

ESTUDIO DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA
PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN
MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

*STUDY OF INDIRECT REPRESENTATION IN THE PROPOSAL
TO MODERNIZE THE CIVIL CODE ON OBLIGATIONS AND
CONTRACTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 304-337

Rocío DIÉGUEZ
OLIVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 20243
ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El presente trabajo analiza la regulación de la representación indirecta en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, su régimen aplicable y sus relaciones con el actual art. 1717 CC y las propuestas de unificación/armonización del derecho privado europeo.

PALABRAS CLAVE: Representación indirecta; Propuesta de Modernización del Código Civil.

ABSTRACT: *This work analyzes the regulation of indirect representation in the recent Proposal for the Modernization of the Civil Code on obligations and contracts, its applicable regime and its relationships with the current art. 1717 CC and the proposals for unification/harmonization of European private law.*

KEY WORDS: *Representation; Proposal for the Modernization of the Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.- II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.- I. La representación indirecta en derecho español. La interpretación de art. 1717 CC por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 2. Representación indirecta y Registro de la Propiedad.- III. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN/UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

I. INTRODUCCIÓN. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (a partir de ahora PMCC), publicada por el Ministerio de Justicia en julio de 2023 ha incorporado la regulación de la representación en el derecho privado en el capítulo VI (arts. 1274 a 1288), siguiendo la regulación ya contenida en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2009 (PMMC-2009). Como señala la Exposición de Motivos, las tres fuentes principales que han tenido los autores de la propuesta en la elaboración han sido nuestra tradición jurídica, “recogiendo, adaptando o aclarando las respuestas que la jurisprudencia y doctrina españolas han venido dando”, los numerosos textos internacionales publicados en las últimas décadas en materia de armonización y unificación del derecho privado europeo, y los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica y que ya han sido objeto de modernización. Y las mismas van a ser los referentes con los que vamos a confrontar la actual propuesta de regulación de la representación indirecta.

El art. 1274 PMCC, sin definir la representación, porque la finalidad de los textos legales no es hacer definiciones, establece cual es el ámbito de la representación (“todos los actos jurídicos que una persona pueda hacer por sí misma,...salvo los que tengan carácter personalísimo), así como el régimen jurídico de la misma, indicando que “la relación interna entre representante y representado” se regirán por las normas del mencionado capítulo VI, “por aquellas que le sean aplicables según su naturaleza y, subsidiariamente, por las establecidas en este Código para el contrato de mandato”. Por lo que a la representación indirecta se refiere, se encuentra regulada en el art. 1288 conforme al cual cuando el representante actúe por cuenta del representado, pero no en nombre de éste, “los efectos jurídicos del acto realizado solo se producen entre el representante y el tercero”. Frente a esta regla general, los apdos 2 y 3 del art. 1288 recogen las excepciones a

• **Rocío Diéguez Oliva**

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: mddieguez@uma.es

la misma, reconociendo acción directa al representado frente al tercero para el ejercicio los derechos adquiridos por el representante, para el caso en que el representante resultare insolvente o incurriere o fuere manifiesto que incurrirá en un incumplimiento esencial frente al representado. En tal caso, el tercero puede oponer al representado las excepciones que tuviese contra el representante. Igual acción se le concede al tercero para los supuestos de insolvencia e incumplimiento esencial frente al tercero. En uno y otro caso el representante habrá de identificar al representado. El pago hecho al representante no libera de sus obligaciones ni al tercero ni al representado, a partir del momento en que se produzca la recepción de la comunicación.

En una primera aproximación al estudio del art. 1288 PMCC en comparación con el art. 1717 CC, la consecuencia jurídica parece idéntica: la incomunicabilidad de efectos entre el representado y el tercero. Así, el art. 1288 I PMCC expresamente señala que "cuando el representante actúa por cuenta del representado, pero no en nombre de este, los efectos jurídicos del acto realizado solo se producen entre el representante y el tercero, salvo lo previsto en los apartados siguientes". Por su parte el art. 1717 CC con una dicción similar, sin embargo, no dice exactamente lo mismo, porque cuando el mandatario contrata en nombre propio el mandante no tiene acción contra las personas que han contratado con el mandante ni éstas contra el mandatario, sino que el mandatario es el obligado "como si" el asunto fuera personal suyo. Sólo se exceptúa esa incomunicabilidad en los casos en que se trate de "cosas propias del mandante". Ambas cuestiones, los efectos en el representante "como si" el asunto fuera suyo y las diversas interpretaciones de la excepción cosas del mandante, en un principio no coinciden con las excepciones del art. 1288 PMCC ni con la regla de la incomunicabilidad de efectos, conforme a la actual jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y la doctrina administrativa de la Dirección general de Seguridad Jurídica y Fe Pública. La duda que planteamos versaría sobre si la propuesta de regulación del art. 1288 PMCC, como paradigma de la representación indirecta, limita las excepciones a la regla de la incomunicabilidad de efectos a las contenidas en el propio precepto, o si por el contrario y dada la remisión que el art. 1274 PMCC a aquellas normas

1 Sobre los antecedentes históricos y legislativos de la excepción, *vid.* GRAMUNT FROMBUENA, M.D.: "La excepción cosas propias del mandante", *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1989, pp. 629 y ss. En dicho trabajo el estudio de la excepción se realiza atendiendo al ámbito de actuación del mandatario, si estamos ante un mandato otorgado en términos generales o un mandato especial. El antecedente legislativo inmediato se encuentra en el art. 1408 del Proyecto de Código Civil de 1936. cuando el mandatario general para los negocios y contratos celebrada alguno sin expresar en nombre de quien lo hace, se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuera especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre celebrados en nombre del mandante». El contenido del citado artículo es necesario entenderlo en una lectura conjunta e integrada con relación a su número precedente, el art. 1.407, por cuanto en el mismo, al distinguirse el mandato general del especial (de manera análoga a nuestro actual art. 1.713 CC). De la lectura conjunta de ambos preceptos cabe deducir a juicio de GRAMUNT que en los supuestos de actuación del mandatario propio nomine, el mandante va a quedar obligado como si el negocio hubiera sido realizado en su propio nombre cuando el objeto de la contratación esté comprendido dentro del poder especial que el mandatario ha recibido para poder contratar.

que sean aplicables conforme a su naturaleza y, subsidiariamente, al régimen legal del contrato de mandato, sen concreto al art. 1717 CC, mantendría aplicable igualmente la excepción cosas propias del mandante y su interpretación. Y la cuestión no es baladí porque más allá de los efectos obligacionales entre representante y representado, el art. 1288 PMCC guarda silencio sobre una de las cuestiones más complejas y problemáticas en materia de representación indirecta, cual es la adquisición y transmisión de la propiedad a través de intermediario o representante en nombre propio. Para entender el sentido y alcance del art. 1288 PMCC vamos a analizar la figura de la representación indirecta, tal y como señala el legislador en la Exposición de Motivos de la PMCC con las fuentes anteriormente señaladas.

II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. La representación indirecta en derecho español. La interpretación del art. 1717 CC por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Gramaticalmente el término representación hace referencia tanto al acto, esto es, a la sustitución de un sujeto por otro en el tráfico jurídico y económico; como al efecto, al resultado final que provoca la imputación de la titularidad de todos cuantos efectos se deriven en una persona distinta a la que ha prestado su gestión. Para algunos, la primera perspectiva hace referencia a la necesidad de que la actuación del representante sea por cuenta ajena; la segunda, a que el representante actúe con poder². Ciertamente no podemos obviar que todo supuesto típico de gestión por cuenta ajena, de colaboración, lleva consigo inexorablemente la sustitución de un sujeto por otro en una determinada actividad jurídica, y por tanto la injerencia en la esfera jurídica de aquel. Sería ilógico encomendar a otro el cumplimiento de un determinado encargo y negar posteriormente los efectos jurídicos o exigirle responsabilidad por haber influido en su patrimonio³. La intromisión en un patrimonio ajeno es inherente a cualquier forma de representación, y la alteración del mismo es el efecto propio que pretende alcanzar la gestión llevada a cabo. Las limitaciones del art. 1259 CC como régimen aplicable a la representación, produce una reconducción tanto doctrinal como jurisprudencial a la regulación contenida en los arts. 1709 y ss CC del contrato de mandato y en los arts. 244 del C de c, así como art. 1665 CC⁴. Dicha remisión a la figura del contrato de mandato y de la comisión mercantil tiene lugar por vía analógica, al constituir ambos negocios típicos, tal y como lo califica LÓPEZ Y LÓPEZ “el reflejo del

2 HERNÁNDEZ MORENO, A.: “Mandato poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 CC”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, p. 102.

3 STS 1 diciembre 1994 (RJ 1944,1272).

4 DIEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 29-30.

ideal de sistema", del Derecho justo y adecuado, como prototipo de relación de gestión o colaboración en el tráfico jurídico, puesto que "...de lege data y a falta en nuestro sistema de Derecho positivo de una norma específica y autónoma, debe aplicársele [a la representación] el esquema legal del mandato...", sin que, por supuesto, represente el único supuesto de gestión regulado en nuestro Código Civil⁵.

Tradicionalmente se ha condicionado la eficacia directa de la representación a la concurrencia de dos presupuestos: la existencia de poder o autorización por el principal y la actuación del representante con "contemplatio domini", siendo elevada la actuación en nombre ajeno por la doctrina a la categoría de presupuesto indispensable de la actuación representativa⁶: sólo cuando el representante investido de poder suficiente actúe frente a los terceros con "contemplatio domini" se producirían directamente los efectos entre el representado y el tercero⁷. En este sentido afirma la doctrina que no basta el actuar por cuenta ajena para que se produzca el llamado efecto-representación, esto es, la heteroeficacia de lo actuado por el intermediario en el patrimonio del representado, sino que, muy por el contrario, es también necesario hacerlo en nombre de aquel por quien se actúa. Sobre el alcance y contenido de dicha actuación representativa o con "contemplatio domini", la doctrina se ha pronunciado en muy diversos sentidos: desde una actuación necesariamente abierta, esto es, en nombre del representado, admitiéndose incluso la posible "contemplatio ex reo ex facti circumstantiis", hasta llegar a exigir "...que el representante exhiba su poder ante la persona con quien contrata y se presente como tal apoderado...". En esta línea de razonamiento se sitúa HERNÁNDEZ MORENO quien afirma que, entendida la representación como un efecto, requiere para que el mismo se produzca en la actuación de una persona distinta de quien autoriza o apodera sea necesariamente jurídico concurra un supuesto fáctico de carácter contingente, "...que viene a consistir a la efectiva actuación en nombre ajeno. Esto, llamado comúnmente "contemplatio domini" obliga.... a exteriorizar clara e inequívocamente que se actúa, que se contrata o se negocia en nombre de otro, para otra persona"⁸. Es más, cuando en el mismo se considerara incluida cualquier forma de mandato, incluida por tanto

5 LÓPEZ Y LÓPEZ., A.: "La gestión típica derivada del contrato de mandato", *Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 67 y ss.

6 HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato", cit. p. 102. Sobre los efectos indirectos y la necesidad de posterior transmisión al representado, vid. NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 615 y ss.; GASPÁR ALFARO, J.: *La representación indirecta*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1962., pp. 334-335.

7 Sobre una revisión doctrinal del requisito de la "contemplatio domini", nos remitimos a LEÓN ALONSO, J.R.: *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, 2020, pp. 190-198. En tal sentido, MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo XI, Madrid, 1911, p. 423, con relación a la actuación del mandatario.

8 HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1.716 del Código Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 102.

la actuación del mandatario en nombre propio, a juicio de GORDILLO, los efectos serán indirectos⁹.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, el requisito de la “contemplatio domini” no se traduce necesariamente en la actuación en nombre ajeno. Como señala RIVERO, el concepto de representación no está ligado indisolublemente con el “nomen” sino con el carácter ajeno del negocio, de los intereses gestionados o de los fondos con los que se lleva a cabo dicha contratación¹⁰. Dentro de la figura de la representación indirecta o de la interposición en la gestión en nombre propio son diversos los grupos de casos en los que la actuación del gestor o intermediario se realiza en nombre propio sin que por ello deje de calificarse como gestión o representación. Y la no revelación tanto de la existencia de un principal como la identidad del mismo puede responder a diversas circunstancias. Puede ocurrir que haya una voluntad expresa de permanecer oculto el principal (STS de 7 de mayo de 2007)¹¹, y que el intermediario nunca revele la identidad de su principal. Puede suceder que el intermediario actúe en nombre propio pero revelando la existencia de un principal - STS de 14 de octubre de 1989¹², o que la identidad del “dominus” quede revelada por la titularidad de los bienes sobre los que recaen las relaciones jurídicas del representante y el tercero (STS 20 marzo 1998¹³ y STS 17 marzo 2008¹⁴). Igualmente puede suceder que al tercero le resulte irrelevante quien sea el destinatario final de los efectos, como sucede en muchas ocasiones en la contratación en masa o en la contratación en establecimientos abiertos al público. O en las subastas conforme al art. 60 Ley del Comercio Minorista, en cuanto a la actuación de la entidad subastadora como representante del propietario¹⁵.

9 GORDILLO CAÑAS, A.: La representación aparente, Sevilla, 1978, pp. 34 y ss.

10 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La representación indirecta, en *Elementos de Derecho Civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid 2005, p. 313.

11 STS 7 mayo 2007 (Roj: STS 3240,2007 - ECLI:ES:TS:2007:3240).

12 STS 14 octubre 1989 (Roj: STS 5391,1989 - ECLI:ES:TS:1989:5391).

13 STS 20 marzo 1998 (RJ 1998,1710).

14 STS 17 marzo 2008 (Roj: STS 3966,2008 - ECLI:ES:TS:2008:3966)

15 Sobre la delimitación entre representación indirecta y la figura del contrato en favor de persona que se designará DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado en favor de persona que se designará”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2008, Núm. 68, pp. 507-544. Como señala el autor, la explicación del contrato por persona que designará en clave de representación conduciría a suspender los efectos del contrato durante la fase de pendencia de la designación, al ser un contrato que tanto en la doctrina como la jurisprudencia admiten que es un contrato de complejo y perfecto desde su celebración, y de eficacia inmediata, STS 3 diciembre 1999, Roj: STS 7743,1999 - ECLI:ES:TS:1999:774318 (pp. 522-523). Al respecto, CECCHINI ROSELL, X.: “Contrato por persona a designar, Comentario de la STS de 21 de noviembre de 1997”, *RDPatr.*, núm. 1, 1998, p. 291; DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Contrato por persona a designar”, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V, pp. 1369 y ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, p. 289; LUNA SERRANO, A.: *El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, 2011; MUÑOZ ESPADA, E.: “Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar”, *RCDI*, 1999, núm. 654, pp. 2004-2006; NAVARRO MICHEL, M.: *El contrato por persona a designar. Nuevas perspectivas*, Madrid, 2004.

Frente a la tesis tradicional que excluía los efectos directos cuando la actuación era en nombre propio, como ha señalado el Tribunal Supremo, una observación más detenida de la realidad ha permitido destacar las consecuencias injustas a que conduce en ocasiones este planteamiento. Y desde esa perspectiva, se admite la eficacia tanto real como obligacional de la actuación en nombre propio en aquellos supuestos en los que quede acreditado tanto el carácter ajeno del negocio, y por ende, la existencia del encargo, atendiendo preferentemente a la intención real de las partes –recuérdese que la relación que causaliza la representación no tiene que ser exclusivamente de mandato–, y que se sintetiza en la atribución al gestor de facultades suficientes para la realización de un acto determinado en interés del “dominus”. Y junto con la existencia del encargo o poder, la presencia de los fondos ajenos para la realización del encargo. Se pone así en evidencia el carácter ajeno que para el gestor tiene el asunto gestionado y, por tanto, la naturaleza carácter representativa de su actuación, que no se desvirtúa por el hecho de que se realice en su propio nombre, porque tendrá por causa el encargo, de manera que sin este último el negocio representativo nunca habría tenido lugar. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado: SSTS 1 mayo 1900, 10 julio 1946, 17 diciembre 1959, 22 noviembre 1965, 2 noviembre 1970, 16 mayo 1983, 1 marzo 1988, 14 octubre 1989, 23 octubre 1990, 30 septiembre 1992, 25 febrero 1994, 13 abril 1994, 18 diciembre 2000, 7 mayo 2007, 18 diciembre 2007, 18 febrero 2011; 30 octubre 2013, entre otras, excluyéndose en caso de no quedar suficientemente probada dicha representación (STS 13 junio 1987) ¹⁶.

Por lo que a la excepción propiamente dicha se refiere, a su contenido y alcance, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo han justificado de maneras muy diversas las distintas interpretaciones de la misma. Así, ante la consideración de la excepción como cosas de propiedad del mandante¹⁷, se ha pronunciado el Tribunal Supremo no sólo en supuestos de adquisición o transmisión de la propiedad a través de un intermediario, sino de contratos de obras o arrendamientos de servicios sobre bienes de propiedad del representado. La titularidad del bien es la que revela la existencia de una representación y la

16 STS 16 mayo 1983 (Roj: STS 1322,1983 - ECLI:ES:TS:1983:1322); STS 1 marzo 1988 (Roj: STS 16800,1988- ECLI:ES:TS:1988:16800); STS 14 octubre 1989 (Roj: STS 5391,1989-ECLI:ES:TS:1989:5391); STS 23 octubre 1990 (Roj: STS 10857,1990-ECLI:ES:TS:1990:10857); STS 30 septiembre 1992 (Roj: STS 7356,1992- ECLI:ES:TS:1992:7356); STS 25 febrero 1994 (Roj: STS 1238,1994- ECLI:ES:TS:1994:1238); STS 13 abril 1994 (Roj: STS 2422,1994- ECLI:ES:TS:1994:2422); STS 18 diciembre 2000 (Roj: STS9347,2000-ECLI:ES:TS:2000:9347); STS 7 mayo 2007 (Roj: STS3240,2007- ECLI:ES:TS:2007:3240); STS 18 diciembre 125 febrero 199413 abril 2007(Roj: STS 7947,2007 - ECLI:ES:TS:2007:7947); STS 18 febrero 2011 (Roj: STS540,2011- ECLI:ES:TS:2011:540); STS 30 octubre 2013 (Roj: STS5282,2013- ECLI:ES:TS:2013:5282); STS 13 junio 1987 (Roj: STS 4129, 1987 - ECLI:ES:TS:1987:4129).

17 COLÁS ESCADÓN, A.: “art. 1.717 CC” en *Comentarios al Código* (dir. R BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, 2001, p. 1946; HERNÁNDEZ GIL, F.: “Art. 1.717”, en *Comentario al Código Civil* (coord. por SIERRA GIL DE LA CUESTA), Barcelona, 2000, p. 932.

determina la legitimación activa o pasiva cuando la celebración del contrato tuvo lugar en nombre propio, pero por cuenta ajena, una vez que se revela la representación¹⁸. En la STS 28 noviembre 1973¹⁹, se planteó en el procedimiento si el demandante estaba o no legitimado, así como la calificación de los negocios jurídicos existentes entre las partes. Como señala el propio Tribunal Supremo, la titularidad de los terrenos sobre los que se ejecuta un proceso de edificación y venta a terceros de viviendas revelan la existencia de una representación y es determinante permite aplicar al representado los efectos del contrato en el que no intervino. Señala el TS que el art. 1257 CC contiene el principio general de relatividad de los efectos de los contratos, pero ese principio general admite múltiples excepciones, como “son las contenidas en los arts. 480, 1164, 1597, 1917, y la establecida en el inciso segundo del párr. 2º de dicho art. 1717, en el que, de manera terminante se conceptúa “el caso en que se trate de cosas propias del mandante”, excepción justificada porque, de lo contrario, quedarían completamente burlados los derechos del tercero”.

En la STS 1 diciembre 1982²⁰ y ante la ocultación de los verdaderos titulares de una empresa y la contratación frente a terceros a través de un intermediario que actuó en nombre propio, interpreta la excepción en el sentido del carácter manifiestamente ajeno del bien o del interés con lo que actúa el representante, considerando que el conocimiento por el tercero de esa circunstancia se califica “como una contemplatio domine tácita, generándose un poder de apariencia ex facti circumstantiis sive ex re -SS. 8 junio 1966²¹ y 28 noviembre 1973²²”.

En similar sentido se pronunció el TS en la sentencia 30 septiembre 1992²³. En el supuesto, el intermediario, D. G., actuando en nombre propio pero por cuenta de su esposa, propietaria del terreno, contrata con una empresa la instalación de un sistema de riego con aporte de material. Ante el incumplimiento del pago del precio por parte del intermediario, la empresa instaladora demanda a D. G. Ante la imposibilidad de proceder al embargo de la finca donde se realizó la instalación, la empresa promovió demanda contra la propietaria del suelo. Desestimada la demanda en primera instancia por estimación de la excepción de cosa juzgada, se interpuso recurso de apelación que revocó dicha sentencia, estimando íntegramente la reclamación de la empresa instaladora. Como señala la STS en su FD Tercero, el marido actuó “no para sí, sino por encargo y en beneficio de su mujer lo que le confiere una cualidad de mandatario, aunque sin

18 STS 22 abril 1998 (Roj: STS 2555, 1998 - ECLI:ES:TS:1998:2555) y STS 18 febrero 2011 (Roj: STS 540,2011 - ECLI:ES:TS:2011:540).

19 STS 28 noviembre 1973 (RJ 1973,4340).

20 STS 1 diciembre 1982 (RJ 2982,7454).

21 STS 8 junio 1966 (RJ 1966,3023)

22 STS 8 noviembre 1973 (RJ 1973,4340)

23 STS 30 septiembre 1992 (Roj: STS7356,1992- ECLI:ES:TS:1992:7356).

representación, que ha de vincular al mandante a quien beneficia la ejecución del mandato, máxime cuando tal mandante no ha objetado absolutamente nada en contra ni del mandato en sí ni de la propia ejecución del arrendamiento de obra contratado por su marido en aras del mandato recibido, lo que está previsto tanto en el art. 1717.2.º párrafo, último inciso, como en el art. 1727.2.º párrafo, ambos del Código Civil".

Nuevamente sobre la legitimación procesal y la ajeneidad del negocio se pronunció la STS 21 marzo 1995²⁴. En el supuesto, una entidad vendió en documento privado a los Sr. F y V, un terreno y en el mismo se establecía una cláusula de reserva de dominio en favor de la vendedora. En el mismo documento se otorgaba poder a los compradores para que llevaran a cabo una serie de actividades relacionadas con la promoción inmobiliaria que se iba a llevar a cabo sobre la citada finca. Los compradores contrataron los servicios de la parte actora para que realizara ciertos trabajos sobre la finca, actuando los mandatarios en su propio nombre, "...como promotores de la obra...y como verdaderos dueños...", aún cuando la parte vendedora, seguía apareciendo como titular registral de la citada finca. Sobre esta circunstancia se pronuncia el Tribunal Supremo declarando que "...al margen de cuáles fueran las relaciones internas entre los codemandados, y cuya fuerza vinculante afecta a las partes, más no a terceros, lo cierto es que la apariencia jurídica dada y sostenida se apoya en un elemento tan sólido como la propiedad "secundum tabulam" y mal puede soslayarse, con eficacia frente a terceros, las presunciones de pertenencia a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo de posesión del inmueble que establece el art. 38 L.H." (FD TERCERO). Así pues, aun cuando las obras sobre la citada parcela la contrataron los sres. F. y V., en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena, razón por la cual el representado, además de vendedora, como representada de los citados sres. F. y V., debe responder frente a los terceros que contrataron con sus intermediarios, aun cuando ella no fue parte del contrato suscrito con los terceros demandantes.

En sentido similar, la STS 3 enero 2006²⁵. Se discutía en la primera instancia sobre la existencia o no de un supuesto de representación indirecta de D. D. con relación a la empresa familiar dedicada a la actividad portuaria. Ante la defensa de la entidad demanda que entendía que no podía ser parte del procedimiento porque D. D. actuó en el contrato en nombre propio, entiende el TS, confirmando el pronunciamiento del juzgado de primera instancia, que la excepción cosas propias del mandante ha de entender como asuntos o negocios, "más allá de una acepción ceñida a la expresión "cosas" como bienes tangibles. Se genera lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han señalado como "contemplatio domini" tácita,

24 STS 21 marzo 1995 (Roj: STS1664,1995 - ECLI:ES:TS:1995:1664). Este supuesto es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación y a las exigencias legales al promotor como propietario del terreno o titular de derecho real sobre el mismo que le permita la edificación (art. 9.2 letra a LOE).

25 STS 3 enero 2006 (Roj: STS 52,2006 - ECLI:ES:TS:2006:52).

generándose un poder “ex facti circumstantiis sive ex re” (STS 1 diciembre 1982; 8 junio 1966, y 26 noviembre 1973)”. Sobre la prueba de la existencia de una *contemplatio in re*, el TS en la sentencia 22 abril 2005²⁶, considera que la actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, “el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una “*contemplatio in re*” que hace desaparecer la “*denegatio actionis*” (típica del mandato puro –no representativo–) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir, se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo)”.

En la STS 7 mayo 2007²⁷, la arrendataria de un inmueble, recibe la oferta de la parte arrendadora, una entidad pública, para la adquisición del inmueble. Dado que carecía de capacidad económica para la adquisición, según los hechos probados en el pleito, D. J. proporcionó fondos a su madre para el ejercicio de dicha opción de compra sobre el inmueble. Tanto la madre como el hijo y su nuera, otorgaron una escritura pública de compraventa de la nuda propiedad de la vivienda por un precio que nunca se hizo efectivo. Fallecida la madre, los hermanos de J., lo demandaron a él y su esposa considerando que la escritura de constitución del usufructo era nula de pleno derecho por falta de causa. No queda acreditado durante el procedimiento que la cantidad de dinero entregada por el hijo a la madre para la adquisición del inmueble lo fuera ni *donandi* ni *credendi causa*. Por el contrario, sí se reveló la existencia de un acuerdo entre la madre y el hijo para la adquisición de éste de la vivienda a través de su madre, como arrendataria. En el FD Segundo, el TS, con cita de la STS 30 abril de 1992, destaca la proximidad de la representación indirecta y la *fiducia cum amico*, cuya licitud ha sido reconocida por jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias. La delimitación entre ellas radica principalmente en la presencia del interés de la persona que permanece oculta en el negocio que lleva a cabo el representante o intermediario con los terceros. El TS admite la adquisición directa del mandante o fiduciante, si bien frente a terceros entiende que el mandante adquiere una propiedad sustancial “mientras que el mandatario adquiere frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores de la relación existente, una propiedad formal. Puesto que como señala el tribunal Supremo “el mandante ya adquirido”.

En supuestos de compras a través del intermediario o gestor en nombre propio la jurisprudencia del Tribunal Supremo a veces utiliza expresiones como “titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio del representado (STS 18

26 En el procedimiento, varios compradores de pisos demandaron tanto a la promotora A, S.A., como a la entidad G17, con quien había celebrado los compradores los diversos contratos de compraventa, solicitando la nulidad de una de las cláusulas de sus contratos de compraventa y la petición de condena de los demandados a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la ineficacia de dicha cláusula así como al pago de los intereses legales correspondientes a cada una de ellas desde las fechas de sus cobros indebidos, STS 7 mayo 2005 (Roj: STS 2494,2005 - ECLI:ES:TS:2005:2494).

27 STS 7 mayo 2007 (Roj: STS 3240,2007 - ECLI:ES:TS:2007:3240).

enero 2000²⁸). Se afirma en este planteamiento que la propiedad pertenece al “dominus” desde la consumación del contrato, que el gestor no es más que un poseedor en nombre ajeno (art. 439 y 463 CC) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (art. 447, 1941 y 1952 CC-ST5 18 enero 2000) y que el “dominus” puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a tercero²⁹, opción que confirma el art. 239 Texto Refundido de la Ley Concursal³⁰.

La eficacia directa de lo actuado por el intermediario en nombre propio pero por cuenta ajena igualmente se manifiesta en el reconocimiento de acciones internas entre representante y representado, como en la STS 1 diciembre 1982, supuesto en el que se estima la acción de repetición o reembolso del intermediario en nombre propio frente a los verdaderos dueños del negocio, los cuales permanecieron ocultos para eludir “las responsabilidades que pudieran dimanar del funcionamiento de la Empresa de albañilería hicieron figurar como titular de la misma a un impecune” [...] valiéndose de testaferra, con una posición ficticia o simulada, para crear una mera apariencia que resulta destruida una vez descubierta la realidad que se hallaba oculta. , el párr. 2.º del art. 1717 excepciona el caso de que se trate de cosas propias del mandante, situación en la que se produce una contemplatio domine tácita, generándose un poder de apariencia ex facti circumstantiis sive ex re -SS. 8 junio 1966 y 28 noviembre 1973-, siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés a que se contrae el negocio”. Así en la STS 13 abril 1994³¹ en el supuesto de un contrato de préstamo solicitado por un hermano por cuenta de otro que tenía dificultades para la concesión del préstamo, el TS entiende el TS que la relación “habida entre los hermanos que no puede calificarse, como pretende el recurrente e hizo el Juzgador de primera instancia, de simple préstamo, sino, se reitera, como de mandato, con las consecuencias indemnizatorias establecidas en los arts. 1728 y 1729 del Código Civil”.³²

Sin embargo, coincidimos con RIVERO Cuando acertadamente señala que la excepción “cosas propias del mandante” no puede interpretarse como todos los

28 STS 18 enero 2000 (Roj: STS 131,2000 - ECLI:ES:TS:2000:131).

29 En similar sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, en *Estudios Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, Tomo I, 1976, pp. 760-784. El autor afirma que la propiedad de lo adquirido pertenece al dominus desde la celebración del contrato, de modo que el intermediario es sólo poseedor en nombre ajeno (arts. 439 y 463 CC), por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de la usucapión ordinaria.

30 Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención “serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos”. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal puede ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal.

31 STS 18 enero 2000 (Roj: STS 131,2000 - ECLI:ES:TS:2000:131); STS 13 abril 1994 (Roj: STS 2422,1994 - ECLI:ES:TS:1994:2422).

32 En similar sentido STS 25 febrero 1994 (Roj: STS 1238,1994 - ECLI:ES:TS:1994:1238).

asuntos, porque la excepción anularía la regla general del propio art. 1717 CC³³, y porque además la representación indirecta no puede convertirse en una vía para lesionar los derechos de terceros de buena fe que han contratado con el intermediario, cuando para ellos relevante la persona del intermediario (*cf.* art. 1725 CC-*vid.* STS 4 julio 2000, que determinó la responsabilidad del representante aun cuando los bienes eran ajenos, aceite de girasol, en quien confió el tercero³⁴), o cuando sea una vía de fraude o lesión de intereses de acreedores. Que se admitan efectos directos en supuestos de representación indirecta como excepción a la regla general tampoco puede convertirse en una vía o instrumento para fines contrarios al ordenamiento y de la seguridad del tráfico jurídico o que responda a fines ilícitos. Es habitual que en algunas sentencias y resoluciones de la DGSJFP se haga referencia a la fiducia cum amico y a la representación indirecta y a la aplicación a aquella del régimen jurídico de los art. 1717 CC como si de la misma figura o institución se tratara, extremo con el que no coincidimos. Es común en la doctrina no sólo española³⁵ sino también extranjera, fundamentalmente alemana³⁶, intentar delimitar las figuras de la representación indirecta y la fiducia cum amico, sin que ciertamente pueda llegar a establecerse claramente una línea divisoria entre ambas. Sin embargo, desde el punto de vista teórico existen diferencias entre ambas figuras, diferencias en cuanto al interés que guía al intermediario, de una parte; y de otra, en cuanto a la relación que se establece entre dicho intermediario y el bien en cuestión. Mientras que en la fiducia es necesario que concurren las finalidades propias de la misma (garantía, crédito,...), y que además, que el fiduciario conserve/haya conservado la titularidad adquirida durante algún tiempo en su poder, en la representación, la finalidad que persigue el intermediario no es otra que la propia gestión de un negocio ajeno, de modo que una vez que el representante ha actuado, conforme a las instrucciones que haya recibido del “dominus”, está obligado a dar cuenta de los resultados de su gestión al principal (art. 1720 CC)³⁷. Igualmente, en el ámbito mercantil se puede apreciar dicho fenómeno en tanto que siendo tan habitual en el mismo las operaciones entre personas interpuestas, es frecuente que se establezca cierto paralelismo entre ambas figuras, tal y como hace GARRIGUES³⁸. Para el citado autor ambos, tanto el negocio fiduciario como la representación indirecta pueden ser calificados como supuestos de interposición real. La realidad es que son muy numerosos los supuestos en los que se produce una yuxtaposición de ambas instituciones. Dicha

33 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La representación, cit. p. 313.

34 Roj: STS 5480,2000 - ECLI:ES:TS:2000:5480).

35 DIEZ-PICAZO, L.: *La Representación*, cit., pp. 279-280.

36 SIEBERT, W.: *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, pp. 233-253; COING, H.: *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, München, 1973, pp. 102-104; LIEBICH, MATHEWS: *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft. Ein Handbuch*, Berlin, 1983, pp. 37-38; GRUDMAN, S.: *Der Treuhandvertrag*, München, 1997, 415-417.

37 Incluso el Tribunal Supremo en ocasiones acuña el término mandato fiduciario, STS 23 julio 2007 (Roj: STS 5399,2007 - ECLI:ES:TS:2007:5399).

38 GARRIGUES DIAZ-CAÑABETE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 65

yuxtaposición conlleva que en muchos supuestos, en la adquisición del bien se pueda hablar de representación indirecta, y fiducia en los momentos posteriores, cuando el bien adquirido es conservado por el adquirente, quedando afectado, tal y como ya hemos señalado a una finalidad específica fiduciaria, bien garantía, bien gestión. En ese sentido se ha pronunciado MUÑOZ DE DIOS quien muy acertadamente incide sobre la necesaria distinción entre la fiducia cum amico y la que él denomina fiducia cum cómplice, para hacer referencia a aquellos supuestos en los que bien hay un problema de ilicitud de la causa o bien un problema de fraude de ley con el recurso por las partes a la figura de la fiducia cum amico³⁹. Es innegable que puede concurrir una finalidad defraudadora, ilícita o contraria a la moral y al orden público (art. 1255 CC), y que conforme al orden público económico el interés más digno de tutela a pesar de las relaciones internas entre representante y representado sea el de los terceros de buena fe. En los casos en que concurra dicha finalidad ilícita por parte del representante indirecto o del representado, persiguiendo eludir responsabilidades o con fines defraudatorios, el tercero o terceros afectados podrán ejercitar las correspondientes acciones (cfr. acciones en materia de impugnación de capitulaciones matrimoniales, liquidación de sociedades de gananciales, etc.). Puede ser que la finalidad sea ocultar al tercero la verdadera identidad del "dominus", porque para el tercero no le resulte indiferente quien resulte ser el destinatario de los efectos del negocio, sino por el contrario resulte esencial quien sea el destinatario del negocio o se sepa que, revelada la representación, no hubiera contratado el tercero con el principal, supuestos en los que cabría la acción de anulabilidad por error o dolo conforme a las reglas generales de la ineficacia de los negocios jurídicos⁴⁰.

Admitida la eficacia directa en el patrimonio del representado, cuando concurra la excepción cosas propias del mandante, es necesario que el representante o intermediario realice todo aquello que sea necesario para que ya no materialmente sino formalmente, sean reconocibles los efectos en el patrimonio del representado. Ese deber de diligencia del representado tiene su fundamento en los deberes de colaboración que necesariamente debe haber entre representante y representado, en tanto que no quedan obligados sólo conforme al contenido del poder sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes

39 MUÑOZ DE DIOS, L.: "Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio", *El Notario del siglo XXI*, núm. 112, noviembre-diciembre de 2023.

40 Recordemos los casos *Nasch v. Dix y Said v. Butt* de la jurisprudencia anglosajona. En el primero de ellos, un comité de una comunidad católica romana quería comprar una capilla a los demandados para convertirla en un lugar de culto. Sin embargo, los propietarios se negaron a la venta porque no aprobaban el destino que a la misma se le iba a dar. Un intermediario adquirió la capilla y exigió al comité que si quería la capilla tenían que pagar 100 libras más de lo que él había pagado a los vendedores. Los demandados vendieron la capilla pero repudiaron el contrato cuando descubrieron que el comprador tenía la intención de revenderse al comité católico. El juez North estimó la demanda y declaró que los vendedores-demandados estaban obligados frente al comprador-demandante, el cual no podía ser calificado como un agente, sino que era un comprador cuya voluntad interna no era otra que la reventa. En similar sentido, el caso *Said v. Butt*. *Vid. DIEGUEZ OLIVA, R.: Eficacia, cit., pp. 98-99.*

a la buena fe, al uso y a la ley. En sede de contrato de mandato, el art. 1720 CC establece que todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato (en similar sentido, art. 263 de C de C, con relación a la comisión mercantil). La rendición de cuenta es una obligación del mandatario frente a sus mandante o mandantes una vez que se haya extinguido en el contrato, que se deriva no sólo del contrato de mandato, sino que está presente en todas las relaciones de gestión o administración de negocios ajenos, de modo que la expresión "rendición de cuentas", va más allá del aspecto contable de la gestión y alcanza a todas aquellas gestiones y negocios recaigan sobre la esfera del mandante. En tal sentido la doctrina entiende que la obligación de la titulación del bien a nombre del principal en casos de adquisición de la propiedad a través de representante en nombre propio tiene su fundamento en el mencionado art. 1720 CC⁴¹. Sin embargo, varios son los problemas que se han planteado a nivel doctrinal y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública con relación a la representación indirecta y la concordancia registral: la admisión de efectos directos a la representación indirecta desde la perspectiva registral, sus presupuestos, sus relaciones con el principio de tracto sucesivo así como el título idóneo para la inscripción del dominio a favor del representado, en aras a la deseada concordancia de la realidad extraregstral y el Registro de la Propiedad.

2. La representación indirecta y el Registro de la Propiedad.

Establece el art. 20 LH que para inscribir o anotar el título por el que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue "o en cuyo nombre sean otorgados aquellos actos referidos", siendo denegada la inscripción cuando consten inscrito a favor de persona distinta a la otorgante. Excepciona la propia ley esta regla en el párrafo cuarto del art. 20 LH conforme al cual "no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes". Tradicionalmente la doctrina entendía que el denominado tracto sucesivo abreviado se refería únicamente a la representación directa al ser la única a la que se le reconocen efectos sustantivos y materiales directos en la persona del representado. Esta doctrina fue cuestionada por DÍEZ-PICAZO entendiéndolo que la representación voluntaria o abierta se encuentra regulada en el párrafo primero, y que cuando el párrafo cuarto habla de mandatarios y representantes deben

41 GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit. pp. 777-778. En igual sentido LETE ACHIRICA J.: "La representación en el Derecho de los contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales", *Indret*, núm. 4, 2023, pp. 432-433.

incluirse igualmente aquéllos que actúen en nombre propio por ser esta además una forma de disposición “de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”⁴². Y en este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en numerosas resoluciones admitiendo la eficacia directa de la representación indirecta. Cabe destacar las resoluciones 13 junio⁴³ y 20 julio 2018⁴⁴, que recogen de manera clara la doctrina administrativa del centro y la evolución que ha tenido la misma, con base en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuyos fundamentos han sido reiterados en resoluciones posteriores⁴⁵. Y en tal sentido afirma “que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes”⁴⁶. A pesar de la admisión de la eficacia directa de la representación indirecta y la adquisición en el representado, ni cualquier forma de gestión es admitida ni cualquier título puede dar lugar a la inscripción a favor del representado, sino que se va a exigir un título idóneo, que quede acreditada la existencia de la legitimación del intermediario para la adquisición, el carácter ajeno de los fondos a efectos de entender que queda revelado el carácter representativo de la actuación en nombre propio por cuenta ajena⁴⁷.

Por lo que al título inscribible se refiere, para el acceso al Registro de la Propiedad la Ley Hipotecaria formula en su art. 2 los títulos inscribibles, reseñando entre ellos los títulos no sólo traslativos del dominio, sino también los denominados “títulos declarativos del dominio”, siendo necesario en que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial (art. 3 LH). Como establece el art. 33 RH con respecto a las escrituras públicas, esta puede ser un documento público o varios documentos públicos (pensemos en una escritura complementaria), en “que se funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción [...]”. La escritura pública de reconocimiento de dominio es el título habitualmente utilizado para la acreditación por parte del representado y representante indirecto de la adquisición por cuenta del representado⁴⁸. No se entiende que estemos ante un título carente de causa,

42 DIEZ-PICAZO, L: *La representación*, cit., pp. 275-276.

43 R 13 junio 2018 (resolución núm. 8722, 2018).

44 R 20 julio 2018 (RJ 2018,3180).

45 R 19 febrero 2020 (resolución núm. 7081,2020) y R 19 octubre 2022 (resolución núm. 18780,2022).

46 Vid. RDGSJFP 13 junio 2018 (RJ 2018,3159).

47 Vid. RDGRN 15 abril 1999, (RJ 1999, 2216), en la que se pretendió la inscripción de una escritura de reconocimiento de dominio otorgada unilateralmente por un pretendido representante, pues el poder por el que el mismo actuaba es de fecha posterior a la adquisición y no le facultaba para hacer reconocimientos de actos anteriores.

48 Sobre la escritura de reconocimiento de dominio, vid PAU PEDRÓN, A.: “La inscripción de títulos de reconocimiento”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Murcia, 2004, pp.

sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada, haciendo coincidir la titularidad formal con la real (cfr. art. 40 LH)⁴⁹. Pero aun cuando se admita la escritura de reconocimiento de dominio como título idóneo, ha resultado problemático en la DGSJFP la determinación de quienes han de intervenir, si únicamente representante y representado o igualmente todos aquellos que intervinieron en el negocio o título traslativo, conforme al art. 1257 CC, así como la constancia del precio y la ajeneidad de los fondos empleados en la adquisición.

Así en la RDGRN de 2 de septiembre de 2004 con acierto confirmó la calificación del registrador cuando lo que se presentó fue únicamente la escritura de poder o mandato. Los hechos fueron los siguientes: mediante escritura de segregación, compraventa e hipoteca otorgada el día 14 de febrero de 2002, D. L en nombre de CMM, vendió a D. A y Dña. J una determinada parcela, interviniendo los compradores en la operación en su propio nombre. Con anterioridad, en concreto el día 12 de febrero, mediante escritura pública calificada de mandato la entidad mercantil XX encargó a D. A la adquisición de la mencionada parcela, para lo cual entregó una serie de efectos mercantiles que no coincidían totalmente con los posteriormente se entregaron el día de la compraventa. Inscrita la titularidad de la finca a favor de D.A y su cónyuge, se presentó en el Registro de la Propiedad la mencionada escritura de mandato, a fin de que se rectificara la inscripción a favor de la entidad mercantil XX. El registrador calificó negativamente la inscripción señalando que el título presentado no era título suficiente para practicar la adquisición del dominio a favor de la entidad solicitante, en tanto que la misma carece de trascendencia jurídico real y sólo obligacional, propia del contrato de mandato. La DGRN equipara en esta resolución los mecanismos de la representación indirecta, en este caso, mandato indirecto, a los del negocio fiduciario. Se confirmó la calificación impugnada señalando al respecto que lo que se pretendía en virtud de la inscripción del mandato indirecto era la transferencia de la titularidad formal inscrita a favor del adquirente además, hipotecante, al mandante para dar cumplimiento al mecanismo fiduciario. Para que pudiera tener lugar dicha rectificación a favor del mandante hubiera sido necesario un “título traslativo del dominio, o la rectificación del Registro con el consentimiento de todos los interesados o por la oportuna resolución judicial⁵⁰ (FD Primero)”.

3701-3718; GARCÍA GARCÍA, J.M^º: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Madrid, 2001, pp. 51-58, y en concreto, nota 5 pág. 54.

49 A la escritura de reconocimiento en general se refiere el art. 1269 de la Propuesta de Modernización, señalando que las mismas “nada prueba contra el documento en que estos hubiesen sido consignados cuando, por exceso u omisión, se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del documento originario”.

50 RDGRN 6 de julio 2009 (RJ 2006.6411)

En igual sentido se inadmite la escritura de rectificación como título idóneo para la inscripción a favor del representado. Así en la RDGRN 6 de julio 2009 por escritura pública de compraventa de fecha 10 de febrero de 1976, la entidad mercantil YYY vendió a D. E. ciertas fincas. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se procedió a la inscripción del dominio a favor del comprador. Bastante tiempo después, en concreto el día 22 de julio de 2004, mediante escritura pública D. José, Dña. Rosa, Dña. Carmen, D. Jaume. y D. Joan, actuando en su propio nombre y además este último en representación de la entidad mercantil YY otorgaron escritura pública de rectificación de la otorgada en el año 1976 en la que como herederos de D. Esteban reconocen que en la escritura que se rectificaba D. E. intervino en nombre propio pero por cuenta ajena, en concreto de D. Jaume y D. Joan en virtud de la relación fiduciaria existente entre ambos. En la misma se indica que en la “en la compraventa anterior el comprador incurrió en error al afirmar que actuaba en nombre propio, cuando en realidad actuaba con mandatario verbal”, incorporándose además a los escritos presentados en el Registro de la Propiedad una carta en la que quien intervino como comprador manifestaba que la compra la había realizado como fiduciario y con fondos de la exclusiva propiedad de los interesados.

No es suficiente acreditar el poder del representante sino que es necesario que ambos, representante y representado otorguen una escritura de reconocimiento de dominio, como estableció la entonces DGRN en la resolución de 6 julio 2006⁵¹. En el supuesto otorgaron escritura pública de reconocimiento de dominio Dña. MCR, viuda de don CPF, y doña MP, doña. P, doña S., y Doña ME., hijas y herederas de don CPF. En la escritura reconocieron que la mitad indivisa de la finca pertenece desde que se formalizó la escritura a su hija doña ME, en virtud de un pacto existente entre ambas en virtud del cual adquiría para aquella y con fondos de aquella. Denegada la inscripción y recurrida la calificación del registrador, la entonces denominada DGRN analizó la doctrina clásica acerca de la representación indirecta del art. 1717 CC para concluir afirmando que la denominada representación indirecta o mediata es una forma auténtica de representación directa, que permite atribuir efectos directos a la actuación del representante.(FD Cuarto). Pero admitida la adquisición inmediata de la propiedad en el “dominus” es necesario que se revele hacia el exterior dicha titularidad, es decir, que quede revelada la representación y el carácter ajeno del negocio llevado a cabo por el representante. En este sentido entendió la DRGN que el negocio representativo, en este caso la compraventa, tiene su causa en el encargo previo, de modo que, sin la existencia de aquel, carece de causa el negocio celebrado por el intermediario en nombre propio. Entiende la DGRN que la escritura de dominio es el título idóneo, y al no ser una rectificación o modificación de un

51 R 6 julio 2006, resolución núm. 15126,2006.

título previo, no requiere de la comparecencia de todos los que intervinieron en aquella, sino únicamente la del representante y el representado, teniendo que estar suficientemente justificada la existencia de una relación representativa, sin perjuicio de la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la apariencia de titularidad del representante y de los riesgos que por tanto debe asumir el representante al autorizar la actuación por su cuenta pero no en nombre propio.

En la resolución de 6 julio 2009⁵², reiteradamente citada en resoluciones posteriores, la DGRN acoge los mismos criterios anteriormente analizados, si bien el problema no radicó en el título jurídico, en este caso, una escritura pública de reconocimiento de dominio, sino que la calificación negativa del registrador se fundamentó en la falta de acreditación de los medios de pago, al estar ya vigente la reforma del art. 24 de la Ley Notarial con relación a la prevención de fraude fiscal y blanqueo de capitales. Los hechos son muy similares a los anteriormente analizados: mediante escritura pública de compraventa de 17 de agosto de 1977, adquirió D. J.H.D. una finca que fue inscrita con carácter ganancial. Con posterioridad, con fecha 10 de febrero de 1986 mediante documento privado suscrito por la parte compradora y de D. E.R.C. y Dña. A.C.A., los primeros reconocieron la mitad indivisa de la finca había sido adquirido actuando por cuenta de los segundos, habiéndose pagado en dicha proporción tanto el precio de la compra venta como los gastos hasta el momento verificados. Posteriormente, mediante escritura pública de reconocimiento de dominio la viuda y los herederos de D.J.H.D. reconocieron el dominio de una mitad indivisa de la finca registral X a favor de D. E.R.C y Dña. A.C.A. Presentada la escritura pública de reconocimiento para su inscripción en el Registro Público, se suspendió la misma al no quedar acreditado el medio de pago en la escritura pública conforme al art. 10 LH. El recurso se interpuso conforme al art. 325 LH, habiendo tenido lugar la inscripción de la escritura después de haber sido objeto de subsanación, posterior a la calificación impugnada. Puesto que la existencia de fondos ajenos con los que actúa el intermediario se entiende como uno de los elementos para revelar la representación y el carácter ajeno del negocio, el problema surge con relación a la necesidad de la identificación de los medios de pago empleados con relación al precio de la compraventa.

Conforme al texto del art. 24 de la Ley del Notariado tras la reforma del año 2007⁵³, desarrollado por el art. 177 Reglamento Notarial y por la Instrucción de la

52 R 6 julio 2009 (RJ 2009,5716).

53 Conforme a redacción dada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero: "en las escrituras públicas relativas a actos o contratos por lo que se declaren, constituyen, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se identificarán, cuando la contraprestación, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el art. 24 de la Ley del Notariado, de acuerdo con las siguientes reglas: Se expresarán por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. El notario incorporará testimonio de los cheques y demás

Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 noviembre de 2006, es necesario que en la correspondiente escritura quede constancia del medio de pago utilizado. Los notarios deben identificar en las escrituras el precio haciendo constar si se recibió o no con anterioridad o al momento del otorgamiento si como el medio o medios de pago empleados y el importe empleado en cada de ellas. Como señala la Resolución en el fundamento quinto se distingue entre acreditación y manifestación de la identificación de los medios de pago. En el primer supuesto, se exige del Notario que testimonie los "los cheques, instrumentos de giro o documentos justificativos de los medios de pago empleados, que se le exhiban por los otorgantes". En el segundo caso –imposibilidad por parte de los otorgantes de acompañar, en todo o en parte del precio, los documentos acreditativos del medio de pago empleado-, el Notario "deberá no sólo preguntar las causas por las que no se aportan los documentos justificativos de pago, sino también las fechas y los medios de pago empleados, haciendo constar en la escritura, bajo la responsabilidad en los términos que procedan de los otorgantes, sus manifestaciones al respecto". Por último, si el otorgante se niega a identificar el medio de pago, en todo o en parte, el Notario deberá hacer constar tal circunstancia en la escritura pública. Además, le advertirá, haciéndolo constar también en la escritura, que suministrará a la Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley del Notariado y a través del Consejo General del Notariado, la información relativa a dicha escritura. En el caso, la escritura de reconocimiento se proyectaba sobre otra anterior, del año 1977, que fue la que causó la inscripción registral de la compraventa. Aun cuando dicha escritura es muy anterior en el tiempo a la vigencia de la actual redacción del art. 24 LN, las partes están obligadas a la acreditación del medio pago y a falta del mismo, se sule por la declaración de que el precio y los gastos e impuestos se abonaron por las personas favorecidas por el dominio, declaración que tiene carácter de confesión "con los efectos probatorios típicos que se derivan de su inclusión en un documento público y la presunción general del art. 1277 CC, que reserva a los tribunales de Justicia en última instancia el control de la licitud causal (RDGRN 28 febrero y 3 abril 2003) y la salvaguarda de los asientos registrales (art. 1.3. LH)".

II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PROYETOS DE ARMONIZACIÓN Y/O UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

Es innegable que la representación voluntaria ocupa un papel relevante, en tanto que institución ineludible en cualquier sistema desarrollado que dependa de la división del trabajo para la producción y distribución de bienes y servicios

instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento de la escritura [...]. En caso de pago por transferencia o domiciliación, los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono [...]"

y desde esa perspectiva se ha intentado regular la representación en diversos textos y proyectos⁵⁴. Sin embargo, siendo una figura inherente al tráfico jurídico, nos encontramos ante una materia en la que diversos factores han influido en la dificultad de su uniformización en el ámbito europeo. De una parte, el carácter sectorial que hasta el momento ha presentado el Derecho contractual emanado de las instituciones europeas, centrado generalmente en normas relativas a la protección de los consumidores; y de otra, la naturaleza sumamente abstracta que tiene el término representación y el diverso contenido en las legislaciones de los estados miembros⁵⁵.

Ciertamente la idea de unificar la regulación de la figura de la representación en las transacciones internacionales de compra y venta de mercaderías nació en el seno de UNIDROIT, que en el año 1935 decidió embarcarse en la elaboración de unos estudios preliminares con la finalidad de elaborar una serie de normas y principios sobre la idea de la representación o “agency”. Como fruto de dichos trabajos y estudios previos, en el año 1961 vieron la luz dos proyectos de ley uniforme relativos a la representación o “agency”, y a la figura del contrato de comisión mercantil, en concreto Draft Convention providing a Uniform Law on Agency in Private Law Relations of International Character⁵⁶, y Draft Convention Providing a Uniform Law on Contract of Comisión on the International Sale or Purchase of Goods⁵⁷, en la cual la actividad del comisionista era calificada como una actividad que se desempeñaba “professionally” (art. 5). Ante las críticas y objeciones que ambos proyectos sufrieron por parte, principalmente, de los países del Common Law, se decidió una reelaboración de los mismos, persiguiendo como objetivos fundamentales, entre otros, la unificación de ambos proyectos en uno sólo, así como lograr una única regulación que envolviera relación interna y externa. Este nuevo proyecto del año 1974, Draft Convention Providing an Uniform Law on Agency of an International Character in the Sale and Purchase of Goods⁵⁸ viene a consagrar reglas que, en gran medida, se corresponden con las diversas

54 Si bien también en América Latina y Centroamérica durante décadas se ha trabajado en proyectos de armonización en materia de obligaciones y contratos, no hemos encontrado referencias a la armonización en materia de representación. Tanto en los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (vid. FERNÁNDEZ GREGORACCI, B: “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 4, 2017)), en cuya base se encuentra el trabajo de un grupo de profesores de países Latinoamericanos (Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela), así como en el Proyecto de Código Marco de Obligaciones para América Latina en fruto del trabajo del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL) del que igualmente forman parte profesores de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Venezuela, y que se centra actualmente en la armonización del derecho latinoamericano en el ámbito del derecho de las obligaciones, no se regula la figura de la representación.

55 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Representación”, en AA.VV.: *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 555-556.

56 UNIDROIT, Study XIX, Doc. 43 (1961) disponible en: <http://www.unidroit.org/studies/international-sales-law/1366-study-xix-agency-in-the-international-sale-of-goods>.

57 UNIDROIT, Study XXIV, Doc. 78 (1961).

58 UNIDROIT, Study XIX, Doc. 55 (1974).

regulaciones nacionales relativas a la figura del contrato de comisión⁵⁹. El citado proyecto de 1974 conciliaba las tradicionales diferencias existentes entre Civil y Common Law en lo relativo a las relaciones externas del agente con los terceros. Todo este proceso se culminó con la elaboración del Convenio de Ginebra sobre la representación en la venta internacional de mercaderías, firmado en Ginebra el 17 de febrero de 1983, *Convention on Agency in the International Sales of Goods (CAISG)*⁶⁰. Si bien la mencionada CAISG no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones (sólo ha sido ratificada por Italia, Francia, Méjico, Marruecos, Suiza, Países Bajos, Sudáfrica y la Santa Sede, siendo necesarias diez para su entrada en vigor-art. 33), es innegable su toma en consideración como texto de referencia en nuestro trabajo, en tanto que siempre se ha considerado por parte de la doctrina, venía a consagrar el llamado sistema o modelo anglosajón de la representación o “agency”, al declarar el article I (4) que “it applies irrespective of whether the agent acts on his own name or in that of the principal”, superandose la secular separación existente entre la actuación del agente en nombre propio o en nombre ajeno, propia de los llamados derechos continentales.

Posteriormente se han sucedido diversos proyectos e intentos entre los que destacamos los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (a partir de ahora PICC-2004)⁶¹; los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (*Principles of European Contract Law*, a partir de ahora PECL)⁶²; y finalmente, la Propuesta de Marco Común de Referencia (a partir de ahora DCFR)⁶³. En todos ellos se ha puesto de manifiesto la tensión entre dos modelos o sistemas de regulación de la representación: el denominado modelo anglosajón, sobre la figura de la “agency”; frente a los modelos codificados continentales de la denominada representación y sus semejanzas con respecto al contrato de mandato. En la comparación de la denominada tradición continental y la del Common Law, siempre se ha incidido de modo reiterado por la doctrina europea en la tajante separación e incluso oposición entre los dos sistemas o modelos, el continental y el anglosajón. Y no es una cuestión meramente terminológica, sino que responde a principios y fundamentos de diversa índole que alcanzan a la propia naturaleza de la institución.

Por lo que a los ordenamientos jurídicos continentales se refiere es similar el tratamiento de la representación indirecta. El Código Civil francés, tras la

59 BONEL, M.J.: “The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods”, *The American Journal of Comparative Law*, 1984, vol. XXXII, pp. 720-725.

60 <https://www.unidroit.org/ol-agency/ol-agency-en..>

61 https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf?utm_source=rss&utm_medium=rss.

62 <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

63 https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

reforma del año 2016 y siguiendo la regulación del contrato de mandato⁶⁴, regula la representación en los arts. 1153 a 1161, haciendo referencia a la actuación por cuenta ajena pero en nombre propio en el párrafos segundo del art. 1154, señalando al respecto “lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant”. La actuación en nombre ajeno es presupuesto de la actuación del mandatario estableciendo el art. 1984 : “Le mandat u procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom”.

El derecho privado alemán configura la figura de la representación jurídica dentro de la teoría general de los negocios jurídicos como la posibilidad de actuar en el tráfico por cuenta de otro y en nombre ajeno. Sin embargo, no toda actuación de un sujeto en nombre de otro supone, sin más, efectos a favor y en contra del representado. Es igualmente necesario para que la actuación del “Vertreter” o representante sea eficaz a favor y en contra del “Vertretener” o representado que, junto al poder de representación, la actuación del representante sea en nombre del representado. Esta es la única representación que el BGB reconoce como tal, y es denominada por la doctrina como representación abierta o inmediata (“offene Vertretung”). Así se deduce de la dicción literal del § 164.I “...eine Willenserklärung die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt...”⁶⁵. Cuando la actuación es en nombre propio, la doctrina la califica como “der indirekte Vertreter”, y como tal, el intermediario es parte del negocio concluido con el tercero⁶⁶. En este sentido entiende la doctrina alemana de manera unánime que, en ambos supuestos, mandato y comisión de venta, el intermediario, aún cuando sea parte del negocio que celebra con el tercero no adquiere la propiedad del objeto entregado, esto es, no tiene lugar una doble transmisión del representado al representante, y de éste al tercero, sino que, en virtud del § 185 I BGB, la transmisión al tercero es directa en virtud de la previa autorización del dueño de la misma (“Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt”). En efecto, a la figura del negocio de autorización o “Ermächtigungsgeschäft” se refiere la doctrina como base legal para admitir en derecho alemán una disposición de un no titular sobre un bien ajeno con el consentimiento del propietario de la misma, consentimiento o autorización

64 SAVUX, E.: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 728.

65 En la misma línea el OR suizo señala en su art. 32 “Wenn jemand der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet”. El ABGB austriaco caracteriza el negocio de apoderamiento como un supuesto necesariamente de actuación en nombre ajeno. Así el § 1002 señala “Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des andern zur Besorgung übernimmt, heisst der Bevollmächtigungsvertrag”.

66 DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia*, cit., pp. 175-193 y 225-234.

referido, en virtud del propio tenor del § 185 I BGB, al poder de disposición sobre la misma⁶⁷.

Por lo que al supuesto de la adquisición de la propiedad, entiende la doctrina que sólo tendrá lugar la adquisición directa de la propiedad por parte del representado, en los siguientes supuestos: cuando tenga lugar conforme a las reglas generales contenidas en el BGB, esto es mediante la conclusión entre el representante y representado de la "Einigung" y la "Übergabe", ex § 929 BGB, siendo posible que se celebre una "Einigung" anticipada; mediante la cesión por parte del intermediario al representado de la pretensión de entrega del bien que en virtud del contrato de compraventa tiene el intermediario frente a su vendedor (§ 931 BGB); cuando el vendedor, con el consentimiento del comisionista, entregue las mercancías directamente al comitente, (§ 362 II HGB); mediante la conclusión de un "antizipiertes Besitzkonstitut" o constituto posesorio anticipado, de manera que, en el momento en que tiene lugar la aprehensión del bien por el intermediario, la adquisición de la propiedad no se produce a su favor, sino a favor de su representado; con la autoentrada del intermediario en la conclusión del "Besitzkonstitut", esto es, mediante "Insichtgeschäft" o negocio consigo mismo (§181 BGB), de modo que el intermediario celebre consigo mismo la "Übergabe" a favor de su representado, siendo a la vez transmitente y adquirente; y, finalmente, cuando estemos antes la figura del negocio para quien corresponda o "Handeln für den, den es angeht", equivalente a nuestros contratos o negocios para persona a designar, entre los que se sitúan "Bürgeschäften oder Geschäften des täglichen Lebens", compras al contado o negocios de la vida cotidiana, y los "Massengeschäfte", o supuestos de contratación en masa.

En el Código Civil italiano también se exige que el intermediario actúe "in nome e nell'interesse del rappresentato" (art. 1388). Al respecto, la reforma de 1942 supuso, en este punto, un importante cambio con respecto a la regulación del Código de 1865, en el cual si bien se había eliminado la referencia a la representación como dato esencial en el contrato de mandato, no llegaba a configurar el poder como acto independiente al mandato. En el actual texto, se recogieron los planteamientos del BGB, y se reguló el poder (art. 1.387 y ss) con independencia del contrato de mandato (art. 1.700 y ss). Sin embargo, la actuación en nombre propio pero por cuenta ajena no se regula en sede de representación, sino en sede de contrato de mandato. Mientras que en caso de actuación del representante "...in nome e nell'interesse del rappresentato...", produce "...direttamente effetto nei confronti del rappresentato" (art. 1388), la actuación en nombre propio es

67 Sobre la autorización desde la perspectiva del derecho español y sus relaciones con la representación indirecta, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado" *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fascículo II, pp.354-405, y en especial, p. 369. Como acertadamente señala la autorización no está bien definida en nuestro sistema jurídico como categoría autónoma ni existe una teoría general de la misma, aun cuando el recurso al mismo resulta útil por su proximidad con el poder y la legitimación en otras figuras como la cesión de bienes en pago, autocontratación, etc. (p. 369).

calificada no como supuesto representativo sino como un supuesto de mandato “...senza rappresentanza..”, de modo que el mandatario “...assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi...” (art. 1.705). Aunque pueda parecer que se regulan representación y mandato como dos figuras jurídicas independientes, la solución no es clara en tanto que al mandato conferido para actuar en nombre del mandante “...si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro (1387 e seguenti)”, esto es, las normas relativas a la representación (art. 1.704).

En el estudio del derecho anglosajón son necesarias las referencias no sólo a la representación indirecta sino también a la figura de la “agency”, dadas las diferencias existentes entre ambas. Mientras que la “agency” se caracteriza como una relación para algunos de carácter fiduciario, en virtud de la cual un sujeto, el principal, expresa o implícitamente consiente que otro sujeto, “agent”, actúe por su cuenta, de modo que el poder que le ha sido conferido le permita vincularlo contractualmente frente a terceros, en la representación indirecta no existe esa previa autorización o legitimación, tal y como acertadamente analiza FERNÁNDEZ GREGORACCI⁶⁸. En la “agency”, la función del agente es sustituir al principal en sus negociaciones con terceros, y vincularlo contractualmente con los terceros. Mientras que el poder debe ser entendido como un concepto legal, la “agency” es considerada como una situación de hecho. Se rige por las normas del Common Law y por el concepto de “equity”, siendo en ciertas ocasiones la relación existente entre el principal y el agente una relación contractual. La doctrina inglesa no distingue como en nuestro derecho o en otros sistemas de nuestro entorno jurídico, entre actuación en nombre propio o en nombre ajeno, sino que el punto de inflexión lo constituye que el tercero tenga o hubiera podido tener conocimiento de que el sujeto con el cual negocia actúa o no como agente de otro, y que por tanto se le reconozca acción para poder dirigirse contra el principal. Así se distingue entre que el agente tenga poder y se sepa que es un agente porque el principal es nombrado, o sin serlo, el tercero conozca su existencia, o porque conforme a las circunstancias del caso concreto o como consecuencia necesaria de las relaciones comerciales existentes entre el principal y el agente, el tercero sepa que existe un principal, de aquellos supuestos en los que teniendo el agente poder conferido por su principal, el tercero no tenga ni pueda tener conocimiento de su existencia, y el agente cuando negocia no revela al tercero que actúa como agente de otro. En el primero de los supuestos la doctrina habla de la doctrina de “disclosed agency” o “disclosed principal”; y en la segunda, directamente relacionada con nuestro objeto de estudio, la llamada doctrina de “undisclosed agency” o “undisclosed principal”, o principal no revelado o descubierta. Ambas clases de “agency” requieren, en principio, que el agente cuando contrata o negocia con los terceros, su poder esté vigente y los actos y

68 FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: *La representación indirecta*, Madrid, 2006, pp. 223-225.

negocios en los que intervienen están dentro del ámbito del mismo. En la “agency”, al no distinguirse entre actuación abierta u oculta, se atribuyen los mismos efectos a un supuesto u otro, de modo que el principal es parte de la relación o negocio que el agente ha celebrado con un tercero. Efectivamente el sistema del Common Law en los supuestos en los que el tercero desconoce la existencia de un principal que, por tanto, permanece oculto, se permite al principal ejercitar frente al tercero los derechos y acciones derivados del contrato que el tercero ha celebrado con su intermediario, así como el supuesto inverso. 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”⁶⁹.

En cierta medida ambos modelos, el anglosajón y el continental, están presentes en los textos o propuestas armonizadoras en el ámbito europeo. Tanto CAISG como PICC se aproximan más la tradición del Common Law de modo que terminológicamente nos encontramos ante un “agent” que actúa por cuenta de un principal: “the authority of a person -the agent- to affect the legal relations of another person-the principal- by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal”(art. 2.2.1 PICC y en similar sentido art. 1 CAISG). Desde la perspectiva de los efectos, en CAISG-art. 1.4 “it applies irrespective of whether the agent act acts in his own name or in that of principal”⁷⁰. Existe una gran uniformidad en el tratamiento de los presupuestos del efecto directo de la actuación del intermediario. En los textos mencionados la cuestión principal no estriba en como actuó el intermediario sino en los terceros y por ende, en la seguridad del tráfico jurídico. En tal sentido se pronuncian los arts. 12 y 14 CAISG, la cual parte en su art. 1 (4) de la aplicación del contenido de la misma “of whether the agent acts in his own name or in that of the principal”. Sin embargo, tal efecto directo se excluye tanto cuando el tercero ni supo ni pudo saber o tener conocimiento de que su contratante actuaba como agente, como en los supuestos en los que el agente se ha obligado personalmente el sólo frente al tercero (art. 13). Ni el tercero ni el principal quedan liberados si tiene lugar el cumplimiento frente al agente. Es necesario que el agente, tanto en caso de incumplimiento del tercero o suyo propio, revele la identidad bien al tercero de la persona por quien actúa, bien al principal la identidad del tercero con quien ha contratado (art. 13. 4 y 5). Como excepciones a la acción directa del principal frente al tercero, dos supuestos: en primer lugar, cuando conforme a las circunstancias concurrentes en el caso, el tercero no hubiera contratado con el agente de haber conocido la identidad del principal (art. 13. 6). Y, en segundo

69 FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: “Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y los PECL”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho.*, 2008.

70 KLEINHEISTERKAMP, J.: “Authority of agents”, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, p. 330.

lugar, cuando el agente y el tercero hayan excluido que se produzcan los efectos contenidos en el citado núm. 2º del art. 13.

En los PICC (art. 2.2.3 y 2.2.4), el presupuesto para calificar un supuesto como representación oculta o indirecta no es el nomen, esto es, al modo en que el representante actúe frente al tercero, sino en el conocimiento que el tercero tenga o haya debido tener de que el representante esté actuando como tal. En tal supuesto “cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero”. Relación que por el contrario se genera solamente entre el representante y el tercero cuando el representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido “que el representante estaba actuando como tal”.

Por su parte, los PECL, se clasifica la representación en función del modo en que el representante actúa frente al tercero: si en nombre ajeno (art. 3:102 apdo. 1), o si no lo hace en nombre del principal “o cuando el tercero no conoce, ni tiene razón para conocer que el intermediario actúa como representante”, supuesto de representación indirecta (art. 3:102 apdo. 2), al que dedica la sección 3ª. Son dos los supuestos que bajo el epígrafe “Indirect Representation” se contemplan: aquel en el que el intermediario oculta que actúa por cuenta del principal, cuyo ejemplo más típico es la figura del contrato de comisión, propia de los sistemas continentales. Y, en segundo lugar, cuando el agente actúa en su propio nombre sin revelar que lo hace por cuenta de su principal. De este modo intentan los PECL abarcar todas las formas o manifestaciones negociales subsumibles en la representación indirecta, tanto las propias del derecho continental, como la figura anglosajona del “undisclosed principal”. La regla general de la actuación de un intermediario “not acting in the name of a principal contenida en el art. 3:301” (1) PECL es la propia de los llamados sistemas o modelos continentales, esto es, la vinculación del intermediario y el tercero entre sí. Si bien conforme a los derechos continentales es pacífica la cuestión en lo relativo a la directa vinculación del principal y el tercero (“...the agent and the third party are bound..”), por el contrario, existen diferencias en cuanto a la relación existente entre el principal y el tercero⁷¹. En principio se establece una total incomunicabilidad de efectos directos entre el principal y el tercero. Sin embargo, y aunque ciertamente hay una separación entre el principal y los terceros con los que el intermediario ha actuado, los propios PECL vienen a atenuar dicha regla, al igual que sucede en los sistemas o modelos que hemos llamado o denominado continentales, estableciendo ciertas excepciones a la misma. Los PECL dan al intermediario y al agente, respectivamente, la posibilidad

71 LANDO, O.: *Principles of European Contract Law*. The Hague/Boston/London: Kluwer, 1999, p. 200-201.

de accionar el uno contra el otro, concurriendo las circunstancias de los arts. 3:302-3:303 PECL. En este sentido, el texto original de los PECL, en la versión inglesa señala como el principal "may exercise..", art. 3:302 (b); y, en el mismo sentido, con respecto al agente (art. 3:303 (b): "The third party may exercise..").

La ruptura de la regla de comunicabilidad entre el principal y el tercero es tratada como un supuesto excepcional frente al principio general contenido en el art. 3:301 (1) PECL in fine: la vinculación del intermediario y el tercero. Dos son los presupuestos contemplados en los PECL para que puedan surgir esas relaciones directas entre el principal y el tercero: de una parte, la insolvencia del agente, tanto frente al principal como frente al tercero; y, en segundo lugar, el incumplimiento o previsible incumplimiento del agente, bien frente a uno o frente a otro, tal y como rezan los arts. 3:302 y 3:303 PECL ("...it commits a fundamental non-performance towards..., or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance..."). Los arts. 3:302 a) y 3:303 a) PECL, en los supuestos en los que el intermediario o agente devenga insolvente, es necesario que, a requerimiento del principal, el agente le comunique la identidad así como la dirección del tercero. En cualquier caso, el texto del artículo especifica que el principal "...podrá ejercitar contra el tercero los derechos adquiridos por el intermediario por cuenta del principal". Al ser una facultad que se le otorga al principal, en tanto que la misma no sea ejercitada, el intermediario sigue obligado frente al tercero y frente a su principal, en función de la relación externa e interna existente respectivamente con cada uno de ellos. El tercero puede excepcionar al principal cualquier circunstancia derivada de la relación contractual que le unía con el intermediario, esto es, todas aquellas excepciones inherentes al contrato: prescripción, compensación, nulidad, anulabilidad,⁷². Sin embargo, por lo que al supuesto del art. 3:303 se refiere, se establece no sólo que el principal podrá oponer al tercero los mismos medios de defensa que el intermediario tenía frente a los terceros, sino incluso aquellas excepciones que el propio principal tiene frente a su intermediario.

En el Marco Común de Referencia se redujo considerablemente con respecto a los textos anteriores la regulación de la figura de la representación indirecta. En su art.II-6:106, en principio, la regla contenida en la total comunicabilidad de efectos entre el principal y el tercero en los supuestos en los que éste desconozca la intención del intermediario de actuar por cuenta ajena. Sólo se verá afectada la posición jurídica del principal cuando ese efecto esté expresamente previsto en una norma jurídica, sin remitir el mencionado precepto a norma concreta alguna. Dicha remisión debemos entenderla hecha al art. IV.D.-3:403 DCFR, en sede de

72 HARTKAMP, A: "Indirect Representation According to the Principles of European Contract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code.", *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 48-52.

contrato de mandato; y art. III.-5:401 DCFR, con relación a la sustitución de las partes. Así, en sede de contrato de mandato, cuando la actuación del mandatario ha sido en nombre propio, no existe vínculo contractual alguno entre el mandante y el tercero. Únicamente existe para el mandatario la obligación de comunicar al tercero el nombre y la dirección del mandante si deviniera insolvente. En similar sentido, en el Libro III, art. 5:401 establece que si el agente deviene insolvente, el principal puede, mediante notificación al tercero y al agente, asumir los derechos del agente derivados del contrato en relación con el tercero. En tal supuesto, el tercero puede invocar frente al principal cualquier excepción que el tercero podría haber invocado frente al agente, y cuenta con todas las demás protecciones de las cuales dispondría si los derechos hubieran sido voluntariamente cedidos por el agente al principal, en similar sentido a la regla antes referida contenida en el art. 3:302 letra b) PECL.

La actual propuesta del art. 1288 PMCC recoge las soluciones de los PECL y del DCFR, exceptuando de la regla de incomunicabilidad de efectos los supuestos de insolvencia del intermediario y de incumplimiento esencial frente al representado, casuística que en gran medida coincide con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el reconocimiento de acción directa frente al principal en caso de incumplimiento del representante. Sin embargo, guardan silencio tanto CAIG, PICC como los PECL sobre los efectos jurídico-reales de la misma, la adquisición y transmisión de la propiedad a través de intermediario cuando actúa en nombre propio. En el DCFR no están regulados los efectos jurídicos reales en sede de representación, sino en el Libro VIII, relativo a la adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes. El art. VIII.-2:302, bajo el epígrafe representación indirecta, se regula el supuesto en el que el mandatario actúa en nombre propio. En el caso de que un representante que actúe conforme a un mandato para representación indirecta adquiera bienes de un tercero por cuenta del principal, el principal adquiere directamente la propiedad de los bienes. Y en el supuesto contrario, esto es, cuando la representación sea para enajenar un bien por cuenta del principal, el tercero adquiere directamente la propiedad de los bienes. Como presupuesto de la adquisición directa por el principal se exige que el representante tenga legitimación para transmitir o para recibir los bienes por cuenta del principal; en segundo lugar, que exista un título para transmitir en virtud de un contrato u otro acto jurídico, una orden judicial o una disposición legal entre el representante y el tercero; y, finalmente, que haya existido un acuerdo respecto al momento en el que la propiedad ha de transferirse, o entrega o un equivalente de la entrega entre el tercero y el representante (art. VIII.-2:101 (I) letra e). Con esta regulación, se evitan los problemas derivados de la doble transmisión a través del intermediario tanto de orden fiscal, como en supuestos de insolvencia del tercero y la protección tanto del principal como del tercero en tal supuesto para poder separar los bienes de la masa en caso de concurso del intermediario.

IV. CONCLUSIONES.

El art. 1288 PMCC concilia los principios que informan la representación indirecta tanto en los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica, que parten de la incomunicabilidad de efectos de la representación indirecta, con las soluciones propuestas tanto en los PECL como en el DCFR en materia de excepciones, en aras a la protección de los terceros y del tráfico jurídico. Sin embargo, a diferencia del DCFR no se ha regulado la adquisición ni transmisión de la propiedad a través de un representante en nombre propio. La laguna del art. 1288 PMCC al no contener una norma similar al art. VIII.-2.203 DCFR, entendemos que, tal y como señala el art. 1274.3 PMCC, requiere de la aplicación supletoria de aquellas normas del código civil que correspondan conforme a la naturaleza, que entendemos que las relativas a la adquisición de la posesión por representante (art. 439 CC), al ejercicio de la posesión (art. 463 CC), y a los arts. 447, 1941 y 1952 CC a efectos de la usucapión. Entendemos que, junto con estos preceptos, seguirían siendo aplicables a la representación indirecta la regulación del contrato de mandato, y en particular el art. 1717 CC, la interpretación y aplicación tanto jurisprudencial como administrativa que ha realizado la DGSJF, que hemos analizado. Excluir dicha remisión, sería excluir la adquisición directa de la propiedad bien por el representado o por el tercero, cuando nos encontremos antes los supuestos admitidos como excepciones con los requisitos y controles anteriormente analizados, con los problemas que tal exclusión conllevaría desde la perspectiva jurídico-real, concursal, registral y fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

CECCHINI ROSELL, X.: "Contrato por persona a designar, Comentario de la STS de 21 de noviembre de 1997", *RDPatr.*, núm. 1, 1998, pp. 289-294.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Contrato por persona a designar", *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V, pp. 1369-1381.

COING, H.: *Die Treunhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, München, 1973.

COLÁS ESCADÓN, A: "art. 1.717 CC" en *Comentarios al Código Civil*, director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Madrid, 2001, p. 1946.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado en favor de persona que se designará", *Revista Jurídica del Notariado*, 2008, Núm. 68, pp. 507-544.

DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: "Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)2, *Anuario de Derecho Civil*, 2017.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: "Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y los PECL", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: *La representación indirecta*, Madrid, 2006, pp. 223-225.

GARCÍA GARCÍA, J.M^a.: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Madrid, 2001.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Cívitas, Madrid, 1981.

GASPAR ALFARO, J.: *La representación indirecta*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1962., pp. 334-335.

GORDILLO CAÑAS, A.: La representación aparente, Sevilla, 1978.

GRAMUNT FROMBUENA, M.D.: "La excepción cosas propias del mandante", *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1989, pp. 629-643.

GRUDMAN, S.: *Der Treuhandvertrag*, München, 1997.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", *estudios Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, Tomo I , 1976, pp. 760-784

HERNÁNDEZ GIL, F.: "art. 1.717" en *Comentario al Código Civil* (coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA), Barcelona, 2000.

HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 CC", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, pp. 376-445.

KLEINHEISTERKAMP, J.: "Authority of agents", *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

LEÓN ALONSO, J.R.: *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, 2020.

LETE ACHIRICA J.: "La representación en el Derecho de los contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales", *Indret*, núm. 4, 2023, pp. 432-433.

LIEBICH/MATHEWS: *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft. Ein Handbuch*, Berlin, 1983.

LÓPEZ Y LÓPEZ., A.: "La gestión típica derivada del contrato de mandato", en *Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 67-85.

LUNA SERRANO, A.: *El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, 2011.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo XI, Madrid, 1911.

MUÑOZ ESPADA, E.: "Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar", *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1971-2010.

MUÑOZ DE DIOS, L.: "Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio", *El Notario del siglo XXI*, núm. 112, noviembre-diciembre de 2023.

NAVARRO MICHEL, M.: *El contrato por persona a designar. Nuevas perspectivas*, Madrid, 2004.

NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 609-632.

PAU PEDRÓN, A.: "La inscripción de títulos de reconocimiento", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Murcia, 2004, pp. 3701-3718.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La representación indirecta, *Elementos de Derecho Civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid 2005, p. 313.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado" *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fascículo II, pp.354-405.

SAVUX, E.: "El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 728.

SIEBERT, W.: *Das rechtsgeschäftliche Treunhandverhältnis*, Marburg, 1933.

