

# Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL

Beatriz Fernández Gregoraci

Colaboradora de Garrigues  
Investigadora Ramón y Cajal (Convocatoria 2008)

### *Abstract\**

*El presente artículo se ocupa de las categorías de representación directa e indirecta y de sus efectos según el DCFR. El análisis comparativo con las disposiciones de los PECL permite evaluar la siempre difícil solución de compromiso entre la representación, directa e indirecta, propia de los sistemas continentales, y la agency, disclosed y undisclosed, anglosajona.*

*This article looks at the DCFR rules relating to the distinction between direct and indirect representation and their effects. The article shows the changes introduced by DCFR in comparison with PECL and judges the solution achieved by DCFR in the difficult commitment between continental representation and the agency of Common Law.*

*Title:* Direct and Indirect Representation. Definition and concepts according to PECL and DCFR

*Keywords:* Agency; European Private Law

*Palabras clave:* Representación; Derecho Privado Europeo

### *Sumario*

- 1. Delimitación del objeto de estudio: las categorías de representación y sus efectos**
- 2. Representación y agency: conceptos**
  - 2.1. Delimitación de conceptos en el Common Law y en los sistemas continentales**
  - 2.2. Las soluciones de los PECL y del DCFR**
- 3. Efectos**
  - 3.1. Efectos en el Common Law y en los sistemas continentales**
  - 3.2. Las soluciones de los PECL y del DCFR**
- 4. "Draft conclusions"**
- 5. Bibliografía**

---

\* El presente artículo se enmarca en las actividades de la "Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado" (REDPEC) (SEJ2006-27567-E/JURI), coordinada por el Profesor Dr. D. Miquel Martín-Casals.

## *1. Delimitación del objeto de estudio: las categorías de representación y sus efectos*

El objeto del presente artículo está constituido por una primera aproximación a la regulación de la representación en el “Draft Common Frame of Reference” (en adelante, DCFR)<sup>1</sup>. Nuestra única pretensión es suscitar algunas reflexiones sobre la solución a la que el citado texto ha llegado en esta concreta materia. El contrapunto está constituido, como no podría ser de otro modo, por la solución que ofrecen los “Principles of European Contract Law” (en adelante, PECL).

El DCFR dedica el capítulo seis del Libro II<sup>2</sup> a la representación. Una primera lectura del citado capítulo arroja ya tres diferencias entre este texto y el Capítulo 3º PECL, relativo a la representación, diferencias que pasamos a exponer brevemente.

En primer lugar, cambia la Denominación del capítulo. El Capítulo 3 de los PECL se titula “Authority of agents”; el Capítulo 6 del DCFR se ocupa, lisa y llanamente, de la “Representation”.

En segundo lugar, cambia también la estructura del capítulo. En los PECL, la regulación de la representación se subdivide en 3 secciones: una primera, dedicada a las Disposiciones Generales; una segunda referida a la Representación Directa; y una tercera dedicada a la representación indirecta. El capítulo 6 DCFR, por el contrario, no tiene ninguna sección.

En tercer lugar, cambia la terminología que se utiliza para hacer referencia al representante. Y así, mientras que en los PECL se usan las palabras “agent” o “intermediary”, término este último reservado para los casos de representación indirecta, “representative” es la palabra utilizada siempre en el DCFR, incluso para referirse al mandatario<sup>3</sup>, del que se ocupa en otro lugar del mismo Libro IV (la Parte D)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> El texto completo del DCFR puede encontrarse en la siguiente dirección <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.pdf>, así como en el libro publicado en febrero de 2008 por la editorial Sellier, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) ISBN 978-3-86653-059-1).

<sup>2</sup> Libro que se titula “Contracts and other juridical acts”.

<sup>3</sup> Como es sabido, en el Ordenamiento jurídico español el mandato y la representación no son figuras idénticas: el mandato es una de las posibles relaciones subyacentes a la representación (al igual que lo pueden ser otros contratos como, a título de ejemplo, el de sociedad). Por el contrario, en otros sistemas jurídicos como, a título de ejemplo, el francés (art. 1984 CC francés), la actuación en nombre ajeno es un elemento esencial del mandato que, por tanto, siempre es representativo.

<sup>4</sup> Conviene adelantar ya en este momento que algunas disposiciones del DCFR sobre el contrato de mandato revisten interés para el presente estudio ya que no se ocupan sólo de la relación interna mandante-mandatario, sino también de la relación externa (mandante-tercero-mandatario). Esto es así, aunque parezca que el DCFR diga otra cosa en el apartado IV. D. 1:101 (2): “This Part applies only to the internal relationship between the principal and the third party and the representative (the mandate relationship). It does not apply to the relationship between the principal and the third party or the relationship between the representative and the third party”.

¿Se trata de meros cambios formales sin proyección en el fondo? La respuesta a esta pregunta debe ser claramente negativa: los cambios mencionados son sólo la punta del iceberg de las importantes modificaciones introducidas en el DCFR respecto de los PECL en cuanto a la representación se refiere.

De entre todas las cuestiones que plantea una figura tan compleja como la representación<sup>5</sup> nuestra atención se centrará en la relativa a las categorías de representación, ámbito en el que se han introducido modificaciones de gran calado. Se trata de dilucidar qué conceptos de representación directa e indirecta adopta el DCFR y cuáles son los efectos que se atribuye a cada una de las categorías en la relación externa (representado-tercero, por un lado; representante-tercero, por otro).<sup>6</sup>

El estudio de la representación directa y de la representación indirecta plantea tres cuestiones: (1) la delimitación de sus respectivos supuestos de hecho o, lo que es lo mismo, la definición de los conceptos “representación directa” y “representación indirecta”; (2) los efectos jurídico obligacionales entre el “dominus” y el tercero; y (3) los efectos jurídico reales entre el “dominus” y el tercero. Tanto el DCFR como los PECL se ocupan únicamente de las primeras dos cuestiones<sup>7</sup>.

La labor de compromiso entre el “Common Law” y los sistemas de Derecho continental que ha tenido que afrontarse al redactar ambos textos<sup>8</sup> no es nada fácil, ya que se da una paradójica situación: por un lado, existen importantes diferencias entre ambos sistemas; y, al mismo tiempo, se ha intentado establecer paralelismos entre algunas figuras jurídicas que, sólo aparentemente, son iguales. En las líneas que siguen trataremos de exponer cómo ha resuelto esta situación el DCFR y avanzaremos nuestra opinión acerca de la oportunidad de los cambios introducidos respecto a la regulación de los PECL.

---

<sup>5</sup> Que podríamos resumir en (1) Las categorías de la representación; (2) el poder del representante; (3) la sustitución del representante; y (4) el conflicto de intereses.

<sup>6</sup> El objeto así delimitado explica que no vayamos a referirnos a los “Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts”, centrados exclusivamente en las relaciones internas, representado representante. Sobre este texto, véase la reciente contribución que CASHIN RITAINE presentó al Congreso “Towards a Common Frame of Reference: Principles of European Law” celebrado en Trier el 21 de septiembre de 2007.

<sup>7</sup> Desde el punto de vista de los efectos jurídicos reales se trata de establecer si, por ejemplo, en un contrato de compraventa, que el intermediario celebra en su propio nombre, la transmisión de la propiedad se produce directamente desde el patrimonio del tercero o del “dominus”, según el caso, o si, por el contrario, previamente la adquiere el intermediario. La resolución de esta cuestión es especialmente delicada en los casos de concurso del intermediario. Recientemente se ha ocupado de los efectos jurídico reales DIEGUEZ OLIVA, 2006.

<sup>8</sup> Y con las que ya se enfrentaron en su momento los redactores de la “Convention on Agency of International Sale of Goods” de 17 de febrero de 1983 (artículos 12 y 13) y de los “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” de 2004 (artículos 2.2.3. y 2.2.4. de la Sección 2ª del Capítulo 2º).

## 2. Representación y Agency: conceptos

En los sistemas continentales se distingue entre Representación Directa y Representación Indirecta. En ambos casos, el representante obra por cuenta del “dominus”. Si la representación es directa, el representante celebra el negocio con el tercero también en nombre del “dominus”; por el contrario, si la representación es indirecta, obra en nombre propio. Como es sabido, las opiniones más tradicionales niegan a la representación indirecta la calificación de representación, ya que falta en ella la actuación en nombre ajeno: para este sector doctrinal, la “contemplatio domini” es, de hecho, elemento esencial de la representación<sup>9</sup>. Las corrientes más modernas, sin embargo, ven en la actuación por cuenta ajena la esencia de la representación: la indirecta es, por ello, representación<sup>10</sup>.

En el “Common Law” la “agency”<sup>11</sup> se subdivide en “disclosed agency” y “undisclosed agency”. El “agent” obra por cuenta del “principal” en ambos casos. Pero aquello que les diferencia no es si el “agent” obra en nombre ajeno o en nombre propio: la clasificación de los tipos de “agency” toma como punto de referencia si el tercero, al contratar con el “agent” conocía la existencia del “principal” (“disclosed agency”) o la desconocía (“undisclosed agency”)<sup>12</sup>. En ambos casos el “agent” cuenta con “authority” del principal, lo que, en palabras de REYNOLDS<sup>13</sup>, significa que:

“[...] has the power to act for another so as directly to alter that other's legal relations”

La esencia de la “agency” estriba en la propia existencia de “authority”, con independencia de que se manifieste al tercero (“disclosed agency”) o no se manifieste (“undisclosed agency”). Cuando el intermediario obra por cuenta del principal pero sin su “authority”<sup>14</sup>, la voluntad del principal es que el intermediario gestione sus intereses sin que pueda afectar directamente su esfera jurídica patrimonial: este es el supuesto que en el “Common Law” se denomina “indirect representation”, cuya calificación como “agency” se pone seriamente en duda<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Naturalmente, sin perjuicio del otorgamiento del previo poder de representación o de la posterior ratificación de lo hecho por el “representante sin poder”.

<sup>10</sup> Una clara síntesis de ambas corrientes puede encontrarse en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, 2003, pp. 554 y 555.

<sup>11</sup> El libro de referencia sobre “agency” en el Common Law es el BOWSTEAD AND REYNOLDS, 2008.

<sup>12</sup> Como categoría intermedia se sitúa la “unnamed agency” en la que el tercero desconoce únicamente la identidad del principal, pero no su existencia. Sobre esta figura puede verse TREITEL, 1999, p. 673 o CHITTY, 1983, p. 54.

<sup>13</sup> REYNOLDS, 1978, p. 224.

<sup>14</sup> Nótese que, en este tipo de supuestos, el principal encarga al intermediario la celebración de un negocio por su cuenta pero sin autorizarle para que le vincule contractualmente con el tercero. Véase, a título de ejemplo, Ireland v. Livingston (1872) 5 H.L. 395 o Armstrong v. Stokes and others (1871-1872) LR 7 QB 598.

<sup>15</sup> HILL, 1968, p. 626.

## 2.1. Delimitación de conceptos en el Common Law y en los sistemas continentales

En los Ordenamientos jurídicos de corte continental existe una cuestión de gran importancia que, sin embargo, no suele estudiarse con profundidad: es la relativa al significado exacto de las expresiones “obrar en nombre propio” y “obrar en nombre ajeno”. La tendencia a definir las como el ocultamiento al tercero de la existencia del principal (actuar en nombre propio) y su revelación en el mismo momento de la celebración del negocio (actuar en nombre ajeno) está muy extendida. La adopción de estas definiciones conlleva un riesgo: la imprecisa identificación entre la figura continental de la representación directa y la anglosajona de la “disclosed agency”, por un lado; y entre la representación indirecta continental y la “undisclosed agency” anglosajona, por otro.

Es cierto que la representación directa es, por definición, un supuesto en el que el tercero conoce la condición de representante de la otra parte y, por tanto, es consciente de que está obrando para un “dominus”. Sin embargo, y a pesar de lo que ha sostenido una parte autorizada de nuestra doctrina<sup>16</sup>, no creemos que el mero conocimiento por parte del tercero sea suficiente para que un supuesto pueda calificarse de representación directa y, lo que es más importante, para la aplicación de los efectos anudados a ella. Tal y como afirma Luis DÍEZ-PICAZO:

“Podría ocurrir que a pesar de que se hubiera dado a conocer al tercero el carácter representativo de la actuación, este extremo no se hubiera hecho constar en el negocio”<sup>17</sup>.

Y, añadimos nosotros, puede suceder que a pesar de conocer la existencia del “dominus”, se hubiera pactado la vinculación entre el tercero y el representante.

Es lo que sucedió, a título de ejemplo, en la STS, 1ª, 22.04.1998<sup>18</sup> cuyos antecedentes de hecho pasamos a resumir brevemente. El tercero había adquirido por subasta dos pisos, ejecutados por deudas del antiguo propietario, quien seguía habitando los pisos y quien propuso al tercero comprárselos de nuevo. Al formalizar la compraventa, se informó al tercero, vendedor, que la compra la iba a realizar el mandatario del comprador en nombre propio.

Frente a la acción del tercero, dirigida contra el mandante y el mandatario, este último reconviene, solicitando la elevación a escritura pública del contrato de compraventa. El Tribunal Supremo revoca la decisión de la Audiencia Provincial, que había desestimado la reconvenición por falta de legitimación pasiva del mandatario, demostrando así que no reviste trascendencia alguna el grado de conocimiento por el tercero de la existencia de un “dominus” para calificar un supuesto de representación indirecta y para, en consecuencia, permitir al mandatario interponer la acción de cumplimiento frente al tercero.

Junto a la interpretación de la “contemplatio domini” a la que acabamos de referirnos, que la identifica con el mero conocimiento por el tercero de la existencia del “dominus”, existen otras

---

<sup>16</sup> Entre nosotros se ha defendido por una parte autorizada de la doctrina. DE CASTRO, 1972, p. 124; GARCÍA AMIGO, 1995, p. 250; y HERNÁNDEZ MORENO, 1980, p. 78.

<sup>17</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1992, p. 40.

<sup>18</sup> RJ 2597. MP: Jesús Marina Martínez Pardo.

dos cuya precisión es, a nuestro juicio, mayor. Por un lado, cabe afirmar<sup>19</sup> que existe “contemplatio domini” cuando el representante exhibe su poder ante el tercero, presentándose como apoderado, de modo que es patente su intención de que los efectos jurídicos se produzcan en el patrimonio del “dominus”. Esta interpretación no tiene en cuenta, sin embargo, que para que el sujeto que materialmente celebra el negocio (el representante) no quede directa y personalmente obligado por el mismo, no es suficiente su voluntad. Es necesario, y con ello llegamos a la otra posible interpretación, que exista un acuerdo de voluntades del tercero y del representante, plasmado en el negocio que ambos celebran, de que los efectos se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado (acuerdo de heteroeficacia de los efectos<sup>20</sup>)<sup>21</sup>.

La correcta definición de la “contemplatio domini” y, por tanto, la precisa delimitación de los supuestos de representación directa, nos conducen a la exacta definición de representación indirecta con una sencilla interpretación “a sensu contrario”. En efecto, conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la ausencia de “contemplatio domini” no se identificaría necesariamente con el ocultamiento al tercero de la existencia del “dominus”. Es cierto que toda representación oculta es representación indirecta; pero no parece exacto afirmar que la representación indirecta es siempre oculta. El supuesto de hecho de la representación indirecta se identifica con la ausencia del acuerdo de heteroeficacia de los efectos. Y este acuerdo puede faltar también en aquellos casos en los que el tercero, a pesar de conocer la existencia de un “dominus” por cuya cuenta obra la parte contraria, se vincula tan solo con el intermediario.

## 2.2 Las soluciones de los PECL y del DCFR

¿Cuál es la solución de compromiso que ofrecen los PECL? ¿Existe algún avance en el DCFR a este respecto?

Lo primero que debe destacarse es que la terminología utilizada en los PECL se aproxima a la continental: en ellos se distingue entre representación directa y representación indirecta; no se habla de “disclosed agency” y de “undisclosed agency”. Así, en el art. 3:102 (1) podemos leer:

Categories of Representation. (1) Where an agent acts in the name of a principal, the rules on direct representation (Section 2) apply. [...]

La sección 2 del Capítulo 3 a la que se refiere el precepto reproducido se titula, precisamente, “Direct representation”. Además, según se desprende del propio art. 3:102 PECL, existe representación directa cuando el representante obra en nombre ajeno.

---

<sup>19</sup> Defendida en nuestro país por LACRUZ BERDEJO, 1974, p. 117; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, 1960, p. 100; PUIG FERRIOL, 1998, p. 675; RAGEL SÁNCHEZ, 2000, p. 912.

<sup>20</sup> Expresión utilizada por primer vez por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1971, p. 185.

<sup>21</sup> Tal y como ya hemos tenido ocasión de manifestar “El conocimiento es importante en cuanto requisito necesario para que el tercero manifieste la voluntad de dirigir los efectos del negocio hacia el representado [...] La manifestación es importante en tanto en cuanto destruye la presunción de que quien contrata lo hace para sí mismo”, FERNÁNDEZ GREGORACI: 2006, p. 94.

En cuanto a la representación indirecta, para los PECL ésta existe en dos casos: cuando el intermediario obra en nombre propio y cuando el tercero desconoce la condición de intermediario de la otra parte. El artículo 3:102 PECL afirma:

Categories of Representation [...] (2) Where an intermediary acts on instructions and on behalf of, but not in the name of a principal, or where the third party neither knows nor has reason to know that the intermediary acts as an agent, the rules on indirect representation apply (Section 3).

Nótese que los PECL engloban bajo el concepto de representación indirecta, tanto la definición de representación indirecta continental (no actuar en nombre ajeno) como la de la “Undisclosed Agency” del Common Law (que el tercero desconozca la condición de intermediario).

En el DCFR la supresión de las secciones dedicadas a las categorías de representación no ha implicado la desaparición de las categorías. Ahora bien, en el capítulo dedicado a la representación no se utiliza ni la expresión continental, ni la anglosajona. En el II.-6:105 DCFR podemos leer:

When representative's act affects principal's legal position.

When the representative acts:

(a) in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate the third party an intention to affect the legal position of a principal; and

(b) within the scope of the representative's authority.

The act affects the legal position of the principal in relation to the third party as if it had been done by the principal. It does not as such give rise to any legal relation between the representative and the third party.

Y en el II.-6:106 DCFR se establece:

Representative acting in own name.

When the representative, despite having authority, does an act in the representative's own name or otherwise in such a way as not to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal, the act affects the legal position of the representative in relation to the third party as if done by the representative in a personal capacity. [...].

A pesar de todo lo anterior, cabe afirmar que el DCFR, al igual que los PECL, se ha decantado por la terminología continental. Así se desprende de la regulación del contrato de mandato, donde el DCFR utiliza esta terminología<sup>22</sup>. En el IV.D-1:102 DCFR puede leerse que un mandato para la representación directa es un mandato en virtud del cual un representante actúa en nombre del

<sup>22</sup> Además, en el Libro VII, relativo al enriquecimiento injusto, encontramos una disposición titulada *Indirect representation*, la VII.-4:102, a la que nos referiremos más adelante.

principal o de cualquier otra manera que indique su intención de afectar la esfera jurídica del principal: en otras palabras, cuando el mandatario actúa del modo indicado en el II-6:105.

IV.D.-1:102: Definitions. In this part: [...] (d) A mandate for direct representation is a mandate under which the representative is to act in the name of the principal, or otherwise in such a way as to indicate an intention to affect the principal's legal position.

En el IV.-D.-1:102 (e), situado también en sede de mandato, se establece que un mandato para la representación indirecta es aquel en virtud del cual el representante obra en nombre propio o de cualquier otro modo que no manifieste su intención de vincular directamente al mandante: esto es, cuando el mandatario actúa conforme a lo indicado en el II.-6:106.

IV.D.-1:102: Definitions. In this part:

[...] (e) A mandate for indirect representation is a mandate under which the representative is to act in the representative's own name or otherwise in such a way as not to indicate an intention to affect the principal's legal position.

En definitiva, debe acudir a la regulación del mandato<sup>23</sup> que, en principio, no se ocupa de la relación externa, para concluir que, efectivamente, lo que contemplan el II.-6:105 DCFR y el II.-6:106 DCFR es la representación directa y la indirecta respectivamente. En este sentido, creemos que el DCFR ha perdido claridad y sencillez en comparación con los PECL, sin razón aparente que lo justifique.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que el DCFR ha dado un paso adelante respecto de los PECL. Éstos no definen expresamente lo que significa obrar en nombre ajeno y obrar en nombre propio<sup>24</sup>. Como hemos advertido en líneas anteriores, esta cuestión no es baladí pues una interpretación en uno u otro sentido puede llevar a ampliar o reducir considerablemente el ámbito objetivo de aplicación de la representación indirecta: si obrar en nombre propio significa ocultar al tercero la existencia del principal, sólo la representación oculta sería indirecta.

El DCFR sí se ocupa de definir lo que significa “actuar en nombre ajeno” y “actuar en nombre propio”.

---

<sup>23</sup> Junta a las disposiciones citadas, cabe citar también las IV.-4:102 (2) y IV.-4:103 (3) en las que se contemplan los parámetros conforme a los cuales se determinará si el mandatario, al celebrar el negocio con el tercero, deberá hacerlo en nombre propio o ajeno.

“IV. D. - 4:102: Request for a direction (2) The representative must ask for a direction if the mandate contract does not determine whether the mandate is for direct representation or indirect representation”.

“IV. D. - 4:103: Consequences of failure to give a direction (2) If the principal fails to give a direction under paragraph (2) of the preceding article, the representative may choose direct representation or indirect representation or may withhold performance under III.-3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation)”.

<sup>24</sup> Es cierto que puede extraerse implícitamente del texto como demostramos en FERNÁNDEZ GREGORACI, 2006, pp. 112 y 131.

A partir del II.-6:105 se deriva que existe actuación en nombre ajeno cuando el representante tiene la intención de afectar la esfera jurídica del principal. Con ello, el DCFR se alinea con una de las posibles interpretaciones a las que nos referíamos en líneas anteriores: en concreto con la que, sin llegar a ser tan precisa como la que nosotros defendemos (acuerdo de heteroeficacia de los efectos), no lleva a la confusión a la que puede conducir la identificación entre “contemplatio domini” y mero conocimiento por el tercero de la existencia del “dominus”.

Por lo que se refiere a la definición de la expresión obrar en nombre propio, o, lo que es lo mismo, la delimitación del supuesto de hecho que cabe calificar de representación indirecta, el DCFR se ocupa de este tema, no sólo en el II.- 6:106, sino también en el VII.-4:102, situado en el capítulo relativo al enriquecimiento injusto. El II.-6:106 establece implícitamente que obrar en nombre propio significa que, a pesar de tener authority, el representante obra de un modo tal que indica al tercero su (del representante) intención de no afectar la esfera jurídica del principal. El VII.-4:102 completa la disposición citada cuando, de manera implícita pero clara establece que en la representación indirecta la contraparte en el negocio celebrado con el tercero no es el principal, sino el representante<sup>25</sup>. Puede afirmarse que esta definición constituye un intento de compromiso entre la “undisclosed agency” del “Common Law” y la representación indirecta de los sistemas continentales. Como indicábamos al comienzo, el supuesto de hecho de la “undisclosed agency” exige la concurrencia de dos elementos: (1) que el tercero desconozca la condición del representante; y (2) que el principal haya concedido al agente la denominada “authority to bring him into contractual privity” con el tercero, sin desvelárselo a éste<sup>26</sup>. La representación indirecta continental, por el contrario, se caracteriza por faltar el acuerdo de heteroeficacia de los efectos entre el tercero y el representante. Esto puede suceder, tanto cuando el tercero conoce la condición de representante de la otra parte como cuando lo desconoce. Pues bien, el DCFR acoge el concepto del “common law”, en cuanto exige que el representante tenga poder, pero se separa de él, aproximándose al continental, en cuanto no exige que el tercero desconozca la existencia del principal.

---

<sup>25</sup> En dicha disposición puede, en efecto, leerse lo siguiente:

“VII. – 4:102: Indirect representation. Where a representative does a juridical act on behalf of a principal but in such a way that the representative is, but the principal is not, a party to the juridical act, any enrichment or disadvantage of the principal which results from the juridical act, or from a performance of obligations under it, is to be regarded as an enrichment or disadvantage of the representative”.

<sup>26</sup> BOWSTEAD AND REYNOLDS., 2001, p. 346; CHITTY., 1999, p. 38; REYNOLDS, 1983, p. 129; HILL, 1968, p. 325.

### 3. Efectos

Los efectos jurídico-obligacionales entre el tercero y el “dominus” en la representación directa y en la representación indirecta dependen en gran medida del concepto que se defienda.

#### 3.1. Efectos en el Common Law y en los sistemas continentales

En el “Common Law”, cuando la “agency” es “disclosed”, el principal puede demandar al tercero y viceversa. También en caso de “undisclosed agency” se producen efectos directos entre el principal y el tercero: ambos pueden demandarse recíprocamente. Naturalmente, si es el tercero el demandante, demandará al principal cuando descubra su existencia. Lo que acabamos de afirmar no debe conducir a la conclusión de que, en ambos tipos de “agency”, los efectos sean los mismos. La diferencia entre ambos casos estriba en que en la “disclosed agency” el agente desaparece de la escena jurídica, quedando vinculados única y exclusivamente el tercero y el principal. Sin embargo, en la “undisclosed agency” el agente no desaparece de la escena jurídica, puesto que el tercero se representa el contrato como celebrado con el agente. Se produce, así, una superposición de vinculaciones: el tercero puede demandar al principal o al agente y puede ser demandado tanto por el agente como por el principal<sup>27</sup>.

Los efectos de la representación directa de los sistemas continentales se producen única y exclusivamente entre el “dominus” y el tercero porque así lo han querido los tres sujetos que intervienen en la representación: el “dominus” ha expresado su voluntad en ese sentido a través del apoderamiento; el representante y el tercero la ponen de manifiesto al celebrar el acuerdo de heteroeficacia de los efectos. Los efectos en la representación indirecta no responden a unas pautas tan claras. Puede afirmarse que la regla general estriba en la ausencia de efectos directos entre el “dominus” y el tercero: lo cual es lógico, dada la ausencia del acuerdo de heteroeficacia de los efectos<sup>28</sup>. Sin embargo, esta regla se somete a excepciones que, en ocasiones, tienden a la importación de las reglas de la “undisclosed agency”. Sirva de ejemplo el caso español<sup>29</sup>.

Como es sabido, la excepción a la regla de la ausencia de efectos directos se contempla en el segundo párrafo del artículo 1717 CC en términos que bien podrían calificarse de parcos:

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

En una primera aproximación, puede afirmarse que existen dos grandes interpretaciones de la poco afortunada expresión “cosas propias del mandante”: aquella que la identifica con los

<sup>27</sup> Sobre el funcionamiento exacto de las reglas que hemos resumido en el texto, véase, a título de ejemplo: POWELL, 1952, pp. 126 y ss.; CHESHIRE, FIFoot Y FURMSTON, 1991, p. 486.

<sup>28</sup> Regla que recoge nuestro Ordenamiento en el artículo 1717.I CC: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo”.

<sup>29</sup> Para otros ordenamientos, nos remitimos a lo dicho en FERNÁNDEZ GREGORACI, 2006, pp. 179 y ss. y 216 y ss.

“asuntos propios” del “dominus”, interpretación que convierte en regla lo que en la norma es sólo excepción; y quienes la ciñen a “cosas de propiedad del mandante”. Junto a estas interpretaciones doctrinales, cabe destacar la frecuente confusión en nuestros tribunales entre la excepción a la regla en la representación indirecta y la “contemplatio domini” tácita<sup>30</sup>. Incluso una parte muy autorizada de la doctrina civil sostiene que el descubrimiento posterior de la representación por el tercero, en los casos de representación oculta, justifican la vinculación entre el tercero y el “dominus”<sup>31</sup> importando de este modo, a nuestro juicio erróneamente<sup>32</sup>, la “doctrine of undisclosed agency”.

En definitiva, en la representación directa y en la “disclosed agency” los efectos son directos. La diferencia más importante entre los sistemas continentales y el “Common Law” se produce en los efectos de la representación indirecta y de la “undisclosed agency”: mientras que en ésta el principal y el tercero pueden demandarse recíprocamente (efectos directos), en aquella la regla es la vinculación única y exclusiva entre el intermediario y el tercero (ausencia de efectos directos). Las dificultades surgen a la hora de individualizar aquellos casos en los que se justifica la ruptura de la regla en los sistemas continentales.

### 3.2. Las soluciones de los PECL y del DCFR

Como no podía ser de otro modo, tanto en los PECL como en el DCFR los efectos en la representación directa son directos.

En este sentido, el artículo 3:202 PECL dispone que:

“Where an agent is acting within its authority as defined by article 3.201, its acts bind the principal and the third party directly to each other. The agent itself is not bound to the third party”.

Y el II.-6:105 (2) DCFR establece que cuando el representante obra en nombre ajeno

“the act affects the legal position of the principal in relation to the third party as if it had been done by the principal. It does not as such give rise to any legal relation between the representative and the third party”.

Tanto en los PECL como en el DCFR los efectos en la representación indirecta se construyen conforme a una regla, que se somete a excepciones. Art. 3:301 PECL: Intermediaries not acting in the mane of a Principal

(1) Where an intermediary acts:

<sup>30</sup> Confusión que ya pusimos de relieve en FERNÁNDEZ GREGORACI: 2006, pp. 95 a 106. Y que confirmamos en dos recientes SSTs en ADC, 2006 y en la jurisprudencia de las AAPP en 2007, pp. 95 a 107.

<sup>31</sup> DE CASTRO: 1972, p. 128; ALBALADEJO, 1976, p. 152; LACRUZ BERDEJO, 1974, p. 289; PUIG BRUTAU, 1979, p. 972; PUIG FERRIOL, 1987, p. 360.

<sup>32</sup> En efecto, para que ello fuera posible, sería necesario que nuestro Ordenamiento otorgara virtualidad jurídica al descubrimiento por el tercero de la facultad, no manifestada, con la que contaba el representante al contratar. Facultad con la que, además, no cuenta necesariamente en la representación indirecta continental.

- (a) on instructions and on behalf, but not in the name, of a principal, or
- (b) on instructions from a principal but the third party does not know and has no reason to know this, the intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in Articles 3:302 to 3:304.

II.-6:106 DCFR: [...] It does not as such affect the legal position of the principal in relation to the third party unless this is specifically provided for by any rule of law.

A pesar de que el DCFR conserva la misma estructura que los PECL (regla-excepción), las diferencias entre ambos textos son más que notables.

Los PECL se ocupan de individualizar las excepciones a la regla de la ausencia de efectos entre el “dominus” y el tercero, que están constituidas por la insolvencia del intermediario y el incumplimiento esencial de éste frente al tercero o frente al “dominus”. Como puso de relieve GARCÍA RUBIO<sup>33</sup>, los PECL buscan de este modo llegar a un compromiso entre el sistema continental y el Common Law. En los artículos 3:302 y 3:303 PECL podemos leer:

#### Intermediary's Insolvency or Fundamental Non-performance to Principal

If the intermediary becomes insolvent, or if it commits a fundamental non-performance towards the principal, or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance:

- (a) on the principal's demand, the intermediary shall communicate the name and address of the third party to the principal; and
- (b) the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the intermediary, subject to any defences which the third party may set up against the intermediary.

#### Intermediary's Insolvency or Fundamental Non-performance to Third Party

If the intermediary becomes insolvent, or if it commits a fundamental non-performance towards the third party, or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance:

- (a) on the third party's demand, the intermediary shall communicate the name and address of the principal to the third party; and
- (b) the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the intermediary, subject to any defences which the intermediary may set up against the third party and those which the principal may set up against the intermediary.

El principio que informa estos casos es que se trata de situaciones en las que la desprotección del tercero o del “dominus”, según el caso, justifica la ruptura de la regla. Obsérvese, además, que la

---

<sup>33</sup> GARCÍA RUBIO, 2003, p. 567.

insolvencia del representante perjudica el interés del tercero y el del “dominus” en tanto en cuanto se concrete en el incumplimiento esencial. De hecho, en los propios comentarios oficiales se vislumbra el principio informador apuntado cuando afirman:

“The first alternative is that the intermediary is insolvent. The, he can no longer (fully) perform his obligation [...] The second ground for establishing a direct relationship between principal and third party is a fundamental non performance by the intermediary. [...] The reasons are in essence the same as in case of intermediary's insolvency”.

Los PECL no se limitan a enumerar los casos en que se rompe la regla, sino que, además, se ocupan del funcionamiento del efecto directo teniendo en cuenta las peculiaridades del caso. Y así, el tercero puede oponer al principal, demandante, las mismas excepciones que podría haber utilizado en caso de haber sido demandado por el intermediario. Y viceversa, el tercero, frente a la demanda del principal, puede oponer las mismas excepciones que le asistirían frente al intermediario.

Si se sitúa el II.-6:106 DCFR, relativo a la representación indirecta, frente a los preceptos de los PECL a los que acabamos de referirnos, resulta evidente la pérdida de claridad del DCFR. En efecto, el II.-6:106 se limita a afirmar que no existen efectos directos<sup>34</sup> salvo en los casos establecidos por la ley: el DCFR afirma que existen excepciones a la regla de la ausencia de efectos directos pero no nos dice cuándo se producen dichas excepciones. Y si el DCFR no se ocupa de los casos en los que cabe romper la regla, y como seguramente el lector ya habrá podido intuir, naturalmente tampoco es objeto de atención el funcionamiento del efecto directo.

#### **4. “Draft conclusions”**

La primera conclusión que cabe poner de manifiesto tras esta primera aproximación al DCFR es que la supresión de las secciones dedicadas a la representación directa y a la indirecta no ha implicado una correlativa desaparición de las categorías de representación, que el texto contempla. Su regulación debe buscarse, no sólo en el capítulo relativo a la representación (Capítulo 6º del Libro II), sino también en las reglas del contrato de mandato (Parte D del Libro IV).

En segundo lugar, el DCFR, a diferencia de los PECL, se ha preocupado de definir expresamente qué es representación directa y qué es representación indirecta. A nuestro entender, este paso, por sí solo, ya es positivo. Además, al evitar el DCFR cualquier referencia al supuesto en que el tercero conoce o desconoce la condición de representante de la otra parte, se desprende más claramente que de los PECL que la representación indirecta no debe ser necesariamente oculta y que el mero conocimiento por parte del tercero no implica necesariamente que nos encontremos ante un caso de representación directa. Sin perjuicio de lo anterior, la definición de “contemplatio

---

<sup>34</sup> La lectura del VII.-4:102 DCFR ya citado confirma la decidida elección del DCFR por la asunción de la regla general propia de los sistemas continentales. En efecto, en él se establece que el enriquecimiento injusto del principal en un caso de representación indirecta debe considerarse enriquecimiento injusto del representante.

domini” prevista en el DCFR puede aún perfeccionarse, identificando la actuación en nombre ajeno con el acuerdo de heteroeficacia de los efectos.

En tercer lugar, a partir del concepto de representación indirecta manejado por el DCFR cabe extraer que la esencia de la representación está constituida, al igual que en el Common Law, por la existencia de autorización, con independencia de su manifestación al tercero. En efecto, según el DCFR la representación indirecta es verdadera representación, pues la regula en el capítulo titulado “representación” y, a diferencia de los PECL, no denomina al representante indirecto “intermediario”, sino “representante”. Pero en la representación indirecta del DCFR, el representante tiene autorización. El II.-6:106 DCFR comienza diciendo “When the representative, despite having authority, does an act in the representative's own name or [...]”. En definitiva, el DCFR parece alejarse considerablemente de las posturas más tradicionales del Derecho continental, que erigen a la “contemplatio domini” en parte esencial de la representación.

Y, finalmente, cabe afirmar que el DCFR ha reducido considerablemente el alcance de la regulación de la representación indirecta. Por un lado, no concreta los casos en los que la regla de la ausencia de efectos directos se rompe; y, por otro lado, no ofrece respuesta a las cuestiones que surgen cuando se permite que afloren los verdaderos intereses en juego, como las excepciones oponibles o la posición del representante indirecto. Cuestiones todas estas que resuelven de un modo más que aceptable los PECL y cuya ausencia en el DCFR creemos que hay que lamentar.

¿Por qué se ha producido este vaciamiento de contenido? La respuesta la encontramos en la reunión mantenida con los grupos de presión<sup>35</sup> cuyas palabras reproducimos a continuación:

“There seemed to be widespread agreement that the CFR should not include rules on indirect representation. The essential point of the rules seems to be to give the principal and third party direct rights in the event of the intermediary’s insolvency. Different systems might achieve this in a variety of ways [...]. Provisions allowing the principal who has used a commission agent to sue or be sued by the third party were rarely found in national laws. The undisclosed principal is found only in the common law and is something of a historical anachronism. Therefore the rules on indirect representation are certainly not part of the common core of European legal systems, and were not really needed for the CFR [...] The issue of how to protect the parties in the case of the intermediary’s insolvency were probably better considered (without prejudice to the nature of the rules that might be adopted) if and when insolvency is covered”.

Son tres los aspectos que cabe destacar de las palabras reproducidas.

En primer lugar, se afirma que la representación indirecta no forma parte del “Common Core”, ya que las reglas de los diversos sistemas europeos son muy distintas entre sí.

En segundo lugar, se considera innecesario formular unas reglas comunes sobre la representación indirecta, puesto que los diversos sistemas llegan al mismo efecto directo entre el “dominus” y el tercero. No consideran relevante que lo hagan utilizando diversas vías.

---

<sup>35</sup> Cuyo contenido me ha sido facilitado gentilmente por el Prof. Hugh Beale.

En tercer lugar, se mantiene que los problemas del concurso del representante indirecto, que, como ser recordará constituye una de las excepciones a la ausencia de efecto directo contemplada en los PECL, deberían resolverse en sede concursal.

Frente a todo lo anterior, cabe plantear las siguientes reflexiones:

En primer lugar, precisamente la diversidad de soluciones justifica que un texto como el DCFR se preocupe de esta institución.

En segundo lugar, la utilización de una vía u otra para llegar al efecto directo no es indiferente: no es lo mismo conceder una acción directa al dominus frente al tercero y viceversa, que lograr el efecto directo mediante una «vía indirecta» como la cesión de créditos<sup>36</sup> o el enriquecimiento injustificado<sup>37</sup>.

En tercer lugar, si bien la insolvencia es el caso más claro en el que puede plantearse la conveniencia de romper la regla, y por su especificidad es cierto que quizá conviene una regulación ubicada en las leyes específicas sobre el tema, no debe olvidarse que no es éste el único caso en el que los verdaderos intereses en juego deberían aflorar<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> En la que entra en juego también la voluntad del intermediario de ceder o no ceder.

<sup>37</sup> Que exigiría la prueba del efectivo enriquecimiento de la otra parte plasmado en que, por ejemplo, el *dominus* ha recibido la prestación proveniente del tercero y no ha procedido al pago; y que, por tanto, no procedería cuando el intermediario hubiera obstaculizado el normal desenvolvimiento de los acontecimientos, interrumpiendo el flujo de las prestaciones y contraprestaciones.

Nótese que el DCFR parece haber eliminado esta posible opción el VII-4:102 DCFR, al que nos referíamos en la p. 11.

<sup>38</sup> Otros posibles casos en FERNÁNDEZ GREGORACI, 2006, pp. 285 a 325.

## 5. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (1976), *Compendio de Derecho civil*, 3ª ed., Bosch, Barcelona.

BOWSTEAD AND REYNOLDS (2001), *On Agency*, 17ª ed., Sweet and Maxwell, Londres.

CASHIN RITAINE (2007), "The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Constructs ([http://www.era.int/web/en/html/nodes\\_main/4\\_2127\\_474/Archives/conferences\\_2007/5\\_1796\\_3892.htm](http://www.era.int/web/en/html/nodes_main/4_2127_474/Archives/conferences_2007/5_1796_3892.htm)).

Federico DE CASTRO (1972), *Temas de Derecho civil*, Madrid.

CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON (1991), *Law of contract*, 12ª ed., Butterworths, Londres.

CHITTY (1983), *On contracts II*, Sweet and Maxwell, Londres.

Rocío DIÉGUEZ OLIVA (2006), *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992), *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid.

Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1971), "Notas sobre la actuación representativa", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, Tomo II*, Tecnos, Madrid, págs. 185 a 192.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI (2006), *La representación indirecta*, Thomson-Civitas, Navarra.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI (2007), "La representación indirecta en la jurisprudencia menor de los últimos diez años", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, v. 16, núm. 1, 2007, (Volumen especial in memoriam del Profesor Dr. José Manuel Lete del Río), págs. 95 a 107.

Manuel GARCÍA AMIGO (1995) *Lecciones de Derecho civil II. Teoría General de las Obligaciones y contratos*, McGraw Hill, Madrid.

María PAZ GARCÍA RUBIO (2003), "La representación", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, págs. 555 a 570.

Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1960), "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", *RIN*, págs. 83 a 135.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS (1976), "Mandatario que adquiere en nombre propio", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Federico de Castro, Tomo I*, Tecnos, Madrid, págs. 759 a 785.

Alfonso HERNÁNDEZ MORENO (1980), "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716", *RJCat*, págs. 373 a 445.

D. HILL (1968). "The Commission Merchant at Common Law", *The Modern Law Review*, págs. 623 a 641.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1974), *Elementos de Derecho civil. Parte General, I, VIII*, ed. Bosch.

POWELL (1952), *Law of agency*.

Lluís PUIG FERRIOL (1998), "La representación", en *Manual de Derecho civil, II, 2ª ed.*, Marcial Pons.

RAGEL SÁNCHEZ (2000), *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Dykinson.

Francis REYNOLDS (1978), "Agency: theory and practice", *LQR*. págs. 119-140.

Francis REYNOLDS (1983), "Practical problems of the undisclosed principal doctrine", *CLP*, págs. 119 a 140.

G.H. TREITEL (1999), *The Law on contract*, Sweet and Maxwell, Londres.