

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XVI

ENERO - MARZO DE 1948

N.º 63

**DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ**

## **COMITE DIRECTIVO:**

**SRES.**

**ROLANDO MERINO REYES**

**JUAN BIANCHI BIANCHI**

**VICTOR VILLAVICENCIO G.**

**QUINTILIANO MONSALVE J.**

**ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION**

**RENE LAZO FERNANDEZ**

## **LA REPRESENTACION MODALIDAD DEL ACTO JURIDICO CRITICA A LA TEORIA DE LA FICCION (\*)**

**DOCTRINA:** La representación es la modalidad en cuya virtud los efectos del acto celebrado por una persona (representante), por cuenta de otra (representado), se producen directa e inmediatamente en la persona de éste; y, por tanto, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del contrato que producirá sus efectos en la persona del representado, o sea, es exclusivamente la voluntad del representante la que, junto con la del tercero, da nacimiento al acto representativo.

La manifestación de la voluntad del representado, emitida al otorgar el poder, no envuelve una oferta contractual frente a terceros, porque la oferta la hace el representante y es la voluntad de éste la que determina el negocio jurídico; pero, a virtud de la modalidad representación, dicho negocio va a afectar al representado.

El legislador ha estimado al representante como el generador del acto para cuya ejecución lo facultó el representado, y, por consiguiente, según aquél, el representante es el verdadero contratante, cuya voluntad en concurso con la del tercero, da nacimiento al

---

(\*) Comentario sobre la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XL, año 1943. Sección Primera, Parte Segunda, páginas 304 y siguientes.

acto o contrato que afectará al poderdante. En efecto: existen en nuestro Código Civil numerosas disposiciones que evidencian que la representación importa la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado, o sea, admite que el representado sea alcanzado por los efectos de un acto o contrato en el cual no ha prestado su consentimiento, el cual ha sido sustituido por el de su representante.

Conforme al art. 1448 del Código Civil es el representante quien "ejecuta" el acto, o sea, es él quien declara su voluntad, quien contrata; pero en virtud de la modalidad de la representación, introducida al acto, los efectos de éste se producirán en el patrimonio del representado como "si hubiese contratado él mismo". La expresión "iguales efectos que si hubiese contratado él mismo" usada por el legislador revela que, a su juicio, no es el representado quien ha contratado, quien ha celebrado el acto y que, no obstante ello, habiendo sido otro el contratante, los efectos van a repercutir a su patrimonio "como" si él lo hubiese ejecutado.

Tal interpretación aparece corroborada con la ubicación misma del art. 1448 del Código Civil, que trata de la representación al referirse al consentimiento como requisito esencial de todo acto o contrato. Para nuestro Legislador, la representación, la estipulación por otro y la promesa de hecho ajeno son excepciones a la regla del art. 1445, según el cual el consentimiento del obligado es un requisito esencial. Mediante esas tres instituciones una persona resulta afectada por un acto en que no ha dado su consentimiento.

El concepto que informa al art. 1448 del Código Civil, domina en diversas otras disposiciones del mismo Código, al tratar de la tradición (arts. 671, 672, 673 y 678), de la posesión (arts. 712 y 721), del mandato (art. 2125), de las tutelas y curadurías (arts. 390 y 411).

El mandatario puede contratar para sí o para otro, es decir, al prestar su consentimiento, puede hacerlo para que los efectos del acto se produzcan en su patrimonio, o para que esos efectos se produzcan en el del representado. En ambos casos, es el representante quien contrata, es él quien manifiesta el consentimiento y, por tanto, es su consentimiento el que debe otorgarse en la forma señalada en el art. 1445.

## LA REPRESENTACION MODALIDAD

27

En nuestro derecho positivo puede existir la representación por la sola voluntad del representante, como ocurre en la gestión de negocios. En este caso es el representante quien ha generado la obligación por su sola y exclusiva voluntad y el representado deberá cumplirla porque la ley lo obliga a ello, aunque ignore que lo estaban representando.

En resumen, la representación existe en nuestro derecho positivo como una institución que se caracteriza por la sustitución real y completa de la voluntad del representante a la del representado, debiendo ser considerado el primero como generador del acto jurídico que afectará al segundo; y, por consiguiente, es el representante quien debe reunir los requisitos exigidos por el art. 1445 del Código Civil para que la declaración de voluntad de los contratantes sea válida, o sea, dicho representante debe ser legalmente capaz, debe consentir en el acto o declaración de voluntad y su consentimiento debe aparecer exento de vicios, su declaración debe recaer sobre un objeto lícito y tener una causa lícita.

En consecuencia, no procede declarar la nulidad de un acto o contrato celebrado por un representante, si las causales invocadas en nada afectan al consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del acto, con relación al representante, sino que atañen al representado”.

## COMENTARIO

Es ésta una de las pocas sentencias de nuestros Tribunales que enfrentan y acogen la doctrina de la modalidad representación, que es la que mejor explica esta institución y la que, por lo demás, está plenamente acogida por nuestro derecho positivo. Es interesante comentarla por lo novedoso de los conceptos que ella contiene.

En la especie, se trata de la demanda de nulidad de un contrato de compraventa de un bien raíz, solicitada por el representado. En primera instancia, no se da lugar a la demanda. En segunda, la Corte de Apelaciones de Temuco dice: Teniendo además en consideración: 1.º Que, entre las diversas teorías que han explicado la naturaleza jurídica de la representación, o sea, la repercusión en el representado de los actos del representante, la más moderna y más satisfactoria es la denominada “de la modalidad”, según la

cual esa institución jurídica aparece como la modalidad en cuya virtud los efectos del acto celebrado, por una persona (representante), por cuenta de otra (representado), se producen directa e inmediatamente en la persona del representado y, por lo tanto, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del contrato que producirá sus efectos en la persona del representado, o lo que es lo mismo, es exclusivamente la voluntad del representante, la que, junto con la del tercero, da nacimiento al acto representativo. De acuerdo con esta doctrina, la manifestación de voluntad del representado, emitida al otorgar el poder, no envuelve una oferta contractual frente a terceros; la oferta la hace el representante, y es la voluntad de éste la que determine el negocio jurídico, pero, a virtud de la modalidad representación, dicho negocio va a afectar al representado ;

2.o Que, expuesta en líneas generales esta doctrina que, conceptuando la representación como una modalidad del acto jurídico, —creada por la ley o por las partes— reconoce en el representante y el tercero a los verdaderos contratantes del acto que aquél celebra en nombre y por cuenta del representado, corresponde averiguar si ella puede o no ser aplicada dentro de nuestra legislación positiva, es decir, si nuestro legislador consideró que es la voluntad del representado, o estimó que es la del representante la que da nacimiento al acto que éste celebra en nombre y por cuenta de aquél;

3.o Que, como se demostrará más adelante, es incuestionable que nuestro legislador, —guiado por una intuición o presentimiento encomiables, más que por el conocimiento de una teoría jurídica que aún no se había desarrollado, —ha estimado al representante como el generador del acto para cuya ejecución lo facultó el representado, y, consiguientemente, ha visto en el representante al verdadero contratante, considerando que es su voluntad, en concurso con la del tercero, la que da nacimiento al acto o contrato que afectará al poderdante. En efecto, existen en nuestro Código Civil numerosas disposiciones que evidencian nítidamente que su autor concibió la representación como la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del repre-



## LA REPRESENTACION MODALIDAD

29

sentado, o dicho en otros términos, que admitió que una persona, el representado, se vea alcanzada por los efectos de un acto o contrato en el cual no ha prestado su consentimiento, consentimiento que ha sido sustituido por el de otra persona (su representante);

4.o Que, principalmente, hay que referirse al art. 1448 del Código Civil que consagra expresamente esa institución en nuestro derecho positivo y que estatuye: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". Este precepto dice que es el representante quien "ejecuta" el acto, o sea, que es él quien declara su voluntad, quien contrata; pero,—puede agregarse—en virtud de la modalidad representación, intróducida a ese acto, los efectos de éste se producirán en el patrimonio del representado como "si hubiese contratado él mismo". La expresión "iguales efectos que si hubiese contratado él mismo", usada por el legislador, revela que, a su juicio, no es el representado quien ha contratado, quien ha celebrado el acto y que, no obstante ello, habiendo sido otro el contratante, los efectos van a repercutir en su patrimonio "como" si él hubiese ejecutado el acto;

5.o Que tal interpretación aparece corroborada con la ubicación misma del art. 1448. En efecto, el art. 1445, con que se encabeza el Título II del Libro IV, "De los actos y declaraciones de voluntad", enumera los requisitos que se exigen para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad: 1.o Que sea legalmente capaz; 2.o que "consienta en dicho acto o declaración" y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.o que recaiga sobre un objeto lícito; 4.o que tenga una causa lícita". En los artículos que siguen —y conservando el mismo orden de la enumeración contenida en el precepto en referencia—, están estudiados los requisitos señalados. Así, la capacidad, que es el primero de ellos, figura tratada en el inciso final del mismo art. 1445, y en los arts. 1446 y 1447. A continuación debe ser contemplado el consentimiento, que es el segundo de dichos requisitos, y efectivamente es considerado en los arts. 1448, 1449 y 1450, que tratan de la representación, de la estipulación por otro y de la promesa de hecho ajeno, respectivamente. O sea, al analizar el consentimiento, como

requisito esencial de todo acto o contrato válido, nuestro Código se refiere a tres instituciones que aparecen como excepciones a la regla del art. 1445, según la cual el consentimiento del obligado es un requisito esencial. Para nuestro legislador, la representación, la estipulación por otro y la promesa de hecho ajeno, son tres instituciones mediante las cuales una persona resulta afectada por un acto en que no ha dado su consentimiento; son tres instituciones que emergen como excepciones al principio de que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración". De esta circunstancia, de que el Código Civil haya considerado la representación, junto con las otras dos instituciones mencionadas como excepciones al art. 1445, lógicamente puede deducirse que ha estimado que es el representante quien presta su consentimiento en la celebración del acto, y que, en virtud de este consentimiento, va a resultar afectada por las consecuencias del mismo acto una persona que no ha intervenido en su celebración: el representado;

6.º Que esa misma idea, que se advierte claramente en el art. 1448, figura también involucrada en muchas otras disposiciones de nuestro Código Civil. Puede citarse el inciso final del art. 671, que preceptúa: "La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o al respectivo mandante". Aquí, la tradición se hizo al mandatario, lo que significa que él compareció en el acto y que él manifestó su voluntad de adquirir; su voluntad, como la del tradente, dió origen a la convención, pero en virtud de la representación, se producen los mismos efectos que si se hubiere hecho al mandante. La misma regla tiene aplicación en el caso inverso, en que el mandatario es el tradente.

Otro caso que exterioriza el mismo sentir del legislador, se encuentra en el art. 672 que establece: "Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante". El elemento de la voluntariedad debe buscarse, pues, en la persona del representante, lo que demuestra que es él quien celebra la convención, y que, aun cuando haya existido voluntad en el representante, la tradición es nula por falta de consentimiento.

En el inciso 2.º del recordado art. 672, el legislador insiste en el mismo concepto: "Una tradición que al principio fué inválida por

## LA REPRESENTACION MODALIDAD

31

haberse hecho sin la voluntad del tradente o de su **representante**, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño". Es la voluntad del **representante** la que debe concurrir con el tercero para generar la tradición, y si su voluntad falta, el acto será inválido, precisamente, por falta de voluntad. Pero el representante puede ratificar el acto, esto es, puede validarlo retroactivamente.

El art. 673 es otra demostración de idéntico criterio: "La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su **representante**". Aquí, el consentimiento debe prestarlo el **representante**.

En el art. 678 el legislador vuelve a considerar al representante como generador del acto ejecutado en nombre y por cuenta del representado: "Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición". Esta disposición acepta expresa y plenamente que es la voluntad del representante la que, juntamente con la del tercero, genera la convención, y que es ella, también, la que conforme al art. 1445, debe aparecer exenta de vicios, porque ese precepto no debe aplicarse sólo al error sino a todos los demás vicios que puedan afectar al consentimiento. Relativamente a la fuerza, que es un vicio más grave que el error, el art. 712 ha estatuido que en la posesión "existe vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa o contra el que la tenía **en lugar y a nombre de otro**", lo que importa decir que hay violencia cuando ella se ejerce en la persona del representante. Análogo criterio se observa también en el Código de Comercio, cuyo art. 1229, al tratar del seguro marítimo, dice: "Es de ningún valor el seguro contratado con posterioridad a la cesación de los riesgos, si al tiempo de firmar la póliza el asegurado o su **mandatario** tuviere conocimiento de la pérdida de los objetos asegurados, o el asegurador de su feliz arribo". Si el mandatario fuese únicamente el portador de la voluntad del mandante, si éste fuese el verdadero contratante y aquél un simple mensajero cuya voluntad no interviene en el acto que celebra, no habría sido tomado en cuenta el conocimiento que tuviese de las circunstancias que puedan anular el contrato. Sin embargo, el legislador ha acudido aquí a la **voluntad del representante**, para



determinar los vicios que pueden invalidar el consentimiento, y la buena o mala fe, conocimiento o ignorancia, que pueden alterar los efectos normales del contrato.

El art. 721 del Código Civil, dispone: "Si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aún sin su conocimiento". El legislador se ha puesto aquí en el caso de que un representante tome la posesión de una cosa para su representado, ignorando éste el hecho. Ahora bien, si el representado no tiene conocimiento de la toma de posesión, es indudable que no es su voluntad, sino la del representante, la que obra y da origen a todas las consecuencias patrimoniales que se desprenden de ese hecho jurídico. Esas consecuencias que se van a producir en el patrimonio del representado, se deben exclusivamente a la voluntad del representante.

El art. 2125 es otra demostración del mismo concepto de nuestro legislador: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar, a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante". Aquí, el mandatario puede contratar para sí o para otro, es decir, al prestar su consentimiento puede hacerlo para que los efectos del acto se produzcan en su patrimonio, o para que esos efectos se produzcan en el del representado. En ambos casos, sea para sí o sea para otro, es el representante quien contrata, como lo expresa textualmente el legislador, y siendo así, es incontrovertible que es él quien manifiesta su consentimiento y, por lo tanto, que es su consentimiento el que debe otorgarse en la forma señalada en el art. 1445.

Tratándose de la representación que emana de la ley, aparece más evidente aún, que nuestro legislador ha estimado que es el guardador quien real y jurídicamente celebra el acto o contrato que afectará al representado. Así, en el art. 390 establece: "Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos e imponerle obligaciones"; y más adelante, en el art. 411 agrega: "En todos los actos y contratos que ejecute o celebre el tutor o curador en representación del pupilo deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto o contrato, etc.". De modo que es el guardador quien ejecuta o celebra el acto

## LA REPRESENTACION MODALIDAD

33

o contrato, y no podría ser de otra manera, puesto que el pupilo es incapaz que no puede hacer, válidamente, declaraciones de voluntad, por lo menos, por sí solo.

Por último, en nuestro derecho positivo puede existir la representación por la sola voluntad del representante, como ocurre en la gestión de negocios, o sea, es posible que una persona ejecute actos a nombre y por cuenta de otra, que lo ignora, que no la ha autorizado y que, sin embargo, deberá cumplir las obligaciones de ese representante. Al tratar del cuasi-contrato de agencia oficiosa, el art. 2290, dice: "Si el negocio ha sido bien administrado, (por el agente oficioso), cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión". En este caso, el representante no es un mero portador de la voluntad del representado, porque éste ignora que lo están representando, y siendo así, no puede sostenerse que ha manifestado voluntad contractual alguna: es el representante quien ha generado la obligación por su sola y exclusiva voluntad y el representante deberá cumplirla porque la ley lo obliga a ello;

7.o Que, como corolario de lo expresado en las precedentes consideraciones, surge la consecuencia de que la representación existe en nuestro derecho positivo como una institución que se caracteriza por la sustitución real y completa de la voluntad del representante a la del representado, debiendo ser considerado el primero como generador del acto jurídico que afectará al segundo; y de la anterior conclusión fluye otra, que tiene interés para dilucidar y resolver con acierto el caso sub lite; ella es, que es el representante quien debe reunir los requisitos exigidos por el art. 1445 del Código Civil para que la declaración de voluntad de los contratantes sea válida, o sea, que dicho representante debe ser legalmente capaz, debe consentir en el acto o declaración y su consentimiento debe aparecer exento de vicios, su declaración debe recaer sobre un objeto lícito y debe tener una causa lícita;

8.o Que la acción primordial entablada en este litigio y dirigida a obtener la declaración de nulidad del contrato de compraventa del fundo "Choroico", aparece fundamentada en las diversas razones consignadas en los considerandos 5.o y 6.o del fallo de primera instancia, y además, en que hubo falta de consentimiento, que

acarrearía la nulidad absoluta en conformidad al art. 1682 del Código Civil, según se expresa en el escrito de réplica, en que literalmente dice la parte demandante: "En el presente caso, en el contrato de compraventa cuya validez impugno, no hubo consentimiento, es decir, no hubo el concurso de voluntades que la ley exige para que nazca el contrato a la vida del derecho; no ha existido el acto jurídico denominado contrato de compra-venta, susceptible de producir efectos jurídicos, pues el requisito que lo genera, el consentimiento no ha concurrido a formarlo. Faltando el consentimiento, le falta al contrato impugnado uno de los requisitos esenciales que la ley prescribe para su validez en atención a su especie, sin relación alguna con la calidad o estado de las partes, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1682 del Código Civil, adolece de nulidad absoluta";

9.º Que la ausencia de consentimiento que se advertiría en el contrato de compraventa y que sería determinativa de su nulidad absoluta, no la refiere el demandante a su pretendido representante sino que discurre aludiendo a que no hubo consentimiento de parte del representado, porque, a la fecha de la celebración del contrato, don Abdón Rodríguez (representante) no representaba, ni podía representar a don Alonso Rodríguez Guzmán (representado) en virtud de los siguientes motivos:

a). Habiendo sido otorgado el mandato de 22 de Diciembre de 1923 —que sirvió como credencial a don Abdón Rodríguez y que se insertó en la escritura de 12 de Julio de 1929— por don José Angel Rodríguez Quiñones, "por sí y como representante legal de su hijo impúber Alonso Rodríguez Guzmán"; y habiendo fallecido el otorgante señor Rodríguez Quiñones el 12 de Octubre de 1924, en esta fecha el mandato expiró;

b). Si el mandato no hubiera terminado por la muerte del mandante y hubiera continuado subsistiendo respecto del padre que lo otorgó, a la fecha de la venta carecía de valor relativamente al actor, porque simultáneamente con fallecer el señor Rodríguez Quiñones, el menor demandante se emancipó por el ministerio de la ley, y solamente un tutor o curador que le hubiese sido designado habría podido representarlo en la venta;

## LA REPRESENTACION MODALIDAD

35

c). Aún en el supuesto de que don Abdón Rodríguez hubiera conservado la representación del menor Rodríguez Guzmán, la venta debió haberse efectuado en pública subasta;

d). El mandato conferido en la escritura de 22 de Diciembre de 1923, no se perfeccionó, pues el mandatario no lo aceptó expresa ni tácitamente, antes de ocurrir el fallecimiento del otorgante el 12 de octubre de 1924; y

e). Tanto el supuesto representante del demandante como el comprador don Pablo Menz, tuvieron conocimiento de la defunción del señor Rodríguez Quiñones, y consiguientemente, de la expiración del mandato, por lo cual no puede invocarse el caso de excepción derivado de la ignorancia de la terminación del mandato que establece el art. 2173 del Código Civil y que hace válido el contrato;

10.º Que, planteada así la acción de nulidad y examinándola a la luz de la doctrina de la representación como modalidad del acto jurídico, que ha sido expuesta en los primeros fundamentos de esta resolución, y que nuestro legislador ha consagrado en el art. 1448 del Código Civil y reiterado en las demás disposiciones legales de que se ha hecho recordación, es forzoso arribar a la conclusión de que tal acción es improcedente, por cuanto el verdadero contratante fué el pretendido representante y no el actor, esto es, porque don Abdón Rodríguez y no don Alonso Rodríguez Guzmán fué quien ejecutó el acto y prestó su consentimiento; y como las causales de nulidad invocadas en nada afectan al consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del acto, con relación al representante, sino que atañen al representado, es indudable que el contrato de compraventa no puede ser declarado nulo. Y por lo que respecta a la circunstancia indicada en la letra c) del considerando que antecede, esto es, a que el contrato sería nulo, no ya por falta de consentimiento, sino por no haberse efectuado la venta en pública subasta, basta repetir lo que sobre el particular se consigna en el fundamento 16 del fallo en alzada, —que se ha reproducido en esta sentencia—, para desestimar tal alegación”.

\* \* \* \*



Después de este acabado estudio, la Corte de Apelaciones de Temuco, concluye también como el juez de primera instancia, diciendo: "1.º Que no ha lugar a la petición primera de fs. 13, en la parte en que se solicita que se declare nulo el contrato de compraventa del fundo Choroico..."

Y en casación de fondo de 26 de Noviembre de 1942, la Corte Suprema dijo, sin alegar ni el más pequeño fundamento en apoyo de su afirmación, que "la sentencia al interpretar el aludido art. 1448 a la luz de la teoría de la modalidad, lo ha violado, porque nuestro Código está informado por la de la ficción..."

Es, precisamente, esta afirmación de la Corte Suprema la que nos decidió a publicar el presente comentario, a fin de dar a conocer la interesante doctrina de la modalidad y ayudar, en pequeña forma, a divulgarla, para que en una nueva oportunidad no se incurra en el error jurídico de sostener que nuestro Código, por ser de corte clásico, no albergó esta institución con los caracteres que se le reconocen en nuestros días.

En éste, como en otros casos, don Andrés Bello, al redactar nuestro Código, se adelantó a su época y con una visión digna de su alto talento consagró principios que muy posteriormente ha venido a desarrollar la doctrina moderna; tal sucede con la teoría del abuso del derecho, de la inoponibilidad y muchas otras.

En cuanto a la representación, fué nuestro Código el primero que le consagró una disposición expresa, separando la representación del mandato. También es el primero que consagra en forma evidente, y sin que haya una sola disposición a través de todo su articulado que la contradiga, esta doctrina de la modalidad.

Señalaremos en líneas generales la teoría de la ficción, ya que se dice que es ésta la que informa nuestra legislación positiva; lo que no podemos admitir, dados los efectos e imperfecciones de ella, que en nuestra época de realidades no se justifican.

Su enunciado es muy simple: la representación es una ficción jurídica por la cual se reputa que en el acto celebrado por el representante ha sido el representado quien ha intervenido única y exclusivamente.

Demás está decir que hoy día ningún tratadista de derecho la admite, y esto nos ahorra mayores comentarios; pero agregaremos que si la ficción pudiera pretender explicar la representación



## LA REPRESENTACION MODALIDAD

37

convencional, no es posible que lo pretenda tratándose de la representación legal de protección, pues no es posible "suponer o reputar" al representado como el verdadero contratante, cuando éste es un pupilo infante, demente o sordomudo, esto es, personas que jurídicamente carecen de voluntad en forma absoluta.

El estimar que la representación es una ficción legal, como ya hemos manifestado, pudo ser una explicación que satisfizo en otra época, pero en la actualidad no.

Esta doctrina de la ficción nació como una necesaria explicación a ese hecho anormal, que se traducía en que el autor de un acto no fuese el sujeto activo y pasivo de los efectos del mismo. No hallándose una explicación lógica a esta anormalidad, lisa y llanamente se optó por eludir el problema: así nació en el campo doctrinal esta teoría.

Decimos que con esta teoría se trató de eludir el problema, porque observando un poco se llega a la conclusión de que ella no explica nada. En efecto, ¿cuál es la causa por la que el legislador establece esta ficción?; ¿cuál de los dos, representante o representado, manifiesta la voluntad generadora del acto que éste ha encomendado a aquél? En la teoría de la ficción podría decirse: a) que el verdadero contratante es el representante, pero que en virtud de una ficción se reputa que lo es el representado; b) que es este último el verdadero contratante, pero que en virtud de la ficción habla y actúa por él su representante; c) o bien, que en realidad son ambos, representado y representante, quienes cooperan a la formación del negocio, pero que en virtud de una ficción se reputa que ha sido el primero quien ha intervenido exclusivamente en él.

De esta manera, la doctrina de la ficción se acomoda a todos los sistemas, —nuntius, cooperación de voluntades,— precisamente porque no explica nada.

Ninguno de estos defectos se advierte en la doctrina de la modalidad, ya que ella es aplicable a toda clase de representación, sea ésta convencional, legal, judicial o de protección.

Es indudable que la representación cabe holgadamente dentro del concepto de modalidad, puesto que ella aparece como un elemento accidental que, introducido en el acto jurídico por la voluntad de las partes (representación convencional) o por disposición

de la ley (representación legal), hace que los efectos del mismo se produzcan en forma diferente a los que se producirían normalmente, puesto que las consecuencias legales del acto no van a radicarse en el patrimonio de las partes, sino en el de una de ellas (el tercero) y en el de otra que no ha intervenido con su voluntad a generar el acto (el representado).

La representación aparece, pues, a los ojos de la doctrina moderna, como una alteración de las circunstancias normales del acto, lo que vale decir, como una modalidad del acto jurídico, puesto que las modalidades tienen por objeto, precisamente, alterar los efectos que ordinariamente producen los actos jurídicos.

Del hecho que la representación sea una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, se deducen algunas consecuencias que no queremos dejar de enunciar brevemente y que, siendo todas lógicas, hacen intachable en su perfección esta doctrina. Todas estas consecuencias se hallan consagradas en nuestra legislación positiva.

Ellas son: 1.o). En primer término, es el representante quien celebra real y verdaderamente el acto o contrato; el representado no tiene participación alguna en él; sólo los efectos de ese acto se producirán en su patrimonio;

2.o) Por lo tanto, las condiciones que exige la ley para que un acto o declaración de voluntad sea válido, debemos buscarlas en el representante. Este es quien deberá prestar su consentimiento, exento de vicios, y quien ha de tener capacidad suficiente para otorgarlo;

3.o) En cambio, como los efectos del acto se van a radicar en el patrimonio del representado, este patrimonio ha de ser susceptible de experimentar tales efectos. De aquí que el representado no pueda encomendar al representante la ejecución de actos que no podría celebrar lícitamente él mismo;

4.o) Siendo la representación una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, el que alegue la existencia de la representación debe probarla, puesto que la regla general es

## LA REPRESENTACION MODALIDAD

39

la de que los actos se reputan puros y simples. La modalidad constituye la excepción y como tal debe probarse;

5.o) Como la regla general es la de que todos los actos jurídicos admiten modalidades, menos aquellos que la ley exceptúa expresamente, tenemos que la representación tiene cabida, también, en todos los actos jurídicos, salvo en aquellos en que la ley lo prohíbe expresamente.

6.o) Por último, si se logra probar que el contrato no se ha celebrado "contemplatione domini", esto es, que no ha habido intención, compartida por ambos contratantes, de que los efectos del acto se produzcan en el patrimonio del tercero y del representado, es evidente que no habrá representación, o sea, no existirá modalidad que afecte al acto y éste permanecerá puro y simple.