablemente que cualquier voluntad debe exteriorizarse y ello no ocurrirá si el representante no la da a conocer, es decir no la retira de círculo individual.

Lo que la doctrina no dijo en este tema es que en el campo contractual, al hablar de declaración de voluntad, nos estamos refiriendo al problema del consentimiento y aquí toma importancia lo que dijimos anteriormente sobre que la persona que hace la manifestación de voluntad (oferta y aceptación) es una

¹¹² Boletín Instituto de Derecho Civil (Tucumán) Nro. 1 pag. 82 al criticar a los que opinaban se debía excluir de nuestro código el pacto de retroventa por el mal uso que de él se hacía.

sola y dada esta circunstancia, tan especial, es que, como dice Albaladejo, la declaración "debe ser adecuada a las circunstancias del caso".

La prueba de haberse formalizado el autocontrato estará a cargo del representante, en donde la fecha cierta será fundamental, en cuanto que el representado o los representados, a estos fines, son terceros. Téngase en cuenta que la existencia, del contrato es a partir de que el consentimiento se ha exteriorizado, o sea desde que salió de la esfera del representante, de tal manera que no puede ser retractado a su arbitrio.

Debemos criticar la opinión de aquellos que piensan que la declaración de voluntad se debe manifestar ante los representados o representado, esto es una gaffe ya que allí desaparece la figura del autocontrato, para estar ante un contrato liso y llano.

5) Consecuencias de la realización del contrato consigo mismo prohibido.

Debemos recalcar que estamos trabajando dentro del campo de la representación voluntaria, en donde el orden público, prácticamente no tiene influencia.

Cual es el autocontrato prohibido? La prohibición puede ser expresa de la ley o bien surgir de lo que hemos denominado límites implícitos de la autorización. Si nos encontramos ante el primer caso es indudable que el representante actúa extra autorización. En el segundo caso habría que analizar la situación para determinar cual es el supuesto.

Técnicamente no se debe hablar de nulidad o anulabilidad, aquí el problema es de eficacia del acto, es decir saber si hubo o no la autorización legitimante para el representado, de manera tal que el acto sea oponible al o los representados.

Como consecuencia de lo dicho el vicio de ineficacia se purga con la ratificación, es decir aquí no se habla de confirmación, terminología primitiva de la teoría de las nulidades.

6) Necesidad de una disposición expresa

Aquí nos toca analizar si es necesario un texto legal expreso para que proceda el contrato consigo mismo. Creemos que más que la palabra necesario debió emplearse la de conveniente ya que nuestra opinión es que el silencio de la ley, respecto al contrato consigo mismo, no obsta a su aceptación, si se legisla la representación. Empero vemos conveniente una legislación específica, como lo hacen los códigos modernos, dadas las características especiales del autocontrato.

7) Utilidad del Instituto

En este tema nos podríamos limitar a decir que no se debe privar al tráfico de un instituto algunas veces práctico y dar el clásico ejemplo del representante que debe vender bienes perecederos y no tienen a quien hacerlo, siendo él un interesado en la compra.

No somos partidarios de edificar con los casos excepcionales, como el ejemplo anterior. No consideramos el contrato consigo mismo algo muy práctico y de uso diario, sino una posibilidad jurídica, que dadas sus características, debe ser legislado cuidadosamente y nada más.

8) El problema en la representación indirecta

Ya sostuvimos que dos son las características de la representación: a) la forma de actuar del representante, quien lo hace en nombre del representado y b) la forma de producirse los efectos del acto representativo, que es, en principio, en forma inmediata sobre la esfera del representado.

En la mal llamada representación indirecta no se dan las características mencionadas ya que el representante actúa en nombre propio y los efectos del acto no recaen en forma directa sobre la esfera del representado.

Aquí hay que distinguir según se trate del caso de representación simple o del de representación doble. Para el primer caso es imposible el contrato consigo mismo, no así para el segundo factum de la autocontratación, en el cual puede actuarse, en una de las representaciones, como representante indirecto. Este distinguo que consideramos tan importante, por no

decir elemental, no es visto por la doctrina.

Se debe hacer notar que la autocontratación realizada por el representante en la representación indirecta (doble) tendrá la apariencia de un caso de representación simple, y ello al hablar el representante en nombre propio. Todo lo dicho entendido -como lo dijimos - que en la representación doble únicamente puede actuarse como representante indirecto, en una de las dos representaciones y no así en las dos, ya que sino caeríamos en igual hipótesis que en la representación simple.

Por lo dicho es que criticamos a Cariota Ferrara que aceptó la autocontratación en la representación indirecta y a Messineo que la rechaza, sin hacer un distingo previo.

B) Análisis de la Legislación

Las legislaciones sobre este tema pueden ser divididas fundamentalmente en dos clases: a) Las que regulan en forma genérica el Instituto y b) Aquellas que dictan normas para los casos particulares.

Indudablemente que el único tipo de legislación que nos interesa es la que lo trata en forma genérica, en las cuales, a su vez, se deben hacer otra subdivisión: A) En las que el principio es la prohibición, B) En las cuales el principio es la aceptación.

Se debe hacer notar que si las legislaciones modernas lo prohíben es porque del silencio (estando legislada la representación) surgiría su aceptación.

Todos los legisladores parten del presupuesto de la posibilidad técnica, dirigiendo la norma al problema de los conflictos. Así el B.C.B. entiende que el conflicto desaparece en el cumplimiento de una obligación. El Código Italiano en el hecho de que el representado haya determinado el contenido del acto y el Portugues, con mayor amplitud nos habla sobre si la naturaleza del negocio excluye el conflicto.

Como se ve todos exigen que desaparezca el conflicto y si él existe no hay más remedio que la autorización. Al hacer el análisis de la doctrina ya criticamos esta postura,

sosteniendo que no se debe tender a hacer desaparecer el conflicto, sino, a que se resuelva de manera tal que no haya perjuicio para el o los representados.

Consideramos que si la postura es la prohibición se debe legislarla sin ninguna excepción, salvo la autorización, pero no tratar de mitigar el problema con fórmulas tan imprecisas como "cumplimiento de una obligación", "contenido predeterminado", etc., ya que de todas maneras se deberá indefectiblemente establecer si hubo o no conflicto con posterioridad al acto. Lo importante -y lo más seguro para el representado- es saber si hubo o no perjuicio para sus intereses.

Creemos que estar con el principio de la prohibición, o con el de la aceptación, es pura política legislativa.

Ya dimos nuestra opinión sobre la forma en que debe declararse la voluntad y los efectos de la autocontratación prohibida, por lo cual no es menester volver sobre lo mismo.

En un principio pensamos que era menester que para el representante pueda realizar el contrato consigo mismo debía tener un poder especial en ese sentido, pero ello nos llevaría a una oferta encubierta al propio representante, por parte del representado o -según el caso- una invitación a ofertar. Lo que si se debe aclarar es que la autorización para autocontratar se entiende siempre y cuando no se cause un perjuicio al representado (lo que llamamos límite implícito de toda autorización) es decir que por más autorización que haya no puede el representante causar un perjuicio al representado; esto último es fundamental y la doctrina la pasó por alto.

Hay que comprender que de acuerdo a los principios de la representación el representante no necesita que el representado lo autorice para que realice un autocontrato en doble representación es decir que el principio natural, por así decirlo, es que pueda realizar el autocontrato.

Pensamos que las bases para legislar sobre el instituto que nos ocupan son:

- 1) No se debe prohibirlo, 2) El representante

puede autocontratar siempre y cuando de ello no emerja un perjuicio para el representado, 3) Si el representado lo prohibió está sujeto a ratificación, 4) Se debe poner un término para que se comunique al representado la realización del contrato consigo mismo, 5) La declaración de voluntad se debe efectuar como mínimo por escrito y de forma tal que su fecha sea cierta, 6) Se debe distinguir los dos supuestos de representación simple y de representación doble, 7) Como regla interpretativa, en caso de duda, se debe estar por la ineficacia del acto.

EL PROBLEMA EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Nuestro Código Civil, como es fácil suponer, no posee normas genéricas respecto de la figura del contrato consigo mismo. Nótese que decimos genéricas queriendo con ello marcar que, por el contrario, existen disposiciones particulares. Estas disposiciones implícitamente resuelven situaciones propias del contrato consigo mismo.

Ya dijimos que en nuestra opinión la teoría de la representación permite, técnicamente, la posibilidad del contrato consigo mismo y nuestro código -tal como se vió- sienta los principios básicos que gobiernan la teoría general de la representación.

Velez, en diversos artículos (entre otros: 1907 y 1908) sobreentiende que el problema de la representación plantea conflictos de intereses entre el representante y representado y con estas disposiciones las que nos permiten establecer como es la problemática a través del Código Civil. Veamos:

a) Al aceptarse la teoría de la representación, técnicamente es posible el autocontrato (art. 1869 y 1946)

b) No hay disposición legal alguna en el Código Civil que prohíba, en forma genérica, el instituto.

c) Los límites del contrato consigo mismo surgen de las normas que reglan el problema de conflicto de intereses y los límites del poder que son:

1) No debe realizarse un negocio que sea perjudicial para el representado (art. 1907)

2) Si hay oposición de interés entre el representado y representante, este no efectuará fielmente el negocio si diese preferencia a los suyos (art. 1908)

3) No se consideran traspasados los límites de la autorización si se ha llevado a cabo el negocio en forma más ventajosa que la indicada por el representado (art. 1906)

4) La naturaleza del negocio determina la extensión de la autorización (art. 1905)

5) No es de aplicación al supuesto del autocontrato en la representación simple el art. 1961 del Código Civil que manda que el "mandante debe estar y pasar por la fecha de los actos privados ejecutados por el mandatario, y es de su cargo la prueba de que el acto hubiese sido anti-datado".

Lo que sostenemos es una consecuencia de lo dicho en el punto anterior, toda vez, que el art. 1961 parte de la base que en la relación representado-representante no se puede considerar a ninguno tercero, todo lo contrario, son partes. En cambio esto varía para el supuesto que el representante quiera oponer un negocio en el cual es, además de parte formal también substancial.

d) Hay disposiciones que se refieren, sin lugar a duda, al problema del contrato consigo mismo, ellas son:

1) El art. 1918 que dispone: "No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa"

Se trata de un supuesto en que se prohíbe la autocontratación mediante la representación simple, es decir que ello no está vedado en el supuesto de representación doble. La prohibición no es absoluta ya que permite la realización del negocio si mediara aprobación "expresa" del representado.

La disposición antes transcrita es coincidente con lo establecido en el art. 1361 que dispone: "Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona:"..., para proseguir en el inciso 4° "A los

mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes..."

El problema que plantea esta disposición, es que la prohibición es, aparentemente, absoluta, en cambio en el art. 1918, como anotamos, relativa al subsanarse con la autorización.

Si vemos los otros supuestos (no todos referidos a un problema de autocontrato) considerados en los restantes seis incisos por el art. 1361 veremos que en ellos puede haber un problema de orden público que justifica la prohibición absoluta, lo que no ocurren en el inc. 4º, en donde no hay, en ningún sentido, un problema de este tipo. En base a esto nos pronunciamos por interpretar que se debe estar a la validez del negocio para los supuestos que mediare la autorización expresa, según reza la última parte del art. 1918.

2) El art. 1919 cuyo texto es "Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante"

Como se ve este artículo hace una diferenciación según se trate de tomar o dar dinero en préstamo (mutuo dinerario). Para el primer supuesto permite la autocontratación, siempre y cuando la misma se haga en condiciones corrientes, es decir se excluye el conflicto de interés recurriendo a la objetivización de las condiciones normales del negocio.

En el supuesto segundo -dar dinero a interés- se pronuncia Velez por igual solución que el art. 1918 para la venta, es decir se prohíbe, salvo la aprobación, introduciendo, para este caso, una variante cual es que no es necesario que la autorización sea expresa y por ende cabe la forma tácita.-