



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

La Extralimitación en el Ámbito de
la Actuación Representativa

D. Pedro Javier García Martínez

2017

ESQUEMA

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	21

PRIMERA PARTE

LA EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

SECCIÓN PRIMERA

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN. ELEMENTOS Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS

I.- CONCEPTO.....	27
II.- LA EXTRALIMITACIÓN EN EL MARCO DE LA REPRESENTACIÓN.....	30
1.- Poder, representación y mandato. Apunte histórico justificativo de la distinción.....	31
1.1.- En el Derecho romano.....	31
1.2.- En el Derecho intermedio.....	34
1.3.- La labor desarrollada por la Pandectística alemana.....	36
2.- La representación en el Derecho patrio.....	41
3.- La correlación entre mandato, poder y representación.....	45
3.1.- El mandato.....	45
3.2.- El poder.....	49
3.2.1.- Delimitación conceptual.....	49
3.2.2.- El apoderamiento: ¿negocio causal o abstracto?.....	58

3.3.- La representación.....	64
3.3.1.- Idea previa.....	64
3.3.2.- Concepto.....	65
3.3.3.- Naturaleza jurídica desde la perspectiva del mecanismo representativo.....	67
3.3.4.- Requisitos.....	73
A) El interés.....	74
a) Concepto de interés jurídico.....	77
b) Especial referencia a la extralimitación.....	78
i) El interés como estándar judicial.....	78
ii) El conflicto de intereses en la autocontratación y la extralimitación.....	80
iii) El titular del interés.....	87
@.- El interés del representado.....	87
@@.- El interés del tercero cocontratante.....	90
B) La voluntad.....	93
C) La <i>contemplatio domini</i>	95
a) Concepto y distinción de la actuación <i>alieno nomine</i>	95
b) La <i>contemplatio domini</i> como elemento natural de la representación.....	97
c) Clases.....	99
d) Nuestra posición.....	100
3.3.5.- Heteroeficacia representativa.....	102

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTRALIMITACIÓN. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES.....	103
--	------------

1.- El <i>falsus procurator</i> como gestor no autorizado.....	105
2.- La representación sin poder.....	110
3.- Ausencia de poder <i>versus</i> uso indebido.....	111
3.1.- Ausencia de poder.....	112
3.1.1.- Inexistencia.....	112
3.1.2.- Extinción.....	113
3.2.- Uso indebido del poder.....	115
3.2.1.- Abuso de poder.....	115
3.2.2.- Extralimitación.....	119
4.- La autonomía conceptual de la extralimitación.....	124
4.1.- La responsabilidad del <i>dominus negotii</i>	124
4.2.- La <i>utiliter gestum</i>	127
5.- Extralimitación legítima <i>versus</i> extralimitación ilegítima.....	129
IV.- LÍMITES DEL PODER E INSTRUCCIONES DEL PRINCIPAL...	136
1.- Distinción conceptual.....	136
2.- Instrucciones de gestión.....	141
3.- La extensión del poder y la importancia de su interpretación.....	146
4.- El traspaso de los límites del poder como causa de la extralimitación.....	153
4.1.- Límites formales.....	153
4.2.- Límites materiales o sustanciales.....	156
5.- La importancia de la labor interpretativa.....	157

6.- Conclusión.....	162
---------------------	-----

V.- MARCO SUBJETIVO DE LA EXTRALIMITACIÓN. CASOS CONTROVERTIDOS.....	164
---	------------

1.- La cuestionada consideración del <i>nuntius</i> como representante.....	167
--	-----

2.- El representante pasivo.....	175
----------------------------------	-----

3.- El liquidador de patrimonios ajenos.....	176
--	-----

SEGUNDA SECCIÓN

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRALIMITACIÓN

VII.- TIPO DE INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EXTRALIMITADO.....	181
---	------------

1.- Planteamiento inicial.....	185
--------------------------------	-----

2.- La calificación del negocio extralimitado.....	187
--	-----

2.1.- Teoría del negocio incompleto o en estado de formación.....	187
--	-----

2.2.- Teoría de la nulidad.....	189
---------------------------------	-----

2.2.1.- Distinción conceptual previa.....	189
---	-----

2.2.2.- La nulidad absoluta del negocio extralimitado.....	192
---	-----

2.3.- Teoría de la anulabilidad.....	196
--------------------------------------	-----

2.4.- Teoría de la oferta.....	198
--------------------------------	-----

2.5.- Teoría de la <i>conditio iuris</i>	200
--	-----

2.6.- Teoría de la irrelevancia.....	201
--------------------------------------	-----

2.7.- Teoría de la inoponibilidad.....	203
2.8.- Teoría de la falta de legitimación.....	206
3.- Conclusión.....	208
VIII.- LA RATIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	
EXTRALIMITADO.....	209
1.- Naturaleza jurídica.....	213
2.- Clasificación.....	220
2.1.- Diferencias entre ratificación y otros conceptos afines.	222
2.1.1.- Aprobación.....	222
2.1.2.- Convalidación.....	224
2.1.3.- Confirmación.....	225
2.1.4.- <i>Utiliter</i>	226
2.2.- Supuestos controvertidos.....	227
2.2.1.- Ratificación tácita.....	227
2.2.2.- Ratificación forzosa.....	229
2.2.3.- Ratificación impropia.....	230
3.- Caracteres.....	231
3.1.- El carácter recepticio.....	231
3.2.- El carácter retroactivo.....	233
3.3.- El carácter integral.....	237
4.- El tiempo de la ratificación.....	238
IX.- LA UTILITER Y EL NEGOCIO EXTRALIMITADO.....	239
1.- Concepto y naturaleza jurídica.....	240
1.1.- Medio para evitar el enriquecimiento injusto.....	241
1.2.- Ficción legal.....	243
1.3.- Fuente de la representación.....	245

1.4.- Presunción legal.....	246
1.5.- Nuestra posición.....	247
2.- La <i>utiliter</i> en el Derecho positivo.....	248
2.1.- En el mandato.....	248
2.2.- En la gestión de negocios ajenos.....	250
2.3.- En la guarda de hecho.....	253
2.4.- En la comisión mercantil.....	256
3.- Clases.....	257
3.1.- Relación entre límite y ventaja.....	259
3.2.- El alcance de la <i>utiliter</i> regulada por el art. 1715 CC.....	261
4.- La incidencia de la <i>utiliter</i> en otros supuestos de falsa procuración.....	262
X.- LA GARANTÍA JURÍDICA DEL TERCERO COCONTRATANTE.	263
1.- La protección jurídica del tercero.....	264
2.- El tiempo de la revocación.....	266
3.- La naturaleza de la “revocación” ex art. 1259.....	272
3.1.- La revocación como categoría de ineficacia.....	272
3.2.- El desistimiento.....	275
3.3.- Nuestra posición.....	276
4.- Ámbito subjetivo de la pretensión revocatoria.....	278
XI.- LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA EXTRALIMITACIÓN.....	281
1.- El interés <i>versus</i> cumplimiento.....	281

2.- Contenido de la responsabilidad en la extralimitación.....	289
2.1.- Alcance de la responsabilidad.....	290
2.1.1.- La total indemnidad del lesionado.....	290
2.1.2.- Interés del cumplimiento o interés de la confianza.....	293
2.1.3.- Contenido de la reparación.....	294
2.2.- La responsabilidad contractual del representante y extracontractual del <i>dominus</i>	296
2.3.- Criterio de imputación.....	300
3.- Sujetos responsables por la actuación extralimitada.....	303
3.1.- El representante.....	304
3.1.1.- El doble régimen de responsabilidad: en las relaciones <i>ad intra</i> y <i>ad extra</i>	305
3.1.2.- Presupuestos de la responsabilidad.....	308
A) La necesidad de que el tercero desconozca la extralimitación.....	308
B) El carácter oneroso del negocio extralimitado.....	312
3.1.3.- Factores que influyen en la responsabilidad...	313
A) La existencia de retribución.....	313
B) La buena fe del representante.....	314
C) Diligencia.....	316
D) El deber de información.....	319
E) El deber de guardar secreto y la extralimitación.....	323
3.1.4.- Exclusiones.....	324
3.1.5.- La responsabilidad contractual del representante.....	330
A) Frente al representado.....	330
B) Frente al tercero. La culpa <i>in contrahendo</i> ..	331
3.2.- El <i>dominus negotii</i>	337

3.2.1.- Planteamiento de la cuestión.....	337
3.2.2.- La responsabilidad del <i>dominus negotii</i> frente al tercero.....	339
3.2.3.- La responsabilidad del <i>dominus</i> en otros supuestos representativos y su posible influencia en la extralimitación.....	342
A) En la extinción del poder.....	342
B) En la delegación del poder.....	344
a) La sustitución. El subapoderamiento.....	345
b) Los auxiliares del representante.....	348
C) Conclusión.....	350
3.2.4.- La responsabilidad del <i>dominus</i> ante la apariencia de representación.....	351
A) Breve exposición y crítica.....	351
B) La protección de la apariencia en el ordenamiento jurídico.....	356
C) Consideración crítica frente a la extralimitación.....	358
D) La superación de la teoría de la representación aparente.....	362
3.2.5.- La responsabilidad extracontractual del <i>dominus</i>	365
A) La responsabilidad objetiva o por riesgo....	366
B) Responsabilidad subjetiva. Culpa <i>in vigilando/in eligendo</i>	370
a) Introducción.....	370
b) La responsabilidad subjetiva del principal analizada al amparo de los actos realizados por auxiliares o dependientes.....	373
c) La responsabilidad subjetiva del principal en la actividad representativa.	376
3.2.6.- Responsabilidad solidaria.....	377

3.2.7.- Conclusión.....	378
3.3.- La incidencia de la actitud del tercero sobre la responsabilidad del <i>dominus</i> o del representante.....	382

SEGUNDA PARTE

LA EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL, EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y EN LOS PODERES PREVENTIVOS

I. EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL.....	387
1.- Introducción.....	387
2.- Extralimitación de representación frente a inexistencia.....	390
3.- El interés como medida de la extralimitación.....	391
3.1.- El superior interés del menor.....	391
3.2.- El interés de la familia.....	395
3.3.- El interés de la persona con discapacidad.....	398
4.- El control de la extralimitación. Peligros.....	408
5.- El conflicto de intereses en la representación legal.....	411

6.- Régimen jurídico de los actos realizados por los representantes legales infringiendo el requisito de la autorización.....	416
6.1.- La autorización y la aprobación.....	416
6.1.1.- Introducción.....	416
6.1.2.- Naturaleza jurídica.....	419
A) La autorización.....	419
B) La aprobación.....	423
C) Conclusiones acerca del papel que desempeñan la autorización y la aprobación en el mecanismo representativo y en la extralimitación.....	425
6.1.3.- El carácter indisponible de la necesidad o utilidad.....	427
6.1.4.- Consecuencias jurídicas de la actuación del representante sin autorización judicial.....	429
A) Teoría de la nulidad.....	429
B) Teoría de la anulabilidad.....	431
C) La aplicación de la teoría de la representación voluntaria a la representación legal.....	433
6.2.- Nuestra posición.....	439
7.- La responsabilidad por la extralimitación en la representación legal.....	442

II. EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA.....	445
1.- La naturaleza jurídica de la representación orgánica y la posibilidad de extralimitación.....	445
2.- La representación indirecta en la extralimitación de la representación orgánica.....	454
3.- La limitación de los poderes y su oponibilidad a terceros.....	455
3.1.- Sociedades mercantiles.....	455
3.2.- Sociedades civiles.....	460
4.- La influencia de la <i>contemplatio domini</i> en la buena fe del tercero..	460
5.- Consecuencias de la extralimitación.....	464
5.1.- Sociedades mercantiles.....	464
5.2.- La extralimitación en la sociedad civil.....	465
 III. EXTRALIMITACIÓN EN LOS PODERES PREVENTIVOS.....	 467
1.- La determinación de la falta de capacidad en el poder preventivo.....	471
2.- El contenido del poder.....	474
3.- Medidas de protección y control.....	476

4.- La concreción del momento en que comienza a surtir efectos el poder.....	478
4.1.- Los actos realizados por el apoderado posteriores a la incapacidad natural y previos a la firmeza de la incapacitación.....	479
4.2.- Los negocios de tracto sucesivo pendientes al tiempo del cambio de apoderado.....	484
5.- La buena fe del tercero cocontratante y los Registros Públicos.....	485
6.- Las consecuencias de la extralimitación en el apoderamiento preventivo.....	487
7.- La eficacia de la representación legal cuando se desconoce la existencia del poder preventivo.....	489
CONCLUSIONES.....	495
BIBLIOGRAFÍA.....	507
JURISPRUDENCIA.....	543
1.- Tribunal Supremo.....	543
1.1.- Sentencias, Sala Primera, De lo civil	543
1.2.- Sentencias, Sala Segunda, De lo penal.....	558
2.- Tribunales Superiores de Justicia.....	558

3.- Audiencias Territoriales.....	558
4.- Audiencias Provinciales.....	558
4.1.- Autos.....	558
4.2.- Sentencias.....	559
DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	560
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA...	560
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	561
OTROS ACUERDOS GUBERNATIVOS.....	563

ABREVIATURAS

- AAMN.- Anales de la Academia Matritense del Notariado.
- AAP.- Auto de Audiencia Provincial.
- AAPP.- Audiencias Provinciales.
- aC.- Antes de Cristo.
- AC.- Actualidad Civil.
- ADC.- Anuario de Derecho Civil.
- AFD.- Anuario de la Facultad de Derecho.
- *AKT.- Aktiengesetz* o Ley de sociedades por acciones alemana de 6 de septiembre de 1965.
- AP.- Audiencia Provincial.
- APDC.- Asociación de Profesores de Derecho Civil.
- ATACP.- Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos.
- *BGB.- Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil de Alemania).
- BOE.- Boletín Oficial del Estado.
- BORMe.- Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- CC.- Código Civil.
- CCCat.- Código Civil de Cataluña.
- CCo.- Código de Comercio.
- CCQ.- Código Civil de Quebec.
- CDC.- Código de Derecho Canónico.
- CDCFN.- Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
- CDFA.- Código del Derecho Foral de Aragón.
- CE.- Constitución Española.
- CEE.- Comunidad Económica Europea.
- Cfr.- Cónfer (compara).
- CL.- Colección Legislativa.
- Coord.- Coordinador.
- CP.- Código Penal.
- D.- Derecho.
- DGRN.- Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Dir.- Director.
- ECLI.- Identificador Europeo de Jurisprudencia.

- Ed.- Edición.
- Edit.- Editorial.
- EDJ.- El Derecho (editores), Jurisprudencia.
- EOMF.- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- ET.- Estatuto de los Trabajadores.
- Fasc.- Fascículo.
- FD.- Fundamento de Derecho.
- FGE.- Fiscalía General del Estado.
- *Giur.Compl.Cass.Civ.*- Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civil.
- JC.- Jurisprudencia Civil.
- LAIE.- Ley de Agrupaciones de Interés Económico.
- LAR.- Ley de Arrendamientos Rústicos.
- LAU.- Ley de Arrendamientos Urbanos.
- LC.- Ley Concursal.
- LCCh.- Ley Cambiaria y del Cheque.
- LCCrC.- Ley de Contratos de Crédito al Consumo.
- LEC.- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECr.- Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LH.- Ley Hipotecaria.
- LJV.- Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- LO.- Ley Orgánica.
- LODA.- Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación.
- LOPDP.- Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
- LOPJ.- Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LRC.- Ley del Registro Civil.
- LRJSGR.- Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.
- LSA.- Ley de Sociedades Anónimas.
- LSRL.- Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- MCR.- Marco Común de Referencia, también conocido como *DCFR: Draft Common Frame of Reference*.
- N°.- Número.

- Op. cit.- Obra citada.
- P.ej.- Por ejemplo.
- Pág. o págs.- Página o páginas.
- *PECL.- Principles of European Contract Law* (o Principios de Derecho Europeo de los Contratos, también conocidos como Principios LANDO).
- PMCC.- Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.
- RAE.- Real Academia Española (de la Lengua).
- RC.- Repertorio de jurisprudencia sobre Responsabilidad Civil.
- RD.- Real Decreto.
- RDGRN.- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RDL.- Real Decreto-Ley.
- RDP.- Revista de Derecho Privado.
- Rec.- Recurso.
- Ref.- Referencia.
- RGDR.- Revista General de Derecho Romano.
- *Riv.Dir.Comm.- Rivista di Diritto Commerciale.*
- RJ.- Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi).
- RN.- Reglamento Notarial (o Reglamento de la organización y régimen del Notariado).
- ROJ.- Repertorio Oficial de Jurisprudencia.
- RPT.- Revista Práctica de Tribunales.
- RRDGRN.- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RRM.- Reglamento del Registro Mercantil.
- RTC.- Repertorio del Tribunal Constitucional.
- SA.- Sociedad Anónima.
- SAP.- Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SAT.- Sentencia de la Audiencia Territorial.
- SRL.- Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- Ss.- Siguietes.
- SSAP.- Sentencias de Audiencias Provinciales.

- SSTC.- Sentencias del Tribunal Constitucional.
- SSTJUE.- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- SSTS.- Sentencias del Tribunal Supremo.
- STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJUE.- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- STS.- Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- T.- Tomo.
- TC.- Tribunal Constitucional.
- TFUE.- Tratado Fundacional de la Unión Europea.
- TJUE.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TOL.- Tirant On Line (Jurisprudencia).
- TRLGDCU.- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- TRLSA.- Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- TRLSC.- Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- TS.- Tribunal Supremo.
- UE.- Unión Europea.
- Vol.- Volumen.
- VVAA.- Varios autores.

INTRODUCCIÓN

Como regla general, el individuo es libre para regir su persona y bienes. La Ley proscribire las intromisiones ilegítimas de terceros en la esfera personal y patrimonial ajena mediante mandatos o prohibiciones que tratan de restablecer el orden jurídico y la paz social. En ocasiones, el ordenamiento jurídico permite la gestión o actuación por cuenta o interés de otro por razones de conveniencia, oportunidad o necesidad. Los mecanismos que ofrece son múltiples: gestión de negocios ajenos, negocio fiduciario, delegación de deuda, fianza, mandato de crédito, pago por tercero, contrato para persona a designar, cesión de remate, etc. De todos ellos, hemos elegido la representación como base sobre la que asentar nuestro estudio.

La representación es una institución multidisciplinar, presente en todas las ramas del ordenamiento jurídico¹. Aunque surgida de la necesidad y de clara vocación práctica, ha gozado de una regulación normativa insuficiente, asentándose en aportaciones doctrinales y jurisprudenciales con escasos puntos de consenso. La confusión se filtra entre los pliegues de su estructura hasta llegar a sus cimientos, creando una indeseable maraña de conceptos. Los principios rectores del Derecho público y del privado condicionan su régimen jurídico, en especial allá donde confluyen, como ocurre en el campo del Derecho civil -Derecho de la persona, familia y sucesiones-. En cualquier caso, no debe buscarse aquí un completo análisis acerca de la representación, sino tan solo las oportunas referencias que sirvan al fin de la extralimitación en el ámbito del Derecho privado, verdadero objetivo de este trabajo.

La extralimitación puede abordarse desde una doble perspectiva: abstracta, a través del análisis de su régimen jurídico, al margen de cualquier otra institución o concepto; o al socaire de la figura llamada a acompañar. Hemos optado por

¹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, pág. 39, dice de ella que “se sitúa como un supraconcepto en la teoría general del Derecho”. También SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1-A, Directores Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1993, pág. 469.

esta segunda vía al entender que no se puede extralimitar sin más, sino por referencia a un supuesto dado, donde una persona infrinja la esfera de lo permitido. Si, por ejemplo, un letrado de la administración de justicia otorga un poder de representación a favor de abogado en un proceso civil, se estará extralimitando en el ejercicio de sus funciones, desde el momento que la ley solo le autoriza para otorgar poder *apud acta* a favor del procurador y en el ámbito de un proceso judicial concreto. Si un tutor realiza un acto dispositivo en nombre y representación de su pupilo, sin contar con la preceptiva autorización judicial, existirá extralimitación, ya que la representación que le confiere el juez necesita, por prescripción legal, una autorización adicional para actos que comprometan el patrimonio del representado. En ambos supuestos –extralimitación en el ejercicio de una función y en el ejercicio de la representación legal-, se exceden los límites de lo permitido, aunque en un caso, mediante un acto realizado en nombre propio y, en el otro, en nombre ajeno.

Mientras no exista transgresión la representación desplegará toda su fuerza económica –y tuitiva, en el campo del Derecho de la persona-; cuando se produzca, la representación entrará en crisis y el ordenamiento jurídico deberá ofrecer una solución que restablezca el justo equilibrio entre los derechos e intereses legítimos de las partes implicadas. La extralimitación comienza, por tanto, cuando aquélla acaba y constituye el único supuesto donde coexisten representación y ausencia de representación. En esta interrelación entre lo legítimo y lo ilegítimo, la actuación representativa se producirá unas veces dentro de los límites del poder (representación); otras, nacerá dentro de ellos y, llegados a un punto, los rebasará (extralimitación); o surgirá directamente en terreno ilegítimo (inexistencia de poder).

Desde el punto de vista legal, no existe una regulación sistemática de la materia y las escasas normas con las que cuenta nuestro Código Civil las conforman el art. 1259 y otras dispersas entre las instituciones que encarnan la representación legal. Las numerosas lagunas que presenta el art. 1259 CC se suplen con la normativa que el Título IX del Libro IV C.C. dedica al mandato, aun cuando el contrato causal sea otro, por la tradicional confusión existente entre poder y

mandato, y por ser la reglamentación que mejor responde a la naturaleza representativa².

Pese a su corta extensión, la redacción del art. 1259 CC está plagada de dudas interpretativas: no concreta la naturaleza del negocio jurídico pseudo-representativo; sanciona la nulidad de dicho negocio, a pesar de las críticas casi unánimes de doctrina y jurisprudencia respecto de la calificación jurídica empleada; permite la ratificación del principal como medio para validar un negocio celebrado en su interés, aunque no existe acuerdo doctrinal en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico o su aplicación al ámbito de la representación legal; introduce un límite temporal impreciso para su ejercicio, como es la revocación por la otra parte contratante; calla acerca del régimen de responsabilidad exigible y provoca enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tipo de acción que puede utilizar el tercero cocontratante.

Las normas del contrato de mandato regulan las relaciones internas entre mandante y mandatario, pero no están pensadas para el doble juego *ad intra/ad extra* en que se desenvuelve la representación. Proscriben el traspaso de los límites del mandato y tratan de determinar cuál de los dos –mandante o mandatario- es el obligado en caso de extralimitación; sin embargo, son preceptos pensados para el ámbito contractual, no regulan adecuadamente el régimen de responsabilidad de los sujetos intervinientes e introducen una distinción –negada por un importante sector doctrinal³- entre instrucciones de gestión (o simplemente *instrucciones*) y límites.

² PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Parte General: Sujeto y Objeto de Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979, pág. 955, dice que si bien el precepto parece referirse sólo al caso del representante que actúa sin ningún tipo de poder de representación, al mismo se equipara el del representante que actúa con un poder insuficiente con base a lo expuesto en el art. 1727-2 CC a cuyo tenor “en lo que el mandatario (o representante) se haya excedido, no queda obligado el mandante (o representado) sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente”.

³ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, nº 36, 1978, pág. 96; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 4ª edición, RDP, Madrid, 1992, pág. 2601; PERÉ RALUY, en Comentarios a la obra de MINERVINI, G., *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por José PERÉ RALUY, José María Bosch Editor, Barcelona, 1959, págs. 115 y 116; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la*

Tampoco existe una regulación legal específica que permita discriminar la extralimitación de la inexistencia, la extinción y el abuso de poder. La legislación nacional y el Derecho comparado ofrecen una visión de conjunto de estos conceptos, asimilándolos a efectos prácticos. Postura refrendada por gran parte de la doctrina patria⁴, que hace prevalecer el resultado sobre los medios para alcanzarlo. Que son realidades diferentes parece algo evidente: tanto inexistencia como extinción comportan falta de poder, abuso y extralimitación un uso indebido; las primeras son fácilmente identificables -el poder se tiene o no se tiene-, mientras que los otros requieren una prueba más elaborada, donde son determinantes las circunstancias del caso y la voluntad del *dominus negotii*; el abuso respeta los límites formales del poder y vulnera el interés del principal, mientras que la extralimitación, aun afectando al interés, exige un traspaso de límites. Estas y otras cuestiones permiten plantearnos si existe base suficiente para someterla a un tratamiento jurídico autónomo.

Por último, analizaremos cuáles son las consecuencias derivadas de la extralimitación: las que marcan el artículo 1259.2 CC y el contrato de mandato, o si admite otras soluciones por parte del ordenamiento jurídico. Si toda extralimitación deriva en sanción o cabe la posibilidad de reconducir el poder a los límites del *animus domini*. La teoría de la apariencia, desarrollada por Antonio Gordillo y de gran aceptación jurisprudencial, ofrece respuestas de interés, donde la falta de legitimación, amparada en la actitud del representado y refrendada por la del representante, provocan en el tercero la confianza legítima de un poder que no existe, y dan lugar a un conflicto de intereses entre principal y tercero que se decanta a favor de éste por aplicación del principio de seguridad en el tráfico. Nos servirá de punto de apoyo para estudiar la

culpa del deudor en la obligación civil, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 523 y ss., quien comienza diciendo que “hay a primera vista importantes diferencias” para luego rebatirlas.

⁴ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 131 y 132; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación”, ADC, Volumen 11, nº 3, 1958, págs. 792 y 793; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general, Volumen tercero, Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid 2000, pág. 300; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil, Vol. I*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 361; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, 1ª edición, editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010, art. 1714, pág. 1854.

problemática suscitada en torno al riesgo creado por el principal. El tema de la *utiliter gestum* permite cuestionarse si, a pesar de la extralimitación formal o incluso sin la necesaria autorización habilitante, puede mantenerse la validez íntegra del negocio jurídico representativo. Un escenario donde adquiere especial relieve la labor desarrollada por la interpretación e integración de la voluntad negocial.

A la vista de lo que acabamos de apuntar, dedicaremos la primera parte de nuestra obra a exponer el escenario donde se va a desarrollar la extralimitación, es decir, la representación; la propia dinámica del negocio extralimitado, con el doble juego de relaciones *representado/representante* y *representante/tercero*, nos muestra un escenario más complejo y, a la vez, más rico en matices que el negocio simple celebrado entre acreedor y deudor que actúan en nombre e interés propio. A continuación trataremos de deslindar la extralimitación de las restantes figuras que la doctrina analiza bajo la denominación “falsa procuración” y “representación sin poder”, para acabar con un análisis de la extralimitación en la representación voluntaria: en qué consiste y su régimen jurídico. De este modo intentaremos ver si existe base legal, jurisprudencial y doctrinal para gozar de una regulación autónoma.

La segunda parte se centrará en las peculiaridades de la extralimitación en la representación legal, en la orgánica y en los poderes preventivos, destacando aquellos aspectos que difieren respecto al régimen general de la representación voluntaria.

PRIMERA PARTE

LA EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

(SECCIÓN PRIMERA)

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN. ELEMENTOS Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS

I. CONCEPTO

La atención que doctrina, jurisprudencia y el propio legislador han prestado a la extralimitación es realmente insuficiente. Diluida en el heterogéneo grupo de la falsa representación, carece de regulación individualizada y el escaso tratamiento recibido no ha servido para marcar diferencias con sus compañeros de viaje. La doctrina da por supuesto su concepto y no suele ofrecer una definición. Preocupa más identificarla que individualizarla, para así aplicar las consecuencias jurídicas que comparte con inexistencia, extinción y abuso de poder⁵.

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., unas veces habla de “poder de representación insuficiente en relación con el acto que se pretende celebrar” (“Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1259, pág. 439) y otras dice que se origina cuando “el apoderado traspasa los límites del poder” (“La representación...”, pág. 198); para ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General. Vol. Segundo. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág. 407, “los límites del poder son el borde de su extensión; y el representante no puede sobrepasarlos”, por lo que habrá extralimitación cuando se sobrepasan los límites del poder; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación*, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, pág. 62, habla de “transgresión de poderes”; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, 1ª edición, Edit. Civitas, Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, pág. 202, alude a “traspaso del ámbito de legitimación”; TENA ARREGUI, R., y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO, E., “La firma electrónica ¿un poder al portador?”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Referencia D-155, Tomo 5, Edit. La Ley, 2001, pág. 4, de “actuación al margen del contenido del poder”. Mientras que HERRERA CAMPOS, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coord. Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, 4ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 541; DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado de la persona*, Coord. Pedro DE PABLO CONTRERAS, 3ª edición, Edit. Colex, Madrid, 2008, pág. 282; PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 361; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, pág. 954, utilizan el término “poder insuficiente”. No obstante, HERRERA CAMPOS, *ut supra*, también alude a “extralimitación” y a “exceso”.

Del lado de la extralimitación se emplean los términos insuficiencia, traspaso, transgresión o sobrepasar, referidos a la extensión o límites del poder, mientras que del lado representativo se utilizan indistintamente poder, representación y legitimación.

Tras muchos años de evolución doctrinal y jurisprudencial, sabemos que la terminología utilizada para referir este fenómeno jurídico⁶ adolece de una notable imprecisión, usando indistintamente la palabra *representación* junto a otras como *mandato*, *poder de legitimación*, *poder de representación* o *gestión representativa*, y que solo en parte logró corregir la labor desarrollada por la Pandectística alemana durante el siglo XIX, con la separación entre poder y mandato. Pues bien, esta falta de claridad adquiere especial protagonismo en la extralimitación, donde a la confusión terminológica de la representación se añade otra como la apuntada, quizá por no existir una razón práctica que lo justifique⁷.

Etimológicamente, el término extralimitación es el resultado de la unión del adverbio *extra*⁸ (de fuera) y del sustantivo *límite*⁹ (frontera). El diccionario de la

⁶ Del que hablan LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, págs. 270 y 277; SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", pág. 467; o Díez-Picazo, L., *La representación...*, pág. 33 —empleando la expresión "fenómeno representativo"; aunque también la denomina "fenómeno" en la pág. 475 de su obra Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012; y "situación jurídica", en la pág. 64 de *La representación*, op.cit.-.

⁷ SERNA MEROÑO, E., *ut supra*, págs. 503 y 504, asegura que tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina consideran que son equiparables las situaciones que se crean con la actuación de un *falsus procurator*, esto es, aquel que actúa en nombre de otro y que carece en absoluto de poder, y el del apoderado que traspasa los límites del poder conferido; circunstancia que se justifica porque los negocios realizados en uno y otro caso son, en principio, ineficaces para el representado, aunque cabe la posibilidad de una posterior ratificación, en cuyo caso dichos actos sí repercutirán en su esfera jurídica.

⁸ Que se origina a partir de "extrad". Para Corominas, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Edit. Gredos, Madrid, 1961, *extra* es una preposición latina con el significado "fuera de", que ha alcanzado considerable empleo en castellano como prefijo, así como en algún uso preposicional, y también, más recientemente, como adjetivo y sustantivo.

⁹ Viene del latín *limes*, cuyo genitivo es *limitis* (frontera, borde). Originalmente se refería a un sendero que separaba una propiedad de otra. Así "pasarse del límite" sería entrar en propiedad ajena. Ver VVAA Diccionario on line, en <http://www.etimologías.dechile.net/>. En el mismo sentido Corominas, J., *Breve diccionario etimológico...*, que alude a "sendero entre dos campos".

RAE¹⁰, la define como la acción y efecto de extralimitarse, es decir, excederse en el uso de facultades o atribuciones. Mientras que exceder supone propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable.

Desde un punto de vista jurídico límite es sinónimo de término, confín o lindero de reinos, provincias, posesiones, etc., y limitar significa fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno¹¹.

Podemos decir, por tanto, que la extralimitación es la transgresión de las facultades, derechos o potestades que hayan sido legítimamente conferidos a un sujeto.

Ahora bien, observamos una discordancia entre el origen etimológico y su definición. Etimológicamente extralimitación supone actuar fuera de los límites y puede obrar así tanto el que inicia su actuación dentro de los límites del poder y, llegados a un punto, los sobrepasa; como quien directamente inicia el acto o negocio jurídico más allá de esos límites, deslegitimado *ab initio*.

El concepto de extralimitación apuntado es más restringido porque solo se extralimita quien traspasa, quien sale fuera de lo permitido¹², guardando similitud solo con la primera de las dos acepciones. En cambio, la segunda de las acepciones equivale a la inexistencia de poder, ya que pese a la apariencia formal nunca se actuó legítimamente.

Aunque el diccionario RAE identifique transgresión y traspaso –acepción sexta-, no podemos aceptar esta equiparación desde el punto de vista jurídico, porque la transgresión es la acción y efecto de transgredir -quebrantar, violar un precepto, ley o estatuto- y posee un carácter más genérico, equivalente a

¹⁰ VVAA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea], Madrid: Espasa, 2014.

¹¹ VVAA, *Diccionario jurídico básico*, Segunda edición, Coordinador Miguel Ángel DEL ARCO TORRES, Editorial Comares, Granada, abril 1989, pág. 230.

¹² Aunque resulte una obviedad, para salir previamente es necesario estar dentro. Corominas, en su diccionario crítico y etimológico, identifica *exceder* con *salir*.

infracción. Ciertamente la extralimitación participa de la naturaleza de las infracciones¹³, pero constituye una *species facti* caracterizada por los límites del apoderamiento. Y en este sentido comete infracción el representante que quebranta cualquier aspecto de la legitimación conferida, transformando la actuación legítima en actividad ilegítima. Pero dependiendo de que esa transgresión respete o no los límites del poder, la infracción admitiría dos variantes: abuso, cuando se contraría el interés pero se respetan los límites formales; y extralimitación, cuando se infringen los límites desde un punto de vista formal o sustancial¹⁴.

II. LA EXTRALIMITACIÓN EN EL MARCO DE LA REPRESENTACIÓN

Para hablar acerca de la extralimitación necesitamos aclarar previamente determinados conceptos que se han utilizado como sinónimos y cuya distinción influyen en aquélla, ya que no siempre que se extralimita el poder existe representación ni toda extralimitación en la representación comporta infracción de un poder, entendido en sentido técnico-jurídico.

La representación, y no el poder o el mandato, es la base de nuestro estudio acerca de la extralimitación, ya que planteamos un escenario donde es necesaria la presencia de terceros afectados por el uso que el representante haga del poder, al tiempo que resulta intrascendente a los fines que nos ocupan el marco legal que la justifique (negocio unilateral de apoderamiento, contrato de gestión, norma jurídica, resolución procesal, etc.).

¹³ Según el diccionario RAE: "Quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal."

¹⁴ Los arts. 1989 y 2967 CC de Napoleón y de Luisiana, respectivamente, consideran "exceso de poder" lo que se hace en contra del mandato. Estos textos han tenido gran influencia en nuestro actual Código. Ver PETIT, C., "España y el Code Napoleón", ADC, Fascículo 4, 2008, págs. 1826 y ss; GAYA SICILIA, R., "La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española", ADC, tomo LXIII, Fascículo II, 2010, pág. 739; PARISE, A., El Código civil de Luisiana y la Codificación civil hispánica: Diseminación del texto americano mediante la inclusión en el proyecto de García Goyena, Investigaciones nº 6, 2009, en <http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1434/1838>. El art. 161 CC de Perú distingue al representante que excede los límites de las facultades conferidas del que las viola; en el mismo sentido, los actuales arts. 2565 del CC Federal de Méjico y 7782 del CC del Estado de Méjico, diferencian entre mandatario que excede los límites del encargo del mandatario que viola dichos límites.

La extralimitación coexiste, además, con la representación, toda vez que el acto o negocio *extra limes* siempre contendrá una parte legitimada, amparada por ésta, aunque el negocio representativo resulte indivisible y jurídicamente no sea posible fraccionarlo.

II. 1.- Poder, representación y mandato. Apunte histórico justificativo de la distinción

La confusión entre poder, representación y mandato ha sido una constante en el mundo jurídico hasta la labor desarrollada por la Pandectística alemana durante el siglo XIX. El Derecho romano no llegó a formular los conceptos de poder ni de representación y el Derecho común no los contempla de manera autónoma hasta el siglo XVII. Hasta esa época se consideraba la representación a la luz de las relaciones causales eligiendo, de las distintas figuras apropiadas para tal fin, la más importante: el mandato. Aún hoy en día, desligados conceptualmente, no existe una regulación autónoma y la normativa del contrato de mandato sigue siendo supletoria en las numerosas lagunas legales que presentan el poder y la representación dentro del Derecho español.

II. 1.1.- En el Derecho romano

El poder y la representación, tal como se entienden en la actualidad, no han sido elaborados por el Derecho romano, aunque sus orígenes hay que buscarlos en él¹⁵. El formalismo de las *legis actiones* impedía toda sustitución de personas en el proceso romano, salvo excepciones. La regla general fue la inadmisión de la actuación *alieno nomine*, pero se aceptó en algunas ocasiones: por causas de interés público *–pro populo–*; cuando se discutía el estado de libertad de una persona *–pro libértate–*; en interés de un pupilo *–pro tutela–*; y de hurto a favor de

¹⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 42, afirma que el poder era una institución prácticamente desconocida del Derecho romano e intermedio, cuya importancia dogmática es fruto de la organización de un sistema público de autenticidad del poder en el Estado moderno.

prisionero de guerra, ausente por causa de la república o pupilo con tutor impedido –*ex lege Hostilia*-. En este último ya se distingue entre representante y representado, algo discutible en los otros tres casos¹⁶.

El proceso formulario fue admitiendo progresivamente la representación legal – tutores, curadores y síndicos- y la voluntaria. La representación legal ya en esta época era sinónima de representación directa. La voluntaria dio lugar a las figuras del *cognitor*, representante nombrado en presencia del adversario, con formalidades legales, y del *procurator*, nombrado sin formalidades. En el primer caso la acción se consumía con su ejercicio, pero en el segundo no. La acción ejecutiva no correspondía al representado sino al *procurator*¹⁷.

El procurador romano, figura derivada del mayordomo familiar –que como *servus* carecía de personalidad-, extendió sus poderes a la administración extrajudicial –*procurator omnium bonorum, procurator in rem suam, procuratores unius rei*-, es decir, al *ius civile*, pero nunca tuvo mandato. Sufrió una evolución inversa a la del mandatario, en beneficio de éste. El mandato, por su parte, fue un instituto del *ius gentium*, a través del cual se realizaron las mismas operaciones que en el *ius civile*, pero consensuales y sobre objeto único¹⁸.

Durante la época justiniana tanto la procura como el mandato admitieron el poder general y el especial –a diferencia de la época clásica, en la que la procura solo admitía el poder general-, y aunque llegaron a superponerse nunca fueron considerados como sinónimos. Se empleó la palabra “procurator” para designar al sustituto del principal en las relaciones externas, mientras que en las internas

¹⁶ PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación en el derecho histórico*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, nº 12, 1994, págs. 213 y 214; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 10.

¹⁷ Según PÉREZ MARTÍN, A., *ut supra*, págs. 214 y 215, en el ámbito procesal el proceso formulario fue admitiendo progresivamente la representación voluntaria y la legal. Dentro de la primera se distinguía, a su vez, entre el *cognitor*, o representante nombrado en presencia de la contraparte con arreglo a determinadas formalidades, y el *procurator*, nombrado sin formalidades. El ejercicio de la acción por el *procurator* no se consumía para el demandante, que podría volver a ejercitarla, aunque para evitarlo se le exigió la prestación de caución pretoria de que su representado aceptaría el resultado de la sentencia y no volvería a reclamar. La acción ejecutiva derivada de sentencia correspondía directamente al *procurator*, no al representado. Sin embargo, cuando había sido nombrado personalmente o desde el principio del proceso, la jurisprudencia de la última época lo equiparó al *cognitor*.

¹⁸ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 12 a 15.

se utilizó la de “mandato”¹⁹, creándose así un plano *ad intra* y otro *ad extra*²⁰ que pesaría durante siglos en la concepción de la representación.

En el ámbito civil se negó la representación directa, salvo excepciones, así como los contratos a favor de terceros; en cambio, fue admitida la representación indirecta²¹. Un sector de la doctrina considera la dignidad personal como motivo del rechazo, al estimar el acto poco noble²²; mientras que para otros se debió al conservadurismo y al riguroso formalismo en la adquisición de las obligaciones²³. Pérez Martín, en cambio, defiende dos razones: por un lado, repugnaba que la voluntad del *pater familias* se delegara en persona extraña; por otro, nunca tuvo necesidad de proceder de este modo: al principio toda la vida económica se desenvolvía en el ámbito familiar y, más tarde, al imponerse la economía de mercado, los esclavos o personas sometidas a su poder solo adquirirían

¹⁹ NÚÑEZ LAGOS, R., *ut supra*, pág. 18.

²⁰ ARCOS VIEIRA, M^a.L., *El Mandato de Crédito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 26.

²¹ DÍAZ BAUTISTA, A., *Manual de Derecho Romano*, Tercera edición, Editorial Diego Marín, Barcelona, 1992, págs. 142 y 455, señala que la representación directa solo fue admitida en el Derecho romano a través de descendientes *alieni iuris*, cuando había *iussum*, o de esclavos que actuaban en un negocio con consentimiento de su padre o dueño. Sin embargo, logró que en algunos negocios realizados a través de personas no sometidas, se dieran unos efectos similares a los de la representación directa (*acciones institoria y exercitoria* cuando había *praepositio*). Para CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Volumen II*, Editorial Reus, Madrid, 1987, págs. 856-858, el D. Romano no conoció la representación directa, a la que el autor consideraba auténtica representación, ni en la fase bizantina, tan solo la indirecta, aunque se admitieron múltiples excepciones -que DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, cita en la pág. 27: adquisiciones de los *servi* y de los *fili*, *actio institoria* y *actio exercitoria* y la representación *in adquirenda possessione*-; tampoco fue conocida por el antiguo Derecho alemán. HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, traducida del alemán por Luis SANCHO SERAL, *Revista de Derecho Privado, Serie B, Volumen XIII*, Madrid, 1930, págs. 15 y 16, afirma que el Derecho romano no llegó a formular los conceptos de poder ni de representación. NÚÑEZ LAGOS, R., *ut supra*..., pág. 40, opina lo contrario: “Estudios recientes acerca del *procurator* y de la gestión de negocios nos han puesto de manifiesto que este desplazamiento *directo* de efectos se producía, si no en todos, en la mayoría de los casos de ratificación de las actividades del *procurator*”. Obsérvese que este último autor concibe la ratificación como un apoderamiento *a posteriori* (pág. 30). En opinión de PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación...* pág. 220, Wenger y Levy defienden que en la práctica se admitió la representación directa en todos los campos, aunque no se llegara a construir dogmáticamente, por lo que la inclusión de la regla negativa en la compilación justiniana no tenía valor práctico sino como residuo histórico. SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V., “Reflexiones sobre la representación en el Derecho romano clásico y sobre la *actio ad exemplum institoriae*”, *Revista General de Derecho Romano*, nº 19, 2012, págs. 2 y 3, opina que la representación directa en Roma guarda una serie de características especiales que la separan de la moderna representación directa. La diferencia fundamental radica en que los efectos del negocio jurídico no solo se producen para el representado sino también para el representante. El Derecho romano sí reconoció y aceptó la figura del nuncio o mensajero, mero transmisor de la voluntad emitida por el mandante, lo que indujo a Savigny a identificarlo con el representante y mantener que el Derecho romano admitió la representación directa.

²² PÉREZ MARTÍN, A., *ut supra*..., págs. 216 a 220, citando a Laband, Mitteis o Ungen.

²³ PÉREZ MARTÍN, A., *ut supra*, citando a Weber o Wenger.

derechos, nunca obligaciones. No obstante, como el tercero quedaba desprotegido y podía retraerse de contratar con ellos, el derecho pretorio suministró diversos mecanismos para ampararle: *actiones adiectitiae qualitatis* y *actio quod iussu* -que eran acciones supletorias-, e incluso una acción directa, *pro socio*, cuando el hijo había actuado con mandato del padre. Con el tiempo fueron apareciendo más acciones: *actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quasi institoria*, *actio utilis ad exemplum actionis institoriae*.

II. 1.2.- En el Derecho intermedio

El desarrollo de la representación, desde el Derecho romano hasta nuestros días, ha encontrado dos importantes puntos de apoyo: el Derecho canónico²⁴ y el Derecho mercantil²⁵. El primero acogió la institución de la representación desprovista de las limitaciones del Derecho romano. El Decreto de Graciano, seguido por las Decretales de Gregorio IX, promulgadas en 1234, permitieron que tanto la celebración de matrimonio²⁶ como el acto de investidura de un clérigo, ausente de un beneficio eclesiástico, pudiesen ser celebrados por medio de otro.

Serna Meroño afirma, con apoyo en *Müller y Schioppa*, que su admisión en esta época no se limitó a casos particulares como los apuntados, sino que alcanzó el rango de principio general²⁷.

²⁴ Afirma DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, Volumen primero, Introducción y Parte General, Derecho de las personas, Derechos reales y Posesión*, traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española, por Ramón SERRANO SÚÑER y por José SANTA-CRUZ TIEJEIRO, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1931, pág. 275, que el Derecho moderno, continuando la tradición canónica, que admitió y favoreció el principio de que cada uno puede hacer por medio de otros lo que podría hacer por sí mismo, sigue en el sistema opuesto al que regía en el Derecho romano.

²⁵ Para COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil, Tomo I, Introducción - Estado Civil -Domicilio y Ausencia*, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo DE BUEN, Tercera edición, revisada y puesta al día en la parte española por José CASTÁN TOBEÑAS y por José María CASTÁN VÁZQUEZ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, págs. 210 y 211, la concepción de la representación fue obra del antiguo Derecho francés.

²⁶ Este es el precedente del art. 55 de nuestro CC, que admite el matrimonio por poderes, y del canon 1105 del CDC 25 enero 1983, que permite el matrimonio por medio de procurador.

²⁷ SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", pág. 472.

Se llegó a consentir que cuando faltase mandato al representante, la ratificación del ausente pudiera desplegar sus efectos naturales²⁸. Por ello se ha llegado a afirmar que los alemanes no inventaron el concepto de representación sino que “adaptaron y secularizaron categorías específicamente teológicas y particularmente escolásticas”²⁹.

En cuanto al segundo apoyo mencionado, se ha asegurado que “si en algún instituto jurídico se puede comprobar aquella visión autocomplaciente que la vieja doctrina (*Goldschmidt, Riesser*) tenía del Derecho mercantil como supuestamente llamado a cumplir la misión histórica de <<adelantado>> del Derecho civil, éste sería sin duda el de la representación jurídica”³⁰. De hecho, fueron las necesidades del comercio las que lograron que desde Justiniano se fuese abriendo paso la representación directa en el Derecho bizantino. Y fue también el derecho comercial quien sintió mayor necesidad de romper la relación entre poder, representación y mandato. En esta época intermedia la representación seguía siendo estudiada al amparo del mandato, al concebirse como la cara externa de la relación contractual, a la que se sumaba la cara interna, formada por las obligaciones del mandatario³¹.

Esta confusión, propiciada por el propio desarrollo del comercio, la expansión de la figura del mandato, y una escasa y deficiente regulación normativa, pasó a los códigos más antiguos: Código General de Prusia de 1794 -*Allgemeines*

²⁸ NEGRO COSTEA, J.L., *Representación, mandato y poder*, Ministerio de Defensa, Escuela Militar de Intervención, Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar, Catálogo General de Publicaciones Oficiales del BOE, Madrid, mayo de 2010, págs. 17 y 18.

²⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, Tomo II*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 1115. En ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 93, asegura que la noción representativa del mandato “parece originarse en el derecho mercantil en la figura jurisprudencial de la teoría del factor notorio”.

³⁰ GONDRA ROMERO, J.M., “La contribución del Derecho Mercantil a la dogmática general de la representación”, en *La representación en el derecho*, Coord. Rafael DEL ÁGUILA TEJERINA, Universidad Autónoma de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, pág. 196.

³¹ Nótese que hasta tiempos recientes no existe una división sistemática entre Derecho civil y mercantil, pero junto a figuras tradicionalmente vinculadas al ámbito civil también coexistían otras que reclaman para sí los mercantilistas. Es el caso del *institor*, figura ya presente en el Derecho romano, ejercida por el *pater familias*, pero que en la Edad Media recibe el nombre de factor mercantil, y es en la Glosa y en los comentarios de Bártolo –una vez admitida la representación directa como principio vigente-, cuando se distingue entre *institor* –o factor mercantil- y *procurator*, en función del carácter lucrativo u oneroso del negocio encomendado. Ver, GONDRA ROMERO, *ut supra*, págs. 198 y 199.

Landrecht (ALR)-, Código Civil austriaco de 1811 y al Código Civil francés de 1804, de la mano de *Pothier*. En ellos la representación seguía siendo concebida como un aspecto del negocio de mandato y el poder del representante como una derivación de aquél. En este sentido, se ha sostenido que “el Código civil francés no construyó una teoría general de la representación sino que, fiel a la tradición romana, pese a ser hijo de la Revolución, sólo trató del mandato y de la gestión de negocios ajenos”³².

Fue el código prusiano el que primero dio a entender que el mandato no constituye la única forma de gestión capaz de dar lugar a un poder de representación.

II. 1.3.- La labor desarrollada por la Pandectística alemana³³

Para comprender mejor el papel desempeñado por la doctrina alemana en la elaboración de la teoría de la representación y la influencia que tuvo el Derecho mercantil, es necesario hacer un breve repaso de los acontecimientos acaecidos en Alemania desde la Edad Media hasta la segunda mitad del siglo XIX.

Como en todo el territorio de influencia romano-germánica, a lo largo de la Edad Media el Derecho mercantil alemán fue evolucionando hacia un Derecho estatutario. Alemania experimentó, como tantos otros países europeos, las consecuencias del florecimiento de la actividad comercial desarrollada por los mercaderes italianos, lo que dio lugar a la recepción en el Derecho germano de instituciones mercantiles configuradas en Italia. Proceden de esa época expresiones italianas que han quedado en la terminología mercantil alemana, como es el caso del poder general o *Prokura*. Tras la Guerra de los Treinta Años es Francia quien impone la nueva pauta que sirve de guía al Derecho alemán, mediante la Ordenanza de comercio de 1673 y la Ordenanza de la marina de 1681, dictadas durante el reinado de Luis XIV. Estas ordenanzas fueron el

³² NEGRO COSTEA, J.L., *Representación, mandato y poder...*, pág. 19.

³³ Según HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 16, el Derecho común y el canónico acogieron el principio de representación, a través de la máxima *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*, aunque no se formuló una teoría general hasta la segunda mitad del siglo XIX gracias a la labor de los juristas alemanes.

fundamento del Código de comercio francés de 1807, que rigió en varios estados europeos dominados por Francia y en parte del territorio alemán, en concreto *Renania, Renania-Hese, Renania-Palatinado y Baden*. La primera codificación realizada en territorio germánico tuvo lugar en Prusia con el Derecho nacional general (*ALR*), de 5 de febrero de 1794. Diez años antes de la unificación de los pueblos germánicos, el 31 de mayo de 1861, se aprobó el Código de comercio general germánico –*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB)*–, precedente del actual Código General de Comercio alemán o *Handelsgesetzbuch* (también conocido como *HGB*) de 10 de mayo de 1897, y que entró en vigor el 1 de enero de 1900³⁴.

En esta época tuvieron lugar en Alemania dos procesos paralelos: la reelaboración doctrinal de la representación y la codificación. Fueron los Pandectistas los encargados de elaborar una teoría general, en torno a 1860. Doctrinalmente, se atribuye a *Laband* la distinción conceptual entre mandato y poder, aunque con anterioridad *Ihering* y *Hunger* trataron sin éxito de deslindar ambas figuras. En 1866 *Laband* publicó el trabajo en el que negó la vinculación entre mandato y poder, diciendo que no constituyen distintas caras de la misma moneda sino dos relaciones diferentes que solo coinciden ocasionalmente. *Laband*, siguiendo a *Schliemann*, admitió el mandato sin poder, al constituir el modo genuino de expresarse tanto en el Derecho romano como en el Derecho mercantil de la época; aunque negó la figura del “mandato con facultades representativas”, que constituiría una subdivisión donde el poder cualificaría el mandato. *Laband* admitió la existencia de poderes sin mandato, como es el caso del factor mercantil, del socio colectivo, del socio gestor de una sociedad comanditaria, del presidente de una anónima, del naviero y otras personas, que tienen poder de representación aunque no exista mandato. Finalmente llegó a la conclusión de que mandato y poder son dos negocios jurídicos con diferentes presupuestos, diferente contenido y diferentes efectos³⁵.

³⁴ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., *Código de Comercio alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, págs. 15 a 19.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 35, 36 y 37. Según el jurista español, *Windscheid* distingue mandato y poder diciendo que “mandato significa que uno debe o está obligado a hacer algo” y “poder supone que uno tiene la potestad de hacer”. Para el autor germano el mandato da lugar a una relación obligatoria y el poder implica facultad, constituyendo

Pero fue el régimen de la representación mercantil en el Código de comercio alemán de 1861 (*ADHGB*) la verdadera fuente de inspiración de su teoría³⁶. La predeterminación legal del contenido de los apoderamientos mercantiles era lo que hacía más evidente la distinción entre el poder y la relación causal subyacente, entre lo que el apoderado estaba legitimado para hacer (*posse, können*) y lo que le era lícito hacer (*licere, dürfen*). El éxito de la tesis de *Laband* no se basó solo en la fuerza convincente de su argumentación sino también en la necesidad de reforzar la seguridad del tráfico económico. La protección de los terceros se convirtió así en una prioridad absoluta, a costa de la seguridad individual. Se comprendió que la representación sería impracticable en el tráfico mercantil si solamente se pudiera contar con lo convenido en la relación contractual. La celeridad del tráfico negocial no permite a los terceros comprobar si el representante ha actuado de conformidad con su poder, de ahí la necesidad de independizar el poder de representación de la relación contractual subyacente que le sirve de fundamento.

La teorización mercantilista de la Pandectística influyó decisivamente en la ordenación de las leyes civiles alemanas, a pesar de la oposición de autores como *Savigny*. Con la *Lex Miquel-Lasker*, de 1873, se inició un proceso que culminaría con la promulgación del *Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*, que entró en vigor el 1 de enero de 1900. Regula la representación en el Título Quinto, llamado “Representación y poder”, Sección Tercera “De los negocios jurídicos”, Libro I “Parte General”.

El *BGB*, influenciado también por el Derecho canónico, da un tratamiento separado a la representación, que en su concepción es una figura jurídica general, distinta del mandato, comprensiva tanto de la representación voluntaria como de la legal, y que acoge la representación directa, no la indirecta³⁷. Esta

el lado interno y externo de una misma relación, aunque admitiendo poder sin mandato y mandato sin poder.

³⁶ GONDRA ROMERO, J.M., “La contribución del Derecho Mercantil...”, pág. 202.

³⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 12, afirma, no obstante, que en la distinción entre poder, mandato y representación, los alemanes hacen que el poder pase a un discreto segundo plano, como fundamento de la representación.

concepción pasa más tarde al *ZGB* de la República Democrática Alemana y al Código Civil ruso de 1964. El derecho anglosajón, menos teórico, cubrió la finalidad a través del *trust* y de la *agency*³⁸.

La teoría general de la representación fue acogida de manera diversa en los códigos civiles que por la época comenzaban a gestarse. Se han distinguido tres grupos de códigos en función del modo en que ordenan las relaciones entre mandato y representación:

Los que no dividen entre ambos, como el *Code* Napoleón, que confunde mandato y apoderamiento –arts. 1984 y 1985-, y aquellos que siguen al francés, como el de Argentina³⁹, Bolivia, República Dominicana y Uruguay, en sus redacciones iniciales⁴⁰.

³⁸ DE LEÓN ARCE, A., “La representación”, en *Negocio jurídico y representación*, Editorial La Ley, Madrid, 1989, págs. 231 y 232. Según SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V., Representación voluntaria, Representación directa desde el Derecho romano hasta hoy, en https://www.uam.es/otros/afduam/documentos/victoria_sanson_rodriguez.pdf, pág. 12, la *agency* comprende la gestión de negocios ajenos ya sea como apoderado, en nombre ajeno, ya sea en nombre propio como mandatario, y en este caso, ya sea una *closed agency*, ya sea una *undisclosed agency* (que mantiene oculto al principal). Siempre que el *agent* esté legitimado para el acto, mediante la *authority*, se admiten los efectos directos para el principal tanto a su favor como en su contra (desde que se le conozca en la *undisclosed agency* evidentemente); por otra parte, se reconoce al tercero un derecho de elección entre el *agent* y el principal como contraparte en el contrato, y se da al principal un derecho a intervenir y exigir el cumplimiento del contrato contra el tercero, con ciertas limitaciones y con sujeción a las excepciones que el tercero podría haber opuesto al *agent*.

³⁹ El CC argentino de 1869 quizá sea el texto legal donde más clara se ve la relación entre poder, representación y mandato. Sus arts. 1º y 2ª, Título IX, dicen así: art. 1º, “el mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da á otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de hacer en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, ó una serie de actos de esta naturaleza”; art. 2º, “las disposiciones de este título son aplicables: 1º, a las representaciones necesarias, y á las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, ó determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga á las leyes especiales sobre ellas; 2º, a las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública; 3º, a las representaciones por administraciones ó liquidaciones de sociedades, en los casos que así se determine en este Código, y en el Código de Comercio; 4º, a las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación á sus padres, el sirviente en relacion a su patron, el aprendiz en relacion á su maestro, del militar en relacion á su superior, los cuales serán juzgados por las disposiciones de este título, cuando no supusiesen necesariamente con contrato entre el representante y el representado; 5º, a las representaciones por gestores oficiosos; 6º, a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan á las disposiciones del Código de procedimientos; 7º, a las representaciones por albaceas testamentarios ó dativos”. Actualmente el Derecho argentino sigue regulando la representación conjuntamente con el mandato –art. 1869-; este Código distingue entre representación legal y contractual. El actual CC argentino, promulgado el 7 de octubre de 2014, distingue la representación, Libro I, Título IV, Capítulo 8, arts. 358 a 381; y el mandato, Libro III, Título IV, Capítulo 8, arts. 1319 a 1334

⁴⁰ Desde la ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, el *Code* sí diferencia, al dedicar a la representación los arts. 1153 a 1161, ambos inclusive, manteniendo la regulación del

Los que distinguen entre mandato y representación. Es el caso del *BGB* alemán, del Código Civil suizo de las obligaciones, del Código Civil de la Federación Rusa o del Código Civil italiano de 1942⁴¹.

Y, por último, los que no regulan la representación pero permiten distinguirla del mandato, como sucede con los códigos de Colombia, Chile, Ecuador y Guatemala, entre otros⁴².

A esta clasificación podemos añadir otra, que diferencia entre Códigos Civiles que contienen una regulación más o menos detallada de la representación – como el CC del Perú de 1984, arts. 145 a 167-; y otros, que carecen de una regulación mínimamente sistemática, como el español -que dedica solo el art. 1259 CC⁴³, se remite a las normas del mandato en la voluntaria, mientras que la legal aparece diseminada entre las distintas instituciones que la encarnan-

mandato en los arts. 1984 y ss. Igual que sucede con Bolivia, cuyo Código trata la representación en los arts. 467 a 472 y el mandato los arts. 804 a 837. En cambio, el CC de la República Dominicana sigue sin dotar a la representación de una regulación independiente, remitiéndose al mandato (arts. 1984 a 2010); en el mismo sentido, el CC de Uruguay, arts. 2051 a 2101.

⁴¹ El *BGB* dedica a la representación los parágrafos 164 y ss., y al mandato los parágrafos 662 a 675b. El Código Suizo de las Obligaciones dedica al mandato los arts. 394 y ss. El Código Civil de la Federación Rusa está dividido en cuatro partes (30 noviembre 1994, 26 enero 1996, 26 noviembre 2001 y 18 diciembre 2006, respectivamente), dedicando los arts. 182 y ss. a la representación, en la parte primera; y los arts. 990 y ss. a la comisión, en la parte segunda. El Código italiano dedica a la representación los arts. 1387 a 1399, mientras que el mandato aparece en los arts. 1703 a 1730.

⁴² NEGRO COSTEA, J.L., *Representación, mandato y poder...*, págs. 20 a 23, aunque hay que hacer constar que el autor alega que el CC del Perú no contiene una regulación específica de la representación y no es cierto, como venimos señalando. El capítulo VI de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, dedica los arts. 1282 y ss. a la representación; los arts. 1131-1 y ss. del borrador de Libro I de Código Civil, de febrero de 2017, obra de M^a. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO y M^a. Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA; y los arts. 60 y ss. del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos; por lo que aunque en la actualidad no exista esta diferenciación, está prevista por el legislador.

⁴³ El contenido de este artículo, aunque insuficiente, está en íntima conexión con la regulación ofrecida por otros ordenamientos jurídicos que sí dedican una atención específica a la representación: el *Code* francés, el *BGB* alemán o el *Codice* italiano. En este sentido también la doctrina: DÍEZ-PICAZO, L., “En torno al concepto jurídico de representación”, en *La representación en el derecho*, Coordinador Rafael DEL ÁGUILA TEJERINA, Universidad Autónoma de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, pág. 311; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 50; DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891...”, art. 1259, pág. 439; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 491; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 768; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. segundo...*, págs. 384 y 385; GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VI*, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9042; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La

II. 2.- La representación en el Derecho patrio

Asegura López y López que “el fenómeno de vigencia del Derecho común en España... no se puede equiparar ni parangonar, sin más, al correlativo suceso en el Occidente europeo; la existencia de las Partidas (que son en realidad nuestro Derecho común particular...), aunque texto fuertemente romanizado, han debido suponer, en alguna medida el oscurecimiento de la aplicación y meditación directa de los textos del Corpus iuris...; añádase a ello la incidencia del Derecho Romano no justiniano, propia de las compilaciones de la época visigótica, y, finalmente, el ingrediente germánico, tan peculiar y discutido en la composición del Derecho español, para con todo componer un panorama extremadamente peculiar y complejo, de muy difícil análisis, y que en todo caso, ha de hacerse sobre fuentes autóctonas”⁴⁴.

A pesar de la escasa atención recibida a través de los siglos, la representación no se sustrae a los avatares que describe tan ilustre jurista. Menos aún el mandato, aunque muestre una acusada “falta de abolengo” como contrato autónomo en el Derecho español. La idea del mandato como contrato no aparece en nuestras leyes sino de la mano “de pretensiones eruditas y extranjerizantes de los textos más doctrinarios”, pero son Las Partidas y el Proyecto de 1851 los que se ocuparon de la materia más extensamente⁴⁵. La influencia del derecho autóctono español y las recibidas de países de nuestro

representación en los actos jurídicos” en *Lecciones de Derecho Civil, Parte General y Derecho de la Persona*, Tercera edición, Coordinador Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Editorial Diego Marín, Murcia, 2016, págs. 219 y 220; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 270; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 41; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator por no ratificación del contrato celebrado sin poder”, ID vLex: 39032554, pág. 995; SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 466 y 467; PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 350; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, pág. 929; SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo IV*, Coordinador José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Editorial Trivium, Madrid, 1995, pág. 921; BÁDENAS CARPIO, J.M., “Comentario del artículo 1259”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, Tomo II*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 2154; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 1839; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 28 y ss.

⁴⁴ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Retención y Mandato*, Studia Albornotiana, XXVII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, pág. 92.

⁴⁵ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *ut supra*, pág. 93.

entorno, han acabado de perfilar los actuales contornos del mandato y la representación en el Derecho patrio.

Desde la última etapa del Derecho romano, la regulación del contrato de mandato desaparece durante siglos, sin que puedan encontrarse referencias hasta Las Partidas. Únicamente se contempla durante este período, como excepción, la procuración, en especial la figura del personero⁴⁶. Las leyes 20 y ss. del Título XII de la Partida V recuperan la figura contractual del mandato, considerándola como manera de obligación semejante a la *fiadura*⁴⁷. Mantiene el respeto por los principios romanos, recuperando cierto protagonismo hasta el último cuarto del siglo XVIII. En este momento se inicia un proceso de revisión y evolución del contrato de mandato que culminará cien años más tarde en la normativa vigente de los arts. 1709 y ss. CC.

La regulación del mandato durante la codificación civil posee las siguientes características:

⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación...*, págs. 221, 223, 243 y 244, asegura que en el Derecho visigodo, representado por el Breviario de Alarico y por el *Liber Iudiciorum*, la figura del *procurator* se desvaloriza socialmente, prohibiéndose a obispos, presbíteros, diáconos y decuriones. El procurador sólo puede actuar con mandato previo y termina confundiendo con él y sustituyéndolo. La gestión de negocios ajenos sin mandato sigue surtiendo efectos para el dueño del negocio. Finalmente, el Derecho castellano, formado por el Fuero Real –que habla de los personeros-, también las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, las glosas y comentarios a dichos textos, distinguen entre procuración y mandato, que se habían confundido en una sola institución desde el derecho romano vulgar. ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 540, explica que el procurador, tanto si se ocupaba de negocios judiciales como extrajudiciales, actuaba en nombre y lugar de aquél a quien representaba, habiendo adquirido todos los derechos y acciones de éste, de forma inmediata y sin necesidad de cesión; los actos realizados por el procurador eran válidos hasta que al procurador le constaba la revocación de su poder; el mandatario, en cambio, actuaba en nombre propio, aunque por cuenta o utilidad de su mandante, de quien adquiriría derechos y acciones por cesión; los actos realizados por el mandatario carecían de validez desde el momento en el que el mandato hubiera sido revocado, aunque la revocación fuera ignorada por el mandatario.

⁴⁷ DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España, Parte Segunda, Del Derecho civil, Tratado Tercero, Del Derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: De las Obligaciones*, Universidad Complutense, Biblioteca Central de la Facultad de Jurisprudencia, Valencia, 1857, págs. 458 y 459. En las Partidas se dice que “se da á veces el nombre de procuración al mandato; así como el de poderdante al mandante; y el de procurador y apoderado al mandatario; pero estos nombres sirven especialmente para el caso en que el encargo se hace constar por una escritura de poderes, y no para cuando se trate en general de este contrato que entonces, sirven los nombres que antes hemos espresado”. En el mismo sentido, ARCOS VIEIRA, M^a.L., *El Mandato de Crédito...*, pág. 37.

Responde a los principios romanos, manteniéndose a principios del siglo XIX la clasificación del mandato en función del interés, con rechazo a la figura del mandato en interés exclusivo del mandatario o “consejo”.

Goza de escasa trascendencia práctica en contraposición a la procuración, que se regula de forma minuciosa en los textos de las épocas precedentes.

Recibe influencias de diversos proyectos previos al texto definitivo⁴⁸ y aportaciones de códigos extranjeros, principalmente el *Code* francés de 1804⁴⁹ y el italiano de 1865⁵⁰, aunque fueran muchos los códigos decimonónicos que lo regularon⁵¹.

⁴⁸ El proyecto de CC de 1832 definía el mandato como “convención por la que uno se encarga voluntariamente de los negocios de otro con el fin de servirle” –art. 928-, en GOROSABEL, P., *Redacción del Código Civil de España*, Tolosa, 1832. El proyecto de 1836, que ha recibido grandes elogios no solo por su calidad técnica sino también por su independencia respecto del derecho extranjero, predominando las fuentes históricas españolas y, en especial, el Derecho castellano, lo definía en el art. 1401 como aquel contrato por el que una persona da a otra el cargo de que haga alguna cosa. El proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Tomo IV*, Universidad Complutense, Madrid, 1852, lo incluye en los arts. 1602 y ss. y lo define como “un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete.”

⁴⁹ Regula el contrato de mandato en los arts. 1984 y ss. El art. 1984 dispone: “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne a une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l’acceptation du mandataire.” En términos similares se expresa el art. 783 CC del Cantón de Berna.

⁵⁰ El art. 1703 dice: “Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell’altra.”

⁵¹ El Código Civil del Perú, Lima 1852, lo incluye en el art. 1921, del Título I, Sección 5ª, Libro Tercero, bajo la rúbrica “De los contratos fundados en la confianza” y, asimilándolo a la procuración, lo define como “contrato por el cual una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo.”; su art. 1924, segundo párrafo, dice que el instrumento en que consta el mandato se llama poder. Actualmente está regulado en el Libro VII, Sección 2ª, Título IX, Capítulo Cuarto, del CC promulgado el 24 julio 1984, aprobado por decreto legislativo nº 295, y su art. 1790 dice que “por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”. El Código Civil del Estado de Jalisco, Guadalajara 1875, también lo asimila a la procuración y lo incluye en el art. 2474, dentro de las Disposiciones Generales, Capítulo I, Título Duodécimo, Libro Tercero: “El mandato ó procuración es un acto por el cual una persona dá á otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa”. En la actualidad el CC Federal de Méjico, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 mayo, 14 julio, 3 y 31 agosto 1928, dice en su art. 2546, que “el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”; mientras que el CC del Estado de Méjico, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de Méjico el 7 de junio de 2002, dice que el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta y a nombre del mandante, o sólo por la primera, los actos jurídicos que éste le encarga (art. 7764). La regulación de Jalisco es idéntica a la contenida en el CC de la Baja California y al de los Estados de S. Luis Potosi, de Sonora y de Zacatecas, que adoptaron a su vez el del territorio de la Baja California, así como idéntica es su regulación en el Código Civil del Estado de Campeche, Campeche 1872. El Código Civil del Estado de Veracruz Llave, Veracruz 1868, lo define en el art. 2057, Capítulo I, Título Trece, Libro

Sin embargo, el origen de la representación en nuestro derecho codificado no hay que buscarlo en el pensamiento jurídico francés de la época. Como se ha afirmado, no puede decirse que los artículos 1254 a 1260 CC, donde se inserta la representación, sean una prolongación del Derecho francés asimilado y españolizado; “su contenido real... está directamente enraizado con las manifestaciones autóctonas... que nos dan tanto la ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, como el principio aragonés del *Standum est chartae* o el navarro del Paramiento fuero *vienze*”⁵².

A pesar de aceptar la desvinculación entre mandato y representación, la doctrina española del último siglo ha alzado alguna voz discordante que contradice la separación absoluta entre la relación gestoría y la representación destinada a cumplir las finalidades encomendadas a aquella⁵³. Se ha llegado a afirmar que “ya no son indiscutibles la vieja y gran conquista de Laband con la neta distinción entre mandato y poder... ni el de la independencia y separación total entre negocio de concesión del poder y negocio representativo..., ni la llamada teoría de la representación, que pareció definitiva, entre y frente a otras muchas otras para explicar en el negocio representativo la participación de voluntades y cómo los efectos se producen en el representado y no en el representante”⁵⁴.

Nuestra jurisprudencia consideraba a la representación nota esencial y característica del mandato⁵⁵ hasta la STS 2 febrero 1925 (Roj: STS 979/1925; ECLI:ES:TS:1925:979), a pesar de confundir representación y poder⁵⁶. El Alto Tribunal acaba por admitir la distinción entre mandato y poder a partir de la sentencia de 16 de febrero de 1935 (Roj: STS 2566/1935; ECLI:ES:TS:1935:2566), idea que se repite en otras muchas⁵⁷. En la actualidad

Tercero, como “un contrato por el cual uno se encarga gratuitamente de dirigir ó administrar los negocios que otro le encomienda”.

⁵² RAMS ALBESA, J., “Artículo 1261”, ID vLex: 231154, pág. 4.

⁵³ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Retención y Mandato...*, págs. 102 y 103.

⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación del contrato del <<falsus procurator>>”, ADC, Fasc. 4, 1976, pág. 1065.

⁵⁵ STS 1 julio 1924 (Roj: STS 586/1924; ECLI:ES:TS:1924:586).

⁵⁶ Ocurre lo mismo en la STS 8 octubre 1927 (Roj: STS 425/1927; ECLI:ES:TS:1927/425).

⁵⁷ La STS 16 febrero 1935 (Roj: STS 2566/1935; ECLI:ES:TS:1935:2566) dice que “aun cuando frecuentemente los poderes van ligados a una relación jurídica interna, constituida de ordinario por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan ni son idénticos los principios y normas

suele acudir a la dicotomía mandato-poder para explicar la eficacia de los actos realizados por el mandatario fuera de los límites del poder⁵⁸.

II. 3.- La correlación entre mandato, poder y representación

II. 3.1.- El mandato

Para el CC, mandato es el contrato por el que una persona se obliga “a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra” (art. 1709 CC), idea que se repite en los modernos proyectos de reforma⁵⁹. Mientras que el CCCat dice que: “En el contrato de mandato, el mandatario se obliga a gestionar en nombre y por cuenta del mandante los asuntos jurídicos que este le encarga, de acuerdo con sus instrucciones” (art. 622-21.1).

La tradición normativa y la propia estructura del contrato de mandato hacen de su regulación la vía subsidiaria más adecuada donde colmar las numerosas lagunas a que nos avoca el poder, así como el medio más adecuado de que

a que respectivamente han de sujetarse el poder y la relación jurídica obligatoria que dé base a su otorgamiento”, en ARCOS VIEIRA, M^a.L., “Sobre el contrato de mandato en el Código Civil y en el Fuero Nuevo”, Universidad Pública de Navarra, Revista Jurídica de Navarra, nº 22, 1996, pág. 73. La afirmación de que esta sentencia es la primera favorable a la recepción de esta doctrina parte de PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 354, quien además de la STS de 1 diciembre 1944 señala las de 6 de marzo 1943, 21 enero 1957, 2 noviembre 1961, 28 febrero 1975, entre otras. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T. I, Vol. I, 2ª parte...*, pág. 921. SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 925, asegura que, como expresamente reconoce en la STS 22 mayo 1942 (RJ 1942/634), “las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran completamente en el mandato representativo”. Actualmente la jurisprudencia viene sosteniendo también que la representación debe ser enjuiciada con criterios propios [STS 1 marzo 1990 (RJ 1990/1656)], en base a una doctrina que arranca de la STS 6 marzo 1943 (RJ 1943/306), lo que no ha impedido confusiones relativamente recientes –véase la SAT Albacete, Sala de lo Civil, 3 mayo 1988- y resoluciones que se siguen resistiendo a admitir una independencia real del poder. Es el caso de la STS 24 febrero 1995 (RJ 1995/1135), citada por la SAP Tarragona 27 abril 2005 (Rollo 73/2004), para la que el apoderamiento (concepto formal) tiene naturaleza atípica y participa del mandato y representación voluntaria, siempre que el apoderado-representante actúe dentro de los límites del poder.

⁵⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VIII*, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, art. 1727, pág. 11796.

⁵⁹ El art. 5111-1.1 de la propuesta de libros V y VI de CC, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, propuesta APDC), dice: “Son contratos de mandato todos aquellos por los que una persona se obliga a realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por encargo de otra, por cuya cuenta actúa”

disponen los particulares para hacer surgir, en el ámbito contractual, la representación voluntaria⁶⁰.

El art. 1709 CC es una norma ciertamente imperfecta en la que las fronteras con el poder y la representación apenas se delimitan⁶¹. Pero a pesar de que el Código siga sin distinguir entre mandato y poder, como prueba el art. 1725, de su regulación normativa se deducen sus diferencias: el mandato posee carácter bilateral, y de él derivan derechos y obligaciones para mandante y mandatario de los que no puede sustraerse ninguna de las partes.

Siguiendo la inercia que ofrece la distinción entre representación directa e indirecta, un sector de la doctrina ha admitido el mandato sin poder –cuando el mandatario obra en nombre propio- y poder sin mandato –cuando nace de la ley, de una decisión judicial, contrato de sociedad, arrendamiento de servicios, donación e incluso cuando, existiendo mandato, el poder le sobrevive porque se revoca el mandato sin conocimiento de terceros o cuando poder y mandato tienen distinto alcance-.

La idea de mandato sin poder o mandato no representativo parte de la negación del mecanismo indirecto en la representación y el mandato⁶². Así, para este sector doctrinal, sería no representativo el mandato en nombre ajeno. No obstante, algunos autores cambiaron después de criterio, defendiendo que el contrato de mandato es siempre representativo, aun cuando el tipo de representación sea indirecto, ya que la distinción entre mandato y representación no deriva del hecho de obrar en nombre propio o ajeno sino de que la gestión encomendada por el mandante al mandatario exija o no relacionarse con terceros⁶³.

⁶⁰ LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil. Contratos. El Mandato. *Revistas@iustel.com*, pág. 1. Puede apreciarse cómo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (en adelante, PMCC) establece que “las relaciones *ad intra* en la representación se regulan, en primer lugar, por lo dispuesto en este Capítulo, por las que sean de aplicación según su naturaleza y, subsidiariamente, por las del contrato de mandato” (art. 1283, primer párrafo), idea que se repite en el art. 1131-1.2 del borrador de Libro I de Código Civil, de febrero de 2017 (en adelante, borrador de Libro I CC).

⁶¹ LEÓN ALONSO, J., *ut supra*, pág. 1.

⁶² La distinción que hace nuestro CC entre mandato representativo y no representativo, la recoge el CC argentino bajo la denominación mandato visible y oculto.

⁶³ DE CASTRO, F., “La representación”, en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976, págs. 105 y

En la actualidad son muchos quienes sostienen el carácter esencialmente representativo del mandato⁶⁴, aduciendo distintos tipos de argumentos:

- La regulación normativa del contrato de mandato en el CC está pensada para un tipo concreto de gestión, que desemboca en la necesaria presencia de terceros⁶⁵.
- La noción clásica de mandato como contrato se sustituye en la esfera externa por la de mandato como representación⁶⁶.
- La figura del mandato trae consigo un doble juego de relaciones: 1) Relaciones de derecho que crea entre mandante y mandatario, que revisten la forma de contrato del que emanan las obligaciones y, 2) Relaciones entre mandatario y terceros en las que se configura la representación de una persona por otra (nos referimos a la hipótesis más común de mandato representativo)⁶⁷.
- El mandatario desarrolla una actividad de cooperación externa⁶⁸. Entre otros motivos.

La idea de poder al margen del mandato está clara siempre que aquél actúa desprovisto de un contrato de gestión –poder para contraer matrimonio, poder

ss.; DE CASTRO, F., “El autocontrato en el Derecho privado español”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo I*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pág. 40. También, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág.67.

⁶⁴ HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1562, afirma que este contrato es, “contrariamente a lo que estima la doctrina española, tendencial y naturalmente representativo”.

⁶⁵ DE CASTRO, F., *ut supra*. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 225.

⁶⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 92.

⁶⁷ DÍAZ DE VIVAR, E., Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/apuntes-sobre-las-nociones-de-mandato-poder-y-representacion.pdf>, pág. 125.

⁶⁸ MINERVINI, G., *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por José PERÉ RALUY, José María Bosch Editor, Barcelona, 1959, págs. 36 y ss.

de representación procesal, etc.- o el contrato de gestión elegido es otro. No obstante, la revocación del mandato al margen del poder solo servirá de ejemplo cuando éste tenga entidad suficiente para subsistir con independencia, porque en caso contrario la extinción del contrato arrastraría al poder y el vacío sería cubierto por la aplicación de normas protectoras de los terceros de buena fe o por la protección de la apariencia.

El hecho de que el mandatario esté facultado para actuar en interés y/o en nombre del principal va implícito en la propia naturaleza de este contrato, que también obliga por la aceptación a actuar en su interés a cambio de una contraprestación –ya que pese a los términos del art. 1711 CC lo habitual es su remuneración⁶⁹-. Circunstancia que no varía por el hecho de que el mandato sea “no representativo”, pues aún en este caso la parte que recibe el encargo no defiende un interés propio y el resultado final del negocio jurídico se integrará en el patrimonio del principal, utilizando –o adelantando- fondos ajenos. Lo único que determina que el mandato sea o no representativo es que la gestión encomendada exija o no relacionarse con terceros.

Aun siendo el principal contrato de gestión sobre el que se asienta el poder, no es el único. Existen otros que también sirven al apoderamiento y a través de los cuales puede desarrollarse el esquema representativo. Es el caso, en el ámbito mercantil, de la comisión⁷⁰, y en el civil, de la sociedad, el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios⁷¹.

⁶⁹ LEÓN ALONSO, J., *Derecho Civil...*, págs. 1 y 2, dice que “es claro que en nuestros días tanto la habitualidad de la ocupación como la especialidad de ciertos servicios, han hecho surgir una clase nueva de profesionales que a menudo exige invertir la presunción legal retributiva (STS 9 julio 1991)”, resultando que “el propio Código Civil valora muy especialmente el dato de la pericia (arts. 659, 1459, 4º, 1495 o 1598, entre otros).”

⁷⁰ La propuesta de Libros V y VI de Código Civil unifica ambos contratos, mandato y comisión, en el Título XI del Libro V, bajo la rúbrica “Contratos de gestión de negocios ajenos (mandato y comisión)”.

⁷¹ La frontera entre mandato y arrendamiento de servicios no es del todo clara. Concebida por el Código Civil la gratuidad como un elemento natural del mandato, susceptible de pacto en contrario, a juicio de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Novena edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 420, es la reserva al mandatario de una actividad jurídicamente relevante uno de los criterios empleados para la distinción entre ambas figuras, asignando al arrendamiento de servicios actos de carácter material (o intelectual, en BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras”, en *Tratado de Contratos, Tomo III*, 2ª edición, coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,

II. 3.2.- El poder

II. 3.2.1.- Delimitación conceptual

La RAE identifica poder con facultad, al definirlo como “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”⁷². En el ámbito jurídico, es “la facultad otorgada al representante para que actúe en el área jurídica del representado”⁷³, así como “el acto o instrumento en que consta la facultad que uno da a otro para que en su lugar y representándolo pueda ejecutar una cosa”⁷⁴. El parágrafo 166-2 *BGB* lo define como la facultad de representación otorgada por negocio jurídico, que concede al apoderado la potestad de producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante, mediante los negocios concluidos en su nombre.

Von Thur dice que es la autorización que el representado da al representante, por medio de negocio jurídico, para que contrate en su nombre⁷⁵ o, según Díez-Picazo, para que actúe en su interés. *Sotgja*, citado por Gordillo Cañas, lo define como “comportamiento humano al cual viene atribuido por el ordenamiento un determinado efecto jurídico”⁷⁶.

editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3490). ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, pág. 2961, atiende al carácter autónomo en la gestión del mandatario, a diferencia del carácter de dependencia y sumisión de servicios propio del arrendamiento. Según COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1961, la doctrina mayoritaria entiende que la esencia del mandato se halla en la sustitución del mandante por el mandatario en la realización de una cosa o actividad, mostrándose el mandatario como el “alter ego” del mandante, mientras que la causa del arrendamiento de servicios es el cambio de un servicio por un precio, apareciendo arrendador y arrendatario como dos sujetos independientes. ARCOS VIEIRA, M^a.L., “Sobre el contrato de mandato...”, pág. 80, asegura que el contrato de servicios (o arrendamiento de servicios) ha quedado reservado por vía jurisprudencial básicamente a las relaciones contractuales establecidas entre los profesionales liberales y sus clientes, de difícil encaje en el Código cuando no versan sobre actividades de carácter representativo (caso en que pueden ser reconducidas al mandato) o cuando se trata de obligaciones de resultado (supuesto que se asimila al contrato de obra).

⁷² VVAA, Diccionario RAE, en www.rae.recursos/diccionarios/drae.

⁷³ RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de Derecho, Tomo II*, Editorial Bosch, 3^a edición, Barcelona, 2005, pág. 1045.

⁷⁴ VVAA, *Diccionario jurídico...*, pág. 283.

⁷⁵ VON THUR, A., *Tratado de obligaciones*, Ed. Reus, Madrid, 1934.

⁷⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 20.

Dejando al margen consideraciones más profundas y que merecen un estudio específico, observamos tres aspectos dignos de mención: se utiliza desde una triple perspectiva -la facultad que confiere, el acto en que se materializa y el documento donde consta-, no queda clara su naturaleza y se entremezclan los conceptos de facultad, autorización, legitimación y representación. Un claro ejemplo lo encontramos en *Ferrara*, quien por un lado dice que “el poder entra en la esfera de la legitimación y constituye un requisito legal de eficacia de los negocios jurídicos”⁷⁷ y, por otro, afirma que la legitimación posee varios sentidos, que giran en torno a la idea de la específica posición de sujeto respecto a ciertos bienes e intereses. Una de sus posibles concepciones alude a la concesión de una facultad revocable, y no de un derecho, en interés sólo del representado. “Hablamos de facultad, y no sólo de poder –dice-, porque el representante y el gestor, *iure*, y, por consiguiente, lícitamente, obran por otro. Incluso en este caso, la legitimación se halla limitada en el sentido dicho: el representante no puede ir más allá de la facultad concedida, y la gestión es posible sólo para los actos de conservación y administración”⁷⁸.

A esto se añade el empleo de términos mixtos, como poder de representación⁷⁹, y que la regulación supletoria de nuestro ordenamiento jurídico, tanto para uno como para la otra, sigue siendo la propia del contrato de mandato. Es necesario deslindar el poder de la representación para poder distinguir la extralimitación en ambos campos⁸⁰.

Con carácter previo, y con el ánimo de perfilar sus contornos algo más, veamos otros conceptos con los que interactúa:

⁷⁷ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Editorial Aguilar, Madrid, 1956, pág. 581.

⁷⁸ CARIOTA FERRARA, L., *ut supra*, págs. 528 y 531.

⁷⁹ En este caso se utiliza el poder al servicio de la representación, ya que existen otros escenarios donde el poder actúa desligado de ella, como sucede con el poder para contraer matrimonio. El CC alemán distingue entre *Vertretungsmacht* o poder de representación (parágrafo 164, párrafo 1, inciso 1) y *Vollmacht* o poder a secas (parágrafo 167, párrafo 2). También distingue entre poder y el acto de voluntad que implica el otorgamiento, es decir, el apoderamiento, que denomina *Bervollmächtigung* (parágrafo 167, párrafo 1).

⁸⁰ Asegura RIBÓ DURÁN, L., en *Diccionario de Derecho, Tomo II...*, pág. 1046, que el poder de representación es el complemento adecuado del contrato de mandato; pero mientras en éste hay una gestión encargada, en el poder hay simple facultad de representación.

- Facultad

La facultad es la posibilidad de hacer algo, implica *permisión* frente a *prohibición* y se contrapone a *obligación*⁸¹. Se ha definido como “el libre ejercicio de un acto garantizado por la ley, sea o no en provecho del que lo ejerce”⁸², identificándose con la potestad jurídica y distinguiéndola del derecho subjetivo y de la libertad de actuación que otorga la ley⁸³. Hupka la explica en contraposición a la idea de poder: el poder es la capacidad para ejecutar con éxito un acto jurídico que encierra una facultad pero que puede presentarse despojada de ésta. Cuando la facultad acompaña al poder se dice que, mientras el mandato obliga, el poder faculta. Para este autor la facultad es la licitud de obrar (un *handeln-dürfen*), mientras que el poder es una posibilidad física de obrar (un *wirken-können*)⁸⁴.

- Legitimación

La evolución doctrinal y jurisprudencial ha dejado desfasados los argumentos decimonónicos y en la actualidad lo que justifica la representación no es el poder –menos aún el mandato- sino el principio de legitimación⁸⁵.

⁸¹ MARTÍ y DE EIXALÁ, R., *Tratado elemental del Derecho Civil Romano y Español, Tomo I*, Biblioteca Episcopal de Barcelona, Imprenta de Joaquín Verdaguer, Barcelona, 1838, pág. 32, define obligación como “el estado de aquel, á quien la ley ordena que dé, haga ó deje de hacer en provecho de otro, ó sea el estado de aquel en quien recae la prohibición, que constituye un derecho personal”. En términos similares se expresa ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, La obligación y el contrato en general*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág. 13, cuando dice que es “el vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación”. Véase que ambos autores dicen lo mismo pero éste, a diferencia del primero, utiliza el término “poder” para describir el vínculo que liga a acreedor y deudor.

⁸² MARTÍ Y DE EIXALÁ, R., *ut supra*, pág. 32, quien completa la definición de “facultad” diciendo que es “una palabra muy general: comprende á la vez el poder y el derecho” (cfr. nota anterior, *in fine*).

⁸³ RIBÓ DURÁN, L., en *Diccionario de Derecho, Tomo I...*, pág. 644.

⁸⁴ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 10.

⁸⁵ Desde este punto de vista DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 129, dice que la representación es una forma específica de legitimación, entendida como idoneidad de la persona que actúa para que su acto produzca efectos jurídicos, dada la relación de dicha persona con los intereses afectados. BÁDENAS CARPIO, J.M., en “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2157, habla de legitimación de segundo grado.

La legitimación es un concepto confuso tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, que alude a la cualidad o aptitud de una persona para ejercer un derecho con plena eficacia jurídica⁸⁶. Aunque lo normal es que corresponda al titular del derecho, en determinados casos se concede a otras personas. Unas veces por sustitución –el acreedor para ejercitar la acción subrogatoria, reclamando los créditos de su deudor, art. 1111 CC; el acreedor pignoraticio para ejercitar las acciones que correspondan al dueño, para reclamar o defender contra tercero la cosa pignorada- y otras por representación. El sustituto, al igual que el representante, ejerce un derecho que no es suyo, pero la diferencia radica en que mientras el primero actúa en nombre e interés propio, el segundo lo hace en interés del principal -aunque concorra con el propio-, y todo ello con independencia de que lo haga en nombre propio o ajeno.

En el ámbito procesal, De la Oliva añade otra diferencia: el sustituto es la verdadera parte en el proceso mientras que en la representación lo es el representado. Precisamente el ámbito procesal nos sirve de buen escenario para advertir que a pesar de las similitudes entre poder o poder de representación y legitimación⁸⁷, no cabe equiparlos. Así la STS 23 diciembre 2005 (EDJ 2005/230423) dice que “no deben confundirse las cuestiones de legitimación con las de representación, ya que en el orden práctico así como la carencia de legitimación es de suyo insanable y por ello no puede ser subsanada, los defectos de representación, en cambio, pueden y deben subsanarse de acuerdo con la doctrina general sobre la subsanación en materia procesal, elaborada por el Tribunal Constitucional, y seguida por esta Sala.”

- **Autorización**

⁸⁶ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 61, la define como la justificación del ejercicio de un derecho por persona distinta de su titular.

⁸⁷ DÍAZ BARRIGA, M.C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx>, pág. 199, define la legitimación procesal como “la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos”.

La confusión terminológica entre “poder” y “autorización” está presente en el Derecho romano⁸⁸ y no es extraña en países de gran tradición técnico-jurídica⁸⁹.

Dentro de nuestras fronteras, Díez-Picazo distingue tres acepciones del término “autorización”. Entendida en sentido amplio, es aquella situación que confiere a una persona la facultad de obrar en la esfera jurídica de la primera en interés del titular de dicha esfera (arts. 444, 463, 1767, 1870 y 1942 CC). Nace de una declaración de voluntad unilateral del autorizante aunque en puridad no existiría cuando la legitimación para intervenir sea obra directa de la ley. Así configurada sería una figura amplia que comprendería a la representación y a las autorizaciones no representativas (cesión de bienes a los acreedores, la facultad de enajenar derivada de un contrato estimatorio, la delegación activa, la autorización al librador para efectuar pagos disponiendo de los bienes del librado). En sentido restringido, autorización es aquella facultad por la que una persona confiere a otra el poder de realizar negocios jurídicos dirigidos a influir en la esfera jurídica del autorizante, pero actuando el autorizante en su propio nombre (*Messineo* y *Torrente* la asemejan a la representación indirecta). Para otros, una persona faculta a otra para que ésta realice en nombre propio, en la esfera jurídica del primero, actos que sin dicha autorización resultarían ilícitos. Mientras en el apoderamiento el representante obra en nombre ajeno, la autorización otorga al autorizado la facultad de obrar en nombre propio. Desde un punto de vista más restringido aún, el concepto de apoderamiento se aplicaría a la representación directa y el de autorización a la indirecta⁹⁰.

Bádenas Carpio habla de dos tipos de autorizaciones: la autorización en su significación estricta o pura y el apoderamiento. En el negocio autorizativo en estado puro, el autorizado resulta habilitado para actuar en su propio nombre

⁸⁸ SÁNSON RODRÍGUEZ, V., *Representación voluntaria...*, pág. 13, recuerda que el Derecho romano distinguía entre poder (*potestas*) del *procurator* de actuar en lugar del *dominus* como si él mismo fuese *dominus* (*paene dominus*) y actuar por autorización del dueño (*voluntate domini*). Visto que en la antigua Roma no se admitía con carácter general la representación directa, parece que el término poder era empleado para actuar como representante indirecto del *dominus* y la autorización permitía gestionar directamente los asuntos de éste.

⁸⁹ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 29, recuerda que en la terminología germana “la autorización es el concepto genérico al cual se subordina inmediatamente el poder, y aquella es a su vez una especie de consentimiento del parágrafo 182”.

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 129 y 130.

(*agere nomine proprio*); mientras que en el apoderamiento el autorizado interviene en el tráfico jurídico en nombre ajeno (*agere nomine alieno*). Además, añade, que mientras en el apoderamiento la relación representativa se establece entre tres personas (el poderdante, el apoderado y el tercero), en la autorización la relación se circunscribe únicamente a dos (el autorizante y el autorizado) (v.gr. SSTS 22 mayo 1942, 6 marzo 1943, 11 julio 1991 o 24 febrero 1995, entre otras)⁹¹.

No creemos que la diferencia entre poder y autorización radique en el modo de actuar del autorizado, porque de aceptar esta tesis no podríamos admitir la representación indirecta; ni tampoco el esquema ofrecido, pensado solo para el apoderamiento que se ejerce frente a terceros. De hecho defendemos que poder y autorización son compatibles en el ámbito de la representación legal. El uso que en ella se hace de la autorización difiere de la concepción apuntada por Díez-Picazo y se asimila más a la ofrecida por Bádenas Carpio. Sirve de complemento al poder y se erige en *conditio sine qua non* para la validez del acto realizado por el representante.

Hablamos de poder a propósito de la representación voluntaria y legal, y de autorización en la legal y en la orgánica. El poder nace siempre del acto o negocio legitimador, ya sea la voluntad de la parte, ya sea de la ley – directamente o a través de la autoridad procesal-⁹². Cuando un particular dispone de poder es porque el poderdante ha otorgado a su favor un negocio jurídico de apoderamiento. Cuando el progenitor ostenta la representación legal de su hijo es porque la ley así lo dispone, siendo la norma positiva la que contiene el poder de representación. Cuando el tutor ejerce la representación del incapacitado es porque una resolución judicial así lo establece, de modo que el poder nace de la sentencia, que a su vez encuentra amparo legal. Este acto o negocio legitimador –apoderamiento, ley o sentencia- determina el ámbito competencial del apoderado, es decir, la extensión y límites del poder.

⁹¹ BÁDENAS CARPIO, J.M., en “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2156.

⁹² En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 131, defiende que el poder se crea en virtud de un acto de voluntad del representado que lo confiere al representante, y excepcionalmente puede derivar de la ley o venir atribuido en virtud de una decisión o resolución judicial.

Hay veces en las que determinados actos de especial trascendencia requieren de autorización, en cuyo caso, partiendo de la existencia de un poder que, como decimos, nace del negocio jurídico, de la ley o de una resolución procesal⁹³, se dicta una nueva resolución que contiene la autorización y pasa a integrar el acto legitimador, sumándose al poder, previo el cumplimiento de las garantías que marca la ley. Sin previo poder no podría existir autorización posterior. Así, dentro de la representación legal, la ley crea a veces un ámbito fijo y obligado de representación que se ejerce mediante el poder y otro variable o potestativo, solo accesible a través de la autorización. Afirma Castán que “la jurisprudencia tiene reconocida la aplicación del artículo 1259, con todas sus consecuencias, a los casos en que, si bien hay representación legal de aquel por quien se contrata, falta autorización especial para el acto de que se trate”⁹⁴.

Visto lo anterior, podemos decir que el poder es la potestad de actuar sobre la esfera personal o patrimonial ajena, que resulta amparada por la ley o por la voluntad privada. Es un concepto amplio que admite precisiones en función del fin al que atiende: poder de representación, cuando se otorga para que el apoderado actúe frente a terceros representando al principal; poder preventivo, para cubrir necesidades futuras; poder para contraer matrimonio, que muchos excluyen de la representación por servir a la figura del *nuntius* o mensajero; etc.

⁹³ Unas veces hablamos de resolución y otras de sentencia, así como de autoridad judicial o procesal ya que, con anterioridad a la nueva LJV, la única autoridad competente para nombrar representante legal y proceder, por tanto, a la determinación de esta modalidad de representación era el juez. Ahora, en cambio, comparte atribuciones con el letrado de la administración de justicia, de ahí que la competencia se haya dividido. Y tanto uno como otro ostentan la condición de autoridad. Mientras el primero puede dictar providencias, autos y sentencias, el segundo dicta decretos y diligencias. Solo podremos hablar de sentencias cuando la competencia venga atribuida al juez y sea esta la resolución adecuada, como ocurre con el proceso de incapacitación que desemboca en una declaración de falta de capacidad. Otras veces el juez resuelve mediante auto, como sucede en los expedientes de jurisdicción voluntaria de su competencia. Cuando es el letrado de la administración de justicia quien debe resolver –véase el caso del defensor judicial-, lo hará mediante decreto. En este sentido no podemos hablar siempre de sentencias, porque no todas las que dicta el juez lo son; tampoco de resoluciones judiciales, porque sería inadecuado ante resoluciones dictadas por el letrado de la administración de justicia. Por ello, mientras los términos sentencia o autoridad judicial son conceptos específicos, resolución o resolución procesal así como autoridad o autoridad procesal, poseen un matiz neutro comprensivo de todas las posibilidades que ofrece la norma.

⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, pág. 871.

II. 3.2.2.- El apoderamiento: ¿un negocio causal o abstracto?

La teoría abstracta del poder surgió de la concepción germánica de la representación. Para esta doctrina los efectos del apoderamiento derivan del negocio de concesión del poder, que no se ve influido por las vicisitudes de la relación subyacente. Admite una existencia independiente del poder, aunque paradójicamente niega su autonomía desde el momento en que lo concibe como medio instrumental al servicio de los fines que persigue la relación subyacente. Su carácter formal impide también atribuirle unos efectos autónomos dirigidos a generar relaciones jurídicas, sino a que los actos realizados por el apoderado pertenezcan al *dominus*⁹⁵. La doctrina germánica pretende hacer de la voluntad una mera relación interna, mientras que el poder regula la relación externa y en particular los efectos frente a terceros. Se trata de una concepción que se adapta a las exigencias de la representación mercantil pero encierra grandes riesgos⁹⁶. Para *Hupka* posee un contenido meramente negativo⁹⁷. El apoderamiento es un negocio con efectos organizadores, ya que no tiende a crear derechos u obligaciones, sino a ampliar la esfera de actividad de un determinado sujeto. Por ello *Zimmermann*, citado por *Hupka*, asegura que “no es el poder el que determina al representante a concluir el negocio jurídico, sino su relación interna material”⁹⁸ (es decir, el mandato, el arrendamiento de servicios, etc.).

Posee carácter unilateral y no comporta obligación, por lo que el apoderado puede ignorarlo. Esta concepción del apoderamiento arroja dos importantes consecuencias: primera, el poder es eficaz aunque su causa no exista o sea

⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 138 y 139.

⁹⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 134.

⁹⁷ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 45, dice que “es solamente condición y límite para la eficacia de la voluntad”, ejerciendo “en la formación de la voluntad del representante una mera influencia prohibitiva, negativa, en cuanto temor a las consecuencias de exceder los límites del poder”. No obstante, parece que el propio autor se contradice unas líneas más adelante, al hablar sobre el error en el contenido del negocio. Pone como ejemplo que el principal haya dado poderes para la compra de una cosa determinada. Queda claro que si una persona otorga poderes especiales para la celebración de un contrato dado, no solo está ejerciendo una “influencia negativa” en la voluntad del representado, le está diciendo “de manera positiva”, qué desea adquirir o a qué le faculta. El poder se concreta en la suma de un contenido positivo –dar, hacer o no hacer, o emitir una declaración de voluntad-, y otro negativo –no traspasar sus límites-

⁹⁸ HUPKA, J., *ut supra*.

ilícita o falsa; y segunda, aunque el apoderado viole las obligaciones derivadas de la relación causal no se produce extralimitación y, por consiguiente, su actuación es válida siempre que no se traspasen los límites formales del poder.

Como reacción frente a los abusos a los que ésta teoría conducía surgió la doctrina causalista, que defiende el carácter meramente formal del poder de representación; abarca toda actuación en nombre ajeno, cualquiera que sea el fin y el interés que persiga, de modo que el poder como tal no puede ser violado ni cabe su abuso, sino como resultado del abuso del mandato que le sirve de causa⁹⁹.

El Derecho alemán actual, siguiendo la teoría abstracta, entiende que el otorgamiento del poder comporta la modificación del estado jurídico, aún antes de su uso, por lo que constituye un negocio aparte. El art. 167 *BGB* distingue dos tipos de poder: interno, cuando la declaración del poderdante se dirige al apoderado; y externo, cuando la declaración del poderdante está dirigida al tercero. A pesar de ello se ha defendido que el poder interno solo adquiere eficacia cuando el representante lo comunica al tercero, lo que conculca el texto del art. 167, ya que según éste, el poder interno es eficaz aún sin comunicación al tercero. Se admite el carácter causal del apoderamiento cuando el poder jurídico del representante constituye la causa fundamental de su derecho, pero en muchos otros casos el poder es independiente de la relación causal. La abstracción resulta más clara en el poder externo donde no es necesario que la declaración unilateral o la comunicación dirigida al tercero hagan referencia a la relación jurídica existente, o a crear, entre poderdante y apoderado¹⁰⁰.

La doctrina española se divide a la hora de calificar el apoderamiento como un negocio causal o abstracto: unos afirman que mandato y poder, además de ser

⁹⁹ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 97. Respecto de su unilateralidad, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, T. I, Vol. I, 2ª parte...*, pág. 938, afirma que si bien es un negocio unilateral, para lograr su eficacia se requiere una aceptación expresa o tácita del representante.

¹⁰⁰ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., "La representación en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Civil Alemán", *Revista del Notariado, Doctrina*, 892, págs. 133 a 135.

conceptualmente independientes también lo son causalmente¹⁰¹, mientras que otros sostienen que el mandato constituye la causa del apoderamiento, a pesar de su independencia conceptual¹⁰². Para Díez-Picazo es evidente el carácter causal del apoderamiento y su absoluta vinculación al negocio básico subyacente, sin perjuicio de resolver el problema que plantea la seguridad del tráfico jurídico respecto de terceros. En este punto exige diferenciar nítidamente los casos en los que el tercero actúa de buena fe de aquellos otros en los que la buena fe no existe. De modo que no existe verdadera abstracción e independencia del apoderamiento sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe¹⁰³. Gordillo Cañas lo explica diciendo que la independización de los efectos del apoderamiento en relación con lo que es su causa normal (voluntad del poderdante), es un fenómeno excepcional, cuya explicación no radica en el ser de la declaración de apoderamiento, sino en la protección de la buena fe de los terceros que razonablemente confiaron en la apariencia de la representación¹⁰⁴.

Aunque el Derecho español es generalmente contrario a los negocios jurídicos abstractos y se acomoda mejor a la doctrina causalista, creemos que ambas teorías adolecen de extremismo en sus postulados. La primera defiende una visión del poder alejada de la realidad, haciendo de él un concepto meramente formal y, en ocasiones, de contenido negativo, al tiempo que trata *mandato* y *poder* como dos realidades distintas e inconexas sometidas a regímenes jurídicos diversos. En este escenario cuesta entender qué tipo de poder tiene en mente la doctrina, si puede subsistir desprovisto de un fin y sin un contenido material que permita su actuación independiente¹⁰⁵. Si partimos de la definición

¹⁰¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 779; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 31.

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 139; SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 488 y 489; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Comentarios a la STS de 12 de diciembre de 1989”, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Edit. Aranzadi, Pamplona, número 22, pág. 913; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 224, dice que el mandato u otro tipo de contrato (arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, sociedad, etc.) constituye la relación jurídica subyacente del apoderamiento.

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., *ut supra*, págs. 139 y 140.

¹⁰⁴ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 25.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 476, dicen que *Pugliatti* no reconoce naturaleza autónoma, aunque sea

que de los negocios jurídicos ofrece *Larenz*, como “actos, en especial, declaraciones de una persona por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos”¹⁰⁶, y la clasificación que de ellos hace la doctrina –unilaterales, bilaterales o plurilaterales, en atención al número de declaraciones de voluntad de que constan¹⁰⁷-, podemos decir que los negocios unilaterales son aquellos que resultan de una sola declaración de voluntad y producen efectos independientemente del consentimiento ajeno. Desde el momento en que considera el apoderamiento como un negocio jurídico unilateral no es admisible sostener su ausencia de efectos jurídicos –aunque bien es cierto que no es pacífica su consideración como negocio jurídico¹⁰⁸-.

La teoría causal, más coherente en su planteamiento, asigna un fin al poder, pero también defiende un carácter formal que hacen de la autonomía e independencia que postula algo difícil de lograr. Otra corriente menos rigurosa dentro de esta teoría hace del poder un negocio de carácter instrumental y accesorio, de modo similar a lo que ocurre con las medidas cautelares en el ámbito del Derecho procesal.

Nosotros creemos que la voluntad del apoderado es independiente pero no abstracta, como demuestra el hecho de que actúa movido por una causa: la defensa del interés del representado. El poder es un mecanismo jurídico autónomo, con un régimen jurídico y efectos propios, pese a que no constituya un fin en sí mismo. Esto solo significa que, a diferencia de otros negocios

solamente formal, al apoderamiento. Aunque contrarios a esta postura, la consideramos más coherente que la de quienes defienden una autonomía teórica que en la práctica niegan.

¹⁰⁶ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, pág. 55.

¹⁰⁷ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen primero, Introducción, Teoría del contrato*, Sexta Edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 93 y ss. BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción española y notas de A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 256 y ss.

¹⁰⁸ Así lo entienden DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 477; DíEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 133 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 399; o BÁDENAS CARPIO, J.M., en “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2157. Por el contrario LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 288, afirma que es un “mecanismo jurídico”, mientras que CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo 1, Vol. II...*, pág. 871, habla de “declaración unilateral de voluntad”. Las propuestas normativas también se decantan por la idea de la declaración unilateral de voluntad recepticia (art. 1284, primer párrafo, de la PMCC y art. 1131-3 del borrador de febrero de 2017).

jurídicos autónomos –compraventa, mandato, donación, arrendamiento de obra, etc.-, el poder nunca se agota en sí mismo, sino que se otorga como medio para lograr un fin ulterior; lo que tampoco implica que deba correr la misma suerte que esos otros negocios jurídicos. Así es posible que un mismo poder sirva de soporte a varios negocios jurídicos –de gestión: mandato, sociedad, arrendamiento; o de diferente naturaleza: reclamación judicial de una deuda, participación en una subasta, delegación de voto, adquisición de la posesión-; que estos negocios no lleguen a existir –poderes preventivos que nunca se materializan por falta del supuesto de hecho que los motiva; apoderamientos no vinculados a un contrato, que autorizan pero no obligan a representar-; e incluso poderes con valor económico propio –ventajas económicas vinculadas a que el representante mantenga u obtenga poder de un determinado poderdante, en atención a posibles expectativas de negocio-¹⁰⁹.

Quizá el problema derive de la relación que la doctrina crea entre poder y negocio de apoderamiento. Se dice que el poder es la aptitud o potestad para actuar en la esfera jurídica ajena mientras que el apoderamiento es el negocio jurídico que otorga poder. Esto puede llevar a pensar que el poder solo se puede crear mediante un negocio de apoderamiento. Sabemos que en el Derecho de la persona la aptitud o potestad para actuar en la esfera jurídica ajena procede de la ley, directamente o a través de una decisión del órgano judicial, pero incluso en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos no siempre nace del apoderamiento. Existen contratos donde el poder es parte integrante e indisoluble, de modo que si pretendiéramos fragmentar el contrato se desnaturalizaría. Así *Aubry y Rau* dicen que “uno de los caracteres y distintivos del mandato consiste en que el mandatario recibe el poder de representar al mandante al efecto de obligarlo con respecto a los terceros y obligar a los terceros a su respeto”¹¹⁰. También Hernández Moreno, para quien “el solo contrato de mandato sirve como apoderamiento. O dicho con otras palabras, el

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 225, concibe incluso, dentro del contrato de mandato, el apoderamiento sin que exista, de momento, la obligación de actuar por cuenta del poderdante.

¹¹⁰ AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, Tomo VI, nº 410, págs. 154 y ss., Paris, 1854, citados por CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Tomo XI, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, pág. 391.

mandato confiere poder... siempre”¹¹¹. Esto no significa desconocer el carácter autónomo y/o independiente del poder sino defender que no siempre ostenta esa condición. El contrato de mandato conlleva un poder de gestión y cuando exige relacionarse con terceros, de representación. Y carece de sentido pretender distinguir dos figuras dentro de él (mandato y poder) cuando aquí el poder, junto con otros elementos, conforman el mandato mismo¹¹². Aunque pueda desempeñar una función distinta y autónoma en otros casos, si quitamos el poder del contrato de mandato nos quedamos sin mandato, ya que sirve para crear este negocio jurídico y, en este escenario, no goza de autonomía ni de independencia, pese a que pueda tenerlos en otros. Por ello *Ferrara* sostiene que el poder (y la autorización) pueden encontrarse fundidos o unidos al contrato de mandato¹¹³.

Esto no impide que tras la vigencia del mandato se otorguen poderes para acreditar la condición del mandatario, que no son sino la constancia documental frente a terceros del acto legitimador que emana del contrato mismo.

González Carrasco entiende que la tesis dualista seguida por nuestra jurisprudencia a la hora de considerar el poder como negocio distinto e independiente del mandato, obedece (entre otros motivos) a la conveniencia de impedir que el mandante cargue con los efectos de las actuaciones extralimitadas, aunque la estima innecesaria¹¹⁴.

¹¹¹ HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, pág. 1562. En contra GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario de los artículos 1727 y 1732 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1727, pág. 1567, para quien el mandato puro es el mandato sin representación, posición que no compartimos por considerar que el modo normal de operar el mandato conlleva la relación del mandatario con terceros y porque identifica representación indirecta con mandato sin representación.

¹¹² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2586, dice que el contrato no promueve *per se* el poder de representación. Y es cierto, ya que, como decimos, para que exista poder de representación es necesario que el poder que conlleva el contrato de mandato, exija relacionarse con terceros, lo cual no siempre ocurre. En caso de gestión interna también existirá poder, pero no será representativo.

¹¹³ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 590. En el mismo sentido pero referido al poder y al mandato, se expresa en la pág. 593.

¹¹⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1709, pág. 11672, citando las SSTS 10 noviembre 2004 (RJ 2004/6880) y 4 julio 2008 (Tol 1378523). Añade las siguientes causas: establecer la responsabilidad directa del comisionista que actuó ocultando el nombre del principal, establecer razonamientos a fortiori en relación con la autonomía de los poderes generales otorgados años atrás o para permitir resolver el contrato de gestión a pesar de la duración señalada en el documento de poder notarial otorgado al

II. 3.3.- La representación

II. 3.3.1.- Idea previa

En palabras de Díez-Picazo, en el punto de partida de la teoría de la representación no hay más que un problema práctico que consiste en hacer posible una cooperación o colaboración entre miembros de una misma comunidad jurídica impulsada por razones de necesidad o pura conveniencia¹¹⁵, lo que hace de ella una figura presente en todas las ramas del Derecho. Álvarez Caperochipi la cataloga como institución *sui generis* que utilizan los alemanes para explicar “una variada y variopinta muestra de instituciones jurídicas: el Estado, la democracia política, la teoría del negocio jurídico..., la noción de patrimonio y la teoría de la personalidad jurídica, aparte por supuesto del mandato”¹¹⁶.

Su carácter multidisciplinar y dogmático hacen de ella una figura enormemente controvertida, donde el modo de afrontar determinados planteamientos previos influirá en la consideración que tengamos acerca de la representación. Así, López y López¹¹⁷ divide en cuatro grandes categorías las definiciones de mandato: como confianza¹¹⁸, como carga, como actuación en nombre de otro y

mandatario.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 24. En el mismo sentido DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 229, para quien la representación es una institución eminentemente práctica, al constituir “un medio que permite extender la personalidad humana” [STS 8 octubre 1927 (Roj: STS 425/1927; ECLI:ES:TS:1927/425)]. También MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y Comercial, Tomo II*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, págs. 405 y ss., quien distingue varias formas de cooperación: el nuncio o emisario, los auxiliares del acto jurídico, el mandatario a nombre propio y el representante. Estas formas de cooperación pueden ser de dos tipos: sustitución, que fundamenta la representación directa, e interposición, que conforma la segunda. PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 351, defiende que el representante legal no desempeña una labor de cooperación con la misma voluntad del representado, sino que realiza una actividad de sustitución para realizar los actos jurídicos que éste por su incapacidad no puede realizar. Sin embargo, no compartimos esta distinción entre cooperación y sustitución, porque aun en el caso de la representación legal el representante sustituye al representado a la vez que coopera con él en la satisfacción de su interés.

¹¹⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “La representación aparente”, ID vLex: 326063, pág. 1113.

¹¹⁷ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Retención y Mandato...*, págs. 7 a 16.

¹¹⁸ En opinión de BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3487, esta característica del mandato (la confianza) puede derivarse del conjunto de las normas que lo disciplinan y, en particular, de la obligación del mandatario de atenerse a las instrucciones recibidas en la ejecución del mandato, de actuar dentro de los límites del mandato, de dar cuenta

como representación. Estos cuatro modos de entender el contrato solo pueden aplicarse a la representación siempre que la concibamos como una relación obligacional directa (excluyendo la indirecta y la meramente potestativa); si aceptamos la representación directa e indirecta no cabría hablar de actuación en nombre de otro sino en interés ajeno, al ser indiferente el mecanismo de actuación; mientras que si tomamos el apoderamiento como fuente de la representación no cabría hablar de carga.

II. 3.3.2.- Concepto

Lacruz destaca lo difícil que resulta dar un concepto de representación unitario y técnicamente preciso, debido a la variedad de perfiles que esta institución puede presentar¹¹⁹.

Para Gordillo Cañas es una “actuación en nombre ajeno con eficacia directa sobre el representado”¹²⁰, con lo que centra su atención en el elemento externo frente al interno y excluye el ámbito de la representación indirecta. Esta definición sirve tanto para la representación propiamente dicha como para la actuación inicialmente no representativa y posteriormente ratificada o de la que resulte una utilidad (*utiliter*). Además, permite incluir tanto las actividades jurídicas como materiales.

Roca Sastre y Puig Brutau la definen como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre esta última los efectos normales del acto representativo¹²¹. Acoge mejor que la anterior el mecanismo representativo, al concebirla como una institución y no como el efecto de uno de los elementos integradores, y salva el escollo de la juridicidad, aunque tampoco sirve para dar cobertura a la representación indirecta y parte de un esquema

de sus gestiones (información), de la extinción del mandato y de su esencial revocabilidad.

¹¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 269. En el mismo sentido el VV.AA. *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1991, págs. 867 y 868.

¹²⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...* pág. 15.

¹²¹ ROCA SASTRE, R., y PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Privado*, RDP, Madrid, 1938, pág. 38.

habitual (poder o autorización previos al acto o negocio representativo) pero no exclusivo (al admitirse la ratificación o aprobación posterior).

Serna Meroño dice que por representación hay que entender la intervención de un sujeto (representante) por otro (representado) en el desarrollo de una actividad jurídica relacionada con terceras personas que se realiza en interés y por cuenta ajena¹²². “La intervención de un sujeto por otro” permite incluir tanto la idea de cooperación (representación voluntaria) como de sustitución (representación legal) y al eludir el término “nombre ajeno” admite la representación directa e indirecta; aunque no alude al elemento volitivo en la actuación del representante (por lo que un nuncio y aun el mero intermediario podrían serlo).

Aceptando un escenario en el que dar cabida al amplio abanico de situaciones planteadas por la doctrina¹²³, pensamos que existen dos tipos de representación en el Derecho privado:

Una representación en sentido amplio, comprensiva de todo supuesto donde un sujeto actúa en la esfera jurídica ajena, no encuadrable dentro de otra figura específica. Se ajusta más a la idea de representación como categoría multidisciplinar¹²⁴. Podemos definirla como aquella institución por la que una persona actúa jurídica y legítimamente sobre la esfera personal y/o patrimonial

¹²² SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 478. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 219.

¹²³ Representación directa e indirecta, voluntaria y legal, activa y pasiva, representación mediata e inmedidata, técnica, orgánica y algunos supuestos de mayor controversia (nuncio, albacea, contador, liquidador, administrador legal, etc.) .

¹²⁴ No obstante, al ser un fenómeno tan amplio, admite multitud de matices. Así no es infrecuente que otros órdenes jurídicos se basen en la teoría de la representación definida por la doctrina *iusprivatista*. El ATACP Aragón 12 noviembre 2013 (Rec. 77/2013), La Ley 189485/2013, órgano de naturaleza administrativa, la concibe como un negocio jurídico complejo, formado por una relación originante que fundamenta el actuar de otro –contrato de mandato, comisión, sociedad, simple apoderamiento, gestión de negocios ajenos sin previo mandato- y relación representativa, en la que intervienen tres sujetos; que exige la concurrencia de dos requisitos: la *contemplatio domini* y el apoderamiento; y en cuya virtud se confía a una persona la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra persona. Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 18, la noción de representación no es sino un trasunto civilista de la noción hegeliana de espíritu, que parte de la concepción de la representación política.

ajena, en defensa del interés del *dominus negotii*, junto al que puede concurrir el propio o el de terceros.

Y una representación *stricto sensu*, donde un sujeto de derecho actúa frente a terceros en interés del principal, mediante la declaración de una voluntad propia, legitimada por actos anteriores, coetáneos o posteriores de aquél o por el aprovechamiento de los beneficios derivados del negocio jurídico celebrado frente a terceros. Esta concepción se compadece mejor con la visión *iusprivatista* del negocio jurídico.

II. 3.3.3.- Naturaleza jurídica desde la perspectiva del mecanismo representativo

La tradicional confusión entre mandato, poder y representación se ha mantenido hasta nuestros días¹²⁵. Igual que sucede con el poder, la representación se ha visto afectada por las teorías abstracta y causal, resultando que mientras el mandato tenía –y sigue teniendo- carácter material, poder y representación han sido tratados como actos o negocios formales dotados, en el mejor de los casos, de cierto grado de autonomía¹²⁶. Hupka defiende que “la representación no es un concepto material sino jurídico-formal que abarca toda forma de actuación en nombre de otro, cualquiera que sea el fin y el interés en virtud del cual tenga

¹²⁵ IHERING, R. von, *Etudes complémentaires de l'esprit du Droit Romain, VI, De la coopération aux actes juridiques d'autrui*, 1857, traducido por Meulenaere, citado por CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil...*, pág. 392, ya recordaba que hay mandatarios que no son representantes (caso del reemplazante) y representantes que no son mandatarios (como el tutor, cuando ha concluido el contrato como representante y no como reemplazante). HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 12, niega que la representación deba ir siempre unida a un contrato de gestión y, como prueba, recuerda que “los socios con responsabilidad ilimitada y los socios comanditarios” pueden estar facultados para representar a la sociedad en sus relaciones exteriores aunque no se les hayan confiado facultades de gestión (en la legislación española SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Decimosexta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, pág. 175, dice que todo socio colectivo es en principio administrador de la sociedad, pero no todos tienen poder para representarla, sino únicamente aquellos que hayan sido autorizados para usar la firma social). GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 81 a 101, admite que mandato y representación sean figuras distintas, así como la existencia del primero sin la segunda, pero no a la inversa. NEGRO COSTEA, J.L., *Representación, mandato y poder...*, pág. 23, opina que “nuestras leyes civiles distinguen de un modo implícito, aunque diáfano, la representación del mandato, por el mero hecho de aceptar que el mandatario pueda obrar en nombre propio”.

¹²⁶ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 925, a propósito del comentario de las SSTs 22 mayo 1942 y 6 marzo 1943. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, pág. 872.

lugar. Y aún en el caso de que la actuación de que se trate sirva al interés del propio actor o de un tercero¹²⁷. También nuestro TS se ha decantado por el carácter formal de la institución. Por el contrario, Serna Meroño niega este carácter y dice que es también un concepto material, como prueba el hecho de que a través de ella se atiende al interés de otro¹²⁸. El ordenamiento interno sigue una concepción amplia de la representación, como demuestra el hecho de que, en mayor o menor medida, se halle presente en todas las ramas del Derecho civil -arts. 184, 439, 993, 1052, 1259, 1932 CC, entre otros- y que alcance tanto a los negocios jurídicos como a actos no negociales –por ejemplo, la adquisición de la posesión del art. 439 CC-.

Se ha construido toda una teoría en torno a la representación, que defiende una independencia teórica más que real. Los defensores de la doctrina abstracta, al negarle un contenido material propio; los causales, sumando la idea de que va siempre orientada a un fin, que es coadyuvar con otro negocio jurídico¹²⁹. Sin embargo, creemos que la distinción iniciada hace siglo y medio por la doctrina alemana ha ido demasiado lejos, y quizá sea el momento de replantearse la relación entre estas tres figuras jurídicas¹³⁰. El mandato ha sido y es un contrato bilateral, que conlleva poder por ser parte integrante de su naturaleza jurídica y solo es representativo cuando reúne los requisitos exigidos para la representación, como es la actuación *ad extra*, con independencia del mecanismo directo o indirecto de actuación del mandatario. El poder es un acto o negocio jurídico unilateral que tiene origen voluntario o legal; goza de independencia y posee valor propio; puede operar solo, unido a la representación –en cuyo caso se habla de poder de representación- o como parte integrante de un contrato de gestión; y, en ocasiones, necesita ser complementado a través de una autorización adicional. La representación es a la vez institución multidisciplinar, mecanismo jurídico complejo de derecho

¹²⁷ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 11.

¹²⁸ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 476.

¹²⁹ A lo que DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 62, partidario de la idea de colaboración, responde, aludiendo a *Ferrari*, que también un mediador o un técnico puede cooperar en el negocio sin ser representantes.

¹³⁰ A juicio de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Revocación del mandato y del poder”, AAMN, IV, 1948, pág. 638, se ha llegado por los autores a una escisión demasiado tajante entre el poder de representación y la relación jurídica interna.

privado y efecto *ad extra* en la relación con terceros. Como negocio está integrado por dos elementos –interno y externo- e intervienen tres sujetos –representante, representado y tercero-, pudiendo poseer naturaleza mixta: acto o negocio jurídico unilateral seguido de un negocio –bilateral- representativo.

El elemento interno, causal o justificativo¹³¹ es la fuente de donde emana la potestad o los derechos y obligaciones del representante. No tiene que concurrir en unidad de acto con el externo, pudiendo ser previo –autorización, apoderamiento, mandato, etc.-, o posterior –ratificación-. Unas veces vendrá formado por un negocio jurídico de apoderamiento –por ejemplo, en las relaciones basadas en la máxima confianza-, otras por un contrato de gestión –véase el mandato-, y otras será la suma de un negocio jurídico de apoderamiento más uno o varios contratos de gestión –por ejemplo, negocio de apoderamiento, contrato de mandato y contrato de arrendamiento de servicios-. Cuando solo existe poder hablaremos de *potestas* y cuando media contrato de gestión, de derechos y obligaciones. La legitimación que aquélla otorga viene delimitada por la extensión y límites del poder. El contenido material que conforma el régimen jurídico del contrato, podrá estar influido además por las instrucciones que una de las partes tiene derecho a exigir y la otra el deber de cumplir¹³². En cualquier caso constituye un elemento esencial porque, de un modo u otro, legitima la actuación del representante. Regula las relaciones *ad intra* entre las partes, que dependiendo del negocio que conforme variarán su denominación: poderdante/apoderado, mandante/mandatario, arrendador/arrendatario, etc. La naturaleza del contrato de gestión, en especial el mandato, hace posible que un mismo sujeto ostente la triple condición poderdante-mandante-representado frente al apoderado-mandatario-representante; si el poder de representación no tiene por fin el cumplimiento de un contrato de gestión –cobro de una deuda, ejercicio del derecho de voto, etc.- coincidirán poderdante y representado en correspondencia con el apoderado y representante.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 62, lo denomina “relación originante”. NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 28, habla de “elemento justificativo”.

¹³² Por este motivo también se las denomina *instrucciones de gestión*.

El elemento externo o representativo¹³³, o negocio representativo, regula las relaciones *ad extra* y es el que da sentido a la institución porque a través de él se consigue el efecto pretendido: que una persona actúe en la esfera jurídica ajena para la defensa de derechos e intereses legítimos, también ajenos. Puig Brutau dice que es el negocio celebrado por el representante en nombre y por cuenta del representado con un tercero, “dentro de los límites del poder de representación”¹³⁴. Las partes vienen conformadas por el representante y por el tercero. La terminología empleada por el CC adolece de notable imprecisión, pues este último es tercero respecto del *dominus* aunque parte en el negocio representativo, junto con el representante. Por eso Núñez Lagos, Rivero Hernández o Lacruz Berdejo lo denominan tercero cocontratante¹³⁵. También el elemento externo es esencial ya que sin él existirá gestión o administración de negocios ajenos, pero no representación.

Si quien recibe el encargo -apoderado, mandatario, arrendatario, etc.- trasgrede los límites de su poder existirá extralimitación. En cambio, no sucederá lo mismo si se infringen las instrucciones en la gestión siempre que se hayan respetado los límites formales del poder, y sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad por el modo de ejecutar el encargo. En ningún caso podremos hablar de extralimitación de la representación, porque estaremos en presencia de un negocio simple entre quien confiere la potestad y quien hace uso de ella. Para que esto suceda es necesario que el poder trascienda *ad extra*, a través del negocio representativo, y, además, se transgreda.

Aunque parezca una obviedad conviene precisar un dato: para que exista extralimitación en la representación es necesario que previamente exista representación. Siendo conceptos diferentes¹³⁶, es posible que un tercero asuma

¹³³ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 62, utiliza la expresión “relación representativa”. NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 29, se refiere a él como “elemento representativo”.

¹³⁴ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 358. El entrecomillado es del doctorando.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 60, 61 o 62; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 992, 995, 996, 1001, 1003, 1008, 1010, 1013, entre otras; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, págs. 285, 286 y 287.

¹³⁶ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 582, sostiene que el apoderamiento, el mandato o la autorización son fuentes de la representación, pero no representación en sí mismos.

la gestión de negocios ajenos sin mandato –o, de forma más precisa, sin acto legitimador-. El gestor de estos negocios no puede extralimitarse más que en lo que haría el hombre medio ante situaciones semejantes o, en términos del art. 1889 CC, en lo que haría “un buen padre de familia”, pero no en una representación que no existe. Una vez ratificado tampoco cabe hablar de extralimitación, ya que habrá asumido voluntariamente o habrá aprovechado las consecuencias de lo actuado. La actitud del gestor determinará la ratificación del principal prevista en los arts. 1892 y 1893 CC o su negativa a convalidar lo gestionado, más la exigencia de responsabilidad al amparo de los arts. 1889, 1890 y 1891 CC.

Solo podemos entender la concepción definida por las teorías causal y abstracta si identificamos la representación con el efecto *ad extra* derivado del negocio representativo que, aunque necesario, no agota el fenómeno representativo. Como vemos, es admisible el poder sin la representación y sin mandato, el mandato sin representación y la representación sin mandato, pero para que exista representación debe concurrir, como mínimo, un poder y un negocio jurídico frente a tercero, lo que la convierte en un fenómeno complejo¹³⁷. Cada elemento es un negocio en sí mismo, que pierde su autonomía en atención al fin económico al que va orientado, y que el ordenamiento jurídico protege en su conjunto. La representación no es un mandato más una compraventa –por ejemplo- sino un conjunto donde se insertan ambos, donde el representante-mandatario no actúa en defensa de un interés propio sino ajeno cuando decide comprar o vender a un tercero un bien, no para sí sino para su principal. Esa compra o venta está guiada por un fin diverso al que tendría si el intermediario decidiera hacerlo por o para sí, con su dinero o en su beneficio. De ahí que el nexo que mantiene unido el fenómeno representativo sea la causa de la propia representación, distinta a la que guía tanto al poderdante/apoderado, como al representante/tercero¹³⁸. Aquélla sería la causa mediata de la representación y estas las causas inmediatas del negocio de apoderamiento y del negocio de

¹³⁷ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico...*, pág. 254, denomina a los negocios representativos, negocios complejos de formación continua o ligamen de secuencia.

¹³⁸ La STS 12 octubre 1987 (RJ 1987/8375) citada por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 2981, habla de “*la interconexión trascendente del substratum de la causa*”.

compraventa. Por ello si ante el defecto de poder no existe posterior ratificación, una vez perfeccionado el negocio jurídico pseudo-representativo –así llamado por falta del elemento legitimador-, las partes contratantes –pseudo-representante y tercero- deciden mantener su validez, en realidad estarían perfeccionando un nuevo negocio jurídico con el mismo objeto y los mismos sujetos, pero diferente consentimiento y distinta causa. Porque los parámetros que determinan la voluntad de las partes varían –capacidad económica, solvencia, riesgo, etc.-, igual que el fin inmediato que lo guía.

Por este motivo no compartimos el criterio de Albaladejo cuando dice que el poder solo es preciso para que el negocio celebrado sea eficaz “en cabeza de otro”¹³⁹. El poder o la ratificación son necesarios para que exista representación. Si no concurren, el negocio pseudo-representativo tampoco sería válido. La validez –y eficacia- nacerían de otro negocio similar en apariencia pero con diferentes elementos, fruto de la novación.

Ni siquiera quiebra esta regla en el caso de la representación cambiaria, ya que el art. 10 LCCh¹⁴⁰ no declara la validez del negocio representativo entre el signatario extralimitado y el tercero, sino que blinda la posición jurídica de este último para garantizar la seguridad del tráfico jurídico, en cuanto documento esencialmente formal. Impone una asunción de deuda al representante extralimitado del que, no obstante, puede resarcirse una vez se convierta en tenedor; pero la nueva posición la adquiere tras el pago, por lo que existe una novación en su primitiva posición jurídica¹⁴¹, mientras se mantiene la del representado “dentro de los límites del poder”.

¹³⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 792; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 426.

¹⁴⁰ Art. 10 LCCh: “El que pusiere su firma en una letra de cambio, como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella, quedará obligado en virtud de la letra. Si la pagare, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. Lo mismo se entenderá del representante que hubiere excedido sus poderes, sin perjuicio de la responsabilidad cambiaria del representado dentro de los límites del poder.”

¹⁴¹ Como expresa GÁLVEZ CRIADO, A., La asunción de deuda en el Derecho civil, Tirant lo Blanch, 2007, en <http://www.tirant.com/editorial/libro/la-asuncion-de-deuda-en-el-derecho-civil-antonio-galvez-criado-9788484567141>, “la asunción de deuda es un contrato en cuya virtud un tercero (llamado asumente) se obliga a cumplir una deuda ajena, provocando con ello la liberación del deudor anterior (asunción liberatoria) o una acumulación con él (asunción cumulativa). La terminología procede del Código civil alemán y se ha generalizado en nuestro país, a pesar de que nuestra regulación positiva haya seguido al *Code français* y regule el cambio

Esto nos hace pensar que la representación, entendida en sentido amplio, como mecanismo jurídico complejo y no como mero efecto jurídico¹⁴², aúna un componente formal y otro material.

II. 3.3.4.- Requisitos

Existe una enorme controversia doctrinal acerca de los requisitos de la representación, que vienen condicionados por la percepción de este complejo fenómeno jurídico, lo que influye a su vez en el modo de acometer su análisis. Unos opinan que uno de los requisitos sin los cuales no cabe hablar de representación es el actuar en nombre ajeno. Si esto fuera así, la indirecta no sería verdadera representación, ya que el representante actúa en nombre propio. Otros piensan que lo relevante es obrar en interés ajeno, en cuyo caso no podrían aceptarse ciertos tipos representativos donde junto al interés del representado o de un tercero, concurre el del representante. Si el criterio decisivo fuera su incidencia en la capacidad de obrar del representado, no cabría incluir bajo una misma denominación la representación legal y la voluntaria, pues mientras la primera suple un defecto de capacidad la segunda la presupone. Tampoco parece serlo su origen, ya que el representante legal ostenta una facultad que nace de la ley y la conducta que adopte el representado es irrelevante, al carecer de la suficiente capacidad, mientras que el voluntario recibe su legitimación del apoderamiento y el representado puede incidir en su extensión y límites. Si nos centramos en su contenido es evidente que tampoco cabría aunar la representación en las distintas ramas del Derecho.

de deudor como una de las posibles manifestaciones de la figura romana de la novación (arts. 1156, 1203.2° y 1205-1208 CC). A partir de aquí, el régimen de las relaciones jurídicas que pueden establecerse entre los sujetos intervinientes en este contrato, o afectados por él, deberá hallarse combinando la regulación positiva con que se cuenta con los acuerdos de los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad, tratando de encontrar soluciones razonables para los problemas concretos que puedan plantearse. Tales soluciones habrán de ser matizadas en supuestos concretos como son la venta de empresa, la venta de herencia o la venta de una finca hipotecada". En este caso la asunción viene impuesta legalmente.

¹⁴² ALBALADEJO GARCÍA, M., "La representación...", pág. 768, dice al respecto que "mediante el término representación, además de la acción de representar (cuya consecuencia es la realización del negocio representativo) se designa a la figura o institución jurídica –acogida en nuestro Derecho- en cuya virtud es posible que una persona obre en nombre y por cuenta de otra".

El posicionamiento a favor de una u otra tesis condiciona la percepción de ciertos elementos. Así, por ejemplo, quienes defienden la inadmisión de la representación indirecta opinan que es necesaria la *contemplatio domini*, a pesar de que la consideración ajena del asunto no dependa del esquema directo o indirecto empleado sino que, como creemos, forme parte de la propia esencia de la representación¹⁴³.

Veamos pues qué elementos deben concurrir para que podamos hablar de verdadera representación, sin perjuicio de su específica consideración en otros apartados de nuestro estudio:

II. 3.3.4.A) El interés

El interés ha sido objeto, tanto de duras críticas por un sector de la doctrina que ve en él un elemento subjetivo contrario al principio de seguridad jurídica¹⁴⁴, como de incondicionales defensores que lo han convertido en la esencia de la representación¹⁴⁵. Desde nuestro punto de vista, no solo es esencial en la representación sino la razón de ser de la propia institución.

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 476, parafraseando a *Pugliatti*, sostienen que la ajenezidad del asunto es la base de la representación, y otra cosa distinta es la forma de operar el representante para llevarlo a cabo, lo que dará lugar solamente a diferentes efectos.

¹⁴⁴ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 11 y 269, defiende que la defensa cuidadosa de los intereses de las partes en el momento de concluir un negocio jurídico no constituye ni un requisito positivo para la validez del negocio jurídico como tal, ni tampoco un elemento esencial de la representación. También dice que de la misma manera que la gestión de negocios ajenos no necesita ir unida a la forma jurídica de la representación, tampoco es de esencia en la representación que ésta se realice en interés del representado. En cambio, se contradice cuando, a propósito de la autocontratación –o declaración unilateral de voluntad con efectos contractuales, como la denomina en la pág. 262 de su obra-, justifica la imposición de limitaciones legales en el ámbito de la representación legal basadas en “la colisión de intereses”, y en la representación voluntaria trata el conflicto de intereses como un supuesto de “extralimitación o falta de poder” exigiendo la ratificación del *dominus* para la validez del negocio representativo. De modo que aunque no esté positivado legalmente admite que sea un elemento de suficiente entidad para condicionar la regulación de la representación legal y que el conflicto de intereses –entre representante y representado, se entiende- impida la representación voluntaria, por falta del elemento interno.

¹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 80. En el mismo sentido SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 476, quien defiende que la representación no se agota en el requisito formal de hacer o actuar en nombre de otro sino que requiere un requisito sustancial: actuar en interés de otro. RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª ed., Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 65, afirma que el interés es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del Derecho, un medio para satisfacer los fines

Mientras la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia encuentran el fundamento de la representación (voluntaria) en el hecho de que el representante despliega una actuación en nombre del representado o *agere nomine alieno*¹⁴⁶, Díez-Picazo defiende que lo esencial es obrar en interés ajeno, aunque lo sea en nombre propio, pues lo contrario supondría desconocer la realidad de la representación indirecta¹⁴⁷.

La salvaguarda de un interés ajeno justifica también la representación legal, donde la voluntad del representado no existe o está mermada e impide conformar el mecanismo representativo, guiar la actuación del representante y ejercer el debido control de su función. La defensa del interés como estándar jurídico en el ámbito de la representación legal ha condicionado el modo de afrontar la visión tradicional de los límites de la representación y ha contribuido a una interpretación más acorde con la “realidad social del tiempo” en que ha de ser aplicada –art. 3.1 CC-.

Igual que es el interés, económico en este caso, el fin último de la sociedad (mercantil) donde se desarrolla la representación orgánica¹⁴⁸.

La representación constituye una excepción al principio general de que cada cual debe gestionarse lo suyo¹⁴⁹. La inmisión en la esfera personal o patrimonial ajena

esenciales de la persona, y constituye el principal motor de toda conducta humana. Cita a *Ihering*, a través de J. D. Ruíz Resa, quien, asegura, lo identifica con el fin en el Derecho. MONTÉS PENADÉS, V.L., *La representación. Doctrina General*, Universidad de Valencia, *Revistas@iustel.com*, pág. 2, sostiene que la gestión de intereses ajenos constituye la esencia de la representación. Así concebido, afirma que el interés es la causa justificadora que impulsa a las partes a realizar actos o negocios jurídicos y determina el contenido de las negociaciones. No entiende un acto jurídico si no es movido por un interés, sea público o privado, personal o patrimonial, activo o pasivo. VÁZQUEZ IRIZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2604, sostiene el principio de que “el interés es la medida de todas las acciones judiciales”.

¹⁴⁶ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 925.

¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 57.

¹⁴⁸ No se alude a los poderes preventivos porque constituyen una modalidad especial de representación voluntaria y, en este sentido, se guían por el mismo principio.

¹⁴⁹ El hecho de que la representación no agote la actuación en interés ajeno, hace posible otras instituciones –guarda de hecho, gestión de negocios ajenos sin mandato, etc.- donde la defensa de aquél interés o la búsqueda de una utilidad justifican o, cuanto menos, admiten la licitud de la inmisión en lo ajeno. La defensa de un interés permite que uno pueda administrar los bienes de los hijos –art. 164 CC-, representar al desaparecido en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave –arts. 181, 184 y 185 CC-, disfrutar de la posesión temporal de los bienes del ausente y hacer suyos los productos líquidos en la cuantía que el juez señale –art. 186 CC-,

se justifica por el interés del particular en la delegación de sus negocios, por la imposibilidad física o jurídica de gestionarlos o por la necesidad del legislador de tutelar personas o situaciones especialmente dignas de protección. Responde siempre al interés del destinatario de sus efectos. Si un particular con capacidad jurídica y de obrar decide celebrar negocios jurídicos, puede actuar por sí o encomendarlos a un tercero; su elección constituye un acto voluntario y libre que responde a un interés personal y privado. Si una persona jurídica desea actuar frente a terceros en el tráfico jurídico, son razones de necesidad, unidas a un interés privado, las que exigen la designación de una –o varias- personas físicas que actúen por cuenta e interés de aquella. Si un menor desea celebrar un negocio jurídico, debe actuar por medio de quien supla su falta de capacidad para comprender y querer, siendo razones de orden público las que justifican y orientan el carácter tuitivo de su representación. En el primer caso la persona física, por interés particular; en el segundo la persona jurídica, por interés también privado (o público, en el caso de las personas jurídico-públicas) y necesidad física; en el tercero el legislador, por razones de necesidad jurídica, son quienes promueven la representación y definen el interés que la orienta. La defensa del interés es, además, la base de la teoría del abuso de poder y de la admisibilidad de la autocontratación en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez que el representante hace uso del poder frente a terceros, al interés inicial se suman otros, igualmente lícitos y susceptibles de protección jurídica¹⁵⁰.

administrar legalmente el patrimonio de los tutelados –art. 270 CC-, asumir las funciones que el letrado de la administración de justicia atribuya al defensor judicial respecto del menor o persona con capacidad modificada judicialmente –arts. 299 y ss. CC-, los actos del guardador de hecho sobre la persona o bienes del menor o del presunto incapaz –arts. 303 y ss. CC-, contratar “a nombre de otro” –art. 1259 CC-, administrar y disponer “por cuenta o encargo de otra persona” –arts. 1710 y 1713 CC-, encargarse voluntariamente de la agencia o administración de los negocios ajenos –art. 1888 CC- o representar a la comunidad de propietarios –arts. 13.3 y 21.1 Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal-. El mismo principio rige en los casos de comunidades –comunidad de bienes de los arts. 392 y ss. CC, partición hereditaria de los arts. 1051 y ss. CC, sociedad de gananciales de los arts. 1344 y ss. CC, contrato de sociedad de los arts. 1665 y ss CC, sociedad mercantil de los arts. 129 a 132, 148, 173, 228, 229, 234, 243, 244 y ss., 281 y ss. CCo, y TRLSC-, de división del dominio –censo enfiteútico, arts. 1605 y 1628 y ss. CC; censo consignativo, arts. 1606 y 1657 y ss. CC- o de disfrute de bienes ajenos más allá de la mera posesión –usufructo, arts. 467 y ss. CC; uso y habitación, arts. 523 y ss. CC; arrendamiento de cosas, art. 1543 CC; arrendamiento de obras o servicios, arts. 1544 y 1583 y ss. CC; arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, arts. 1546 y ss. CC; aparecería, arts. 28 y ss. de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos-. En todos ellos el legislador permite que una persona que no goza de la propiedad plena de un bien, conjunto de bienes o de un patrimonio, pueda administrar y/o disponer de él para la defensa de un interés.

¹⁵⁰ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?”, Revista Bimestral del Ilustre

El interés se erige así en causa mediata de la representación, en el elemento de conexión entre la esfera interna (*ad intra*) y externa (*ad extra*), el por qué un sujeto permite a otro inmiscuirse en sus asuntos personales o patrimoniales, y actúa como límite sustancial en la actuación del representante. Esto justifica que los actos o negocios formalmente extralimitados sean considerados *intra vires* siempre que el resultado final favorezca al principal más que la forma por él indicada o autorizada. El art. 1715 CC, que no considera traspasados los límites del mandato si fuera cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste, responde a esta idea: como la finalidad de la representación es actuar en interés ajeno, no existe extralimitación cuando se preserva el interés del *dominus* a pesar de que el mandatario haya excedido los límites formales del poder¹⁵¹.

II. 3.3.4.A)a) Concepto de interés jurídico

No existe una definición comúnmente admitida sino una concepción imprecisa que comprende, subjetivamente, el deseo que los bienes de la vida tienen para las personas, no solo de los que se consideran relevantes en el ámbito de la conciencia, sino también de los que son objeto de un impulso inconsciente – afectivo, religioso, estético, etc.-; en sentido objetivo, la proyección de ese deseo o impulso desde las relaciones personales y jurídicas que lo provocan¹⁵². Es decir, la tendencia natural del ser humano de obtener todo aquello que desea, consciente o inconscientemente, concretado en un acto o negocio jurídico en el que participa como sujeto de derecho.

Colegio Notarial de Madrid, nº 54, 9 abril 2014, págs. 7 y 8, sostiene a propósito de este precepto que en la pugna entre los intereses del mandante y del tercero de buena fe, el legislador se inclina por amparar ambos.

¹⁵¹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 504. Para CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, págs. 528 y 531, el negocio jurídico admite dos tipos de sujetos: la parte en sentido formal, que sería el sujeto del negocio frente al tercero, y la parte en sentido material, o “sujeto interesado”. Esta dicotomía responde a la idea de cooperación o sustitución que subyace en la representación y muestra la importancia que el interés juega en el mecanismo representativo.

¹⁵² RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, pág. 66.

El interés, desde un punto de vista subjetivo, es el elemento que impulsa al sujeto a negociar. Es tan diferente en cada contrato como distintas son las personas que lo conforman, ya que responde a un sentir personalísimo. Su propia naturaleza hace casi imposible su debido control e impide que pueda ser considerado por el legislador como elemento esencial del contrato. Máxime en un orden que permite establecer cualquier pacto, cláusula o condición como medio para satisfacerlo, en consonancia con los principios liberales inspiradores de nuestro código, y solo actúa cuando el interés que mueve a los contratantes es contrario a la ley, a la moral o al orden público –art. 1255 CC-.

Desde un punto de vista objetivo, el interés es el común denominador que mueve a los contratantes a perfeccionar el negocio jurídico y hace que los elementos esenciales del contrato –especialmente el consentimiento y el objeto-, sean iguales para ambos. Ya que las discrepancias que puedan surgir en la negociación se supeditan al superior deseo de obtener algo a través del contrato, limando asperezas y flecos iniciales, reconduciendo la voluntad en pos de un fin superior.

II. 3.3.4.A.b) Especial referencia a la extralimitación

Los problemas que puede suscitar son diversos, pero nuestro interés de cara a la extralimitación se limita a analizarlo desde una doble perspectiva:

II. 3.3.4.A.b)i) El interés como estándar jurídico

Existen determinados intereses que por su significación jurídica son objeto de especial protección¹⁵³. El legislador, desde un punto de vista objetivo, acude a

¹⁵³ Aunque presente en el ámbito de la representación voluntaria mediante el conflicto de intereses en la autocontratación, es la representación legal el marco donde mejor se protegen este tipo de intereses. Esto ocurre por su propia naturaleza, que si bien se califica de privada (Lacruz, Díez-Picazo, Gullón, etc.), no han faltado voces que la han considerado como una institución de Derecho Público (esta teoría ha sido abandonada) y como una institución de Derecho de Familia donde se tutelan intereses transindividuales (*Betti*). Véase DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, págs. 273 y 274. Para garantizar esta protección el ordenamiento

situaciones constatadas por los tribunales de justicia y controlables, aplicando criterios de orden social y moral, donde se mezcla lo jurídico, lo metajurídico y lo ético. Lo encontramos especialmente en el Derecho de la persona y la familia, mediante la defensa del interés del menor y de otros sujetos especialmente vulnerables¹⁵⁴, el interés del núcleo familiar¹⁵⁵ y el conflicto de intereses en el ámbito familiar¹⁵⁶ o de la autocontratación¹⁵⁷. No obstante, también existen otros ámbitos en los que la ley ejerce una finalidad tuitiva¹⁵⁸.

Ahora bien, no son principios absolutos ni se sustraen del control judicial. A pesar de hablar del “interés (o superior interés) del menor”, parece claro que no merece la misma consideración el menor de seis meses que el de diecisiete años, ya que la presunción de falta de capacidad para comprender y querer, y la vulnerabilidad, son diferentes en ambos supuestos. Habrá que analizar caso por caso para concretar ese interés, del que el ordenamiento jurídico –a través de la ley, la jurisprudencia y la doctrina- nos ofrece unas pautas interpretativas. Como

jurídico crea normas específicas, establece presunciones legales e instituciones con funciones especiales en ámbitos muy concretos. Así sucede con el Ministerio Fiscal, que tiene por misión la defensa del interés público tutelado por la ley –arts. 124.1 CE y 541.1 LOPJ-, concretado dentro del proceso en los arts. 749.2, 775.1, 777.5, 777.8 LEC y art. 4 LJV, así como la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores –art. 174.1 CC-.

¹⁵⁴ Arts. 90, 92, 96, 103.1ª, 110, 111, 149, 154, 158.2º y 4º, 159, 161, 164, 166, 167, 168, 170, 172.1, 173, 173 bis.2º, 174, 176.1, 177.2.2º, 179, 180, 181, 184, 185, 186, 216, 222.4º, 223, 224, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 239, 242, 243, 245, 246, 247, 249, 256, 260, 262, 269, 270, 271, 272, 277.1º, 278, 279, 299 bis, 303 y 304 CC. Unas veces alude al interés, de forma expresa, mientras que otras ocasiones emplea “beneficio”, “evitar perturbaciones dañosas o perjuicios”, “evitar el desamparo” y “utilidad o necesidad”.

¹⁵⁵ Arts. 67, 70 y 103.2º CC.

¹⁵⁶ La figura del defensor judicial está pensada para eludir un eventual conflicto de intereses entre representante y representado –véase los arts. 162.2º, 163, 221.2º, 237 bis, 244.4º y 299.1º CC-, de suficiente entidad como para excluir o prohibir la representación legal de padres y tutores –en este sentido el art. 162.2º y 221.2 CC-.

¹⁵⁷ En el ámbito patrimonial el conflicto de intereses es causa suficiente para anular el autocontrato [STS 29 noviembre 2001 (Rec. 2389/1996)], establecer prohibiciones de compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona intermedia -art. 1459.1º (quienes desempeñen cargo tutelar), 2º (mandatarios) y 3º (albaceas), respecto los bienes confiados a su cargo-, y la defensa de un interés, propio o ajeno, justifica instituciones como la partición hereditaria, el contrato de sociedad, el de arrendamiento de servicios y el mandato o la gestión de negocios ajenos -en especial los arts. 1056, 1060, 1291, 1666, 1715, 1729 y 1893 CC-.

¹⁵⁸ LAR respecto del agricultor profesional modesto [STS 20 febrero 1989 (Roj: STS 16364/1992; ECLI:ES:TS:1992:16364)]; LAU para proteger al arrendatario en atención a la función social que cumple el derecho de propiedad [STC, Pleno, de 17 de marzo de 1994, (Rec. 2010/1989), recaída en las cuestiones de inconstitucionalidad números 2010/1989 y 969/1991]; la seguridad ciudadana [STS 26 enero 2016 (Rec. 1/2014), STJUE 24 octubre 1979 (caso Winterwerp)], reiterada por las de 5 noviembre 1981 (caso X contra Reino Unido) y 23 febrero 1984 (caso *Luberti*), según GUTIÉRREZ LUNA, M., Internamiento involuntario de incapaces, Artículos originales, en <http://www.hipocampo.org>; etc.

tampoco merece el mismo tratamiento la persona con capacidad modificada judicialmente, con base en un juicio de valor que conduce a una certeza legal, que la situación de ausencia declarada judicialmente, donde falta la persona misma¹⁵⁹.

Los intereses especialmente protegidos deben aplicarse con arreglo al principio de proporcionalidad, lo que obliga a veces a hacerlos ceder ante intereses igualmente justos con los que a menudo colisionan, a pesar de no gozar de protección cualificada. En estos casos surge el conflicto de intereses entre el principal y el representante que, para *Pugliatti*, turba el regular desenvolvimiento de la relación representativa, y la convierte en inidónea para alcanzar los fines que de otro modo sería susceptible de lograr¹⁶⁰.

II. 3.3.4.A.b)ii) El conflicto de intereses en la autocontratación y la extralimitación

Uno de los principales problemas que plantea la representación es el de su control. De hecho, la extralimitación se produce por una falta de control del representado (o de la autoridad competente en el ámbito de la representación legal) sobre el representante. Teniendo en cuenta que la representación descansa en la confianza y que muchas veces se constituye para agilizar y facilitar la labor del representado, la plena fiscalización de todos los actos del representante podría resultar contraproducente, pero también es cierto que cuanto más laxo es ese control mayores son las posibilidades de extralimitación.

¹⁵⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T. I, V. I, 2º parte...*, págs. 961 y 963, parte de la distinción entre representación voluntaria y legal afirmando que mientras la primera se basa en la idea de cooperación, la segunda lo hace sobre la de sustitución. En la representación del ausente no concurre verdadera representación, a decir del autor, porque no se da “una verdadera sustitución de la actividad jurídica si el ausente o el desaparecido realmente viven, por cuanto del art. 188 CC claramente resulta que el ausente –allí donde se encuentre- sigue capacitado y legitimado para gestionar sus propios intereses. De todas formas esta desviación con respecto a los principios generales que informan la representación legal no constituye ningún obstáculo insuperable para seguir configurando, según criterio del legislador español, como supuestos de representación legal al del ausente y el del desaparecido”.

¹⁶⁰ PUGLIATTI, S., *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 263.

Cada escenario posee características especiales. No es lo mismo el poder otorgado en el tráfico mercantil que en el civil, el conferido a un profesional que a un particular, el que se concede de forma ocasional o habitual... Pero hay situaciones que se prestan mejor que otras al abuso y a la extralimitación, como es el caso de la autocontratación; especialmente, allá donde un sujeto actúa como representante de otro para contratar consigo mismo. Ejemplos de conflicto de intereses los encontramos en la práctica: escritura en la que el representante establece solidaridad pasiva entre sus deudas y las del representado (RDGRN 21 junio 2001, BOE nº 200, 21 agosto 2001), escritura de constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena (RDGRN 20 septiembre 1989)¹⁶¹, compraventa en la que una misma persona es apoderado del vendedor y del comprador y otorga un subapoderamiento para eludir externamente la apariencia de autocontrato (RDGRN 28 junio 2013, BOE nº 183, 1 agosto 2013, págs. 56020 a 56027), una sociedad aparece representada por una persona y otra sociedad aparece representada por otra que nombró a la primera (RDGRN 13 febrero 2012, BOE 8 marzo 2012, págs. 21827 a 21838)¹⁶², etc.

En ocasiones las limitaciones a la actuación del representante derivan de la voluntad del representado (incluida la autocontratación), mientras que otras veces los límites se hallan en la regulación legal. Así, el art. 1459.2º CC prohíbe a los mandatarios comprar, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona intermedia, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. En estos casos de negocios consigo mismo, las prohibiciones operan como límites legales¹⁶³.

¹⁶¹ Comentada por ACEDO-RICO HENNING, F., "Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1989", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 605, Julio-Agosto 1991, págs. 1935 a 1962. No es inscribible una escritura de constitución de hipoteca en la que una misma persona actúa a la vez en representación de la sociedad deudora y de la sociedad hipotecante, aunque solo cuando el deudor e hipotecante no deudor estén representados por la misma persona y en los poderes no se haya admitido expresamente el autocontrato. Considera la Dirección General que la hipoteca con fianza es un triple negocio.

¹⁶² Al no estar autorizados expresamente los actos de autocontratación por el representante de las sociedades afectadas, los mismos estarían viciados de nulidad por insuficiencia de poder, a juicio del Centro Directivo.

¹⁶³ Otro tanto ocurre con el art. 1459.1º CC ("No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona intermedia: Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección"), art. 267 primer párrafo CCo ("Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente") y art. 288 CCo ("Los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre

El Derecho romano no admitió con carácter general la autocontratación¹⁶⁴. La aceptó expresamente en negocios jurídicos concretos –ejecución de obligaciones de pago, autocontrato de préstamo, ventas que el representante se hace a sí mismo- y estableció prohibiciones también determinadas – autocontratación del tutor cuando tenía intereses contrapuestos a los del pupilo-. Fundaba las prohibiciones no en la supuesta incompatibilidad de varias declaraciones en la misma persona o en la existencia de una voluntad única sino en la colisión de intereses.

La doctrina del último siglo y medio se ha mostrado dividida en torno a la admisión del autocontrato¹⁶⁵. *Hupka* niega que el peligro de conflicto de intereses impida actualmente el autocontrato en el ámbito de la representación. En la legal, porque la ley es la que decide y todo cuanto no esté prohibido se entiende permitido; en la voluntaria, quien decide es el poderdante: si lo ha prohibido no será admisible; si no existe una manifestación de voluntad en tal sentido se considera un problema de extensión del poder. Aunque llevado a este campo, defiende que el hecho de que el poder ampare o no el acto representativo depende únicamente de que el acto corresponda al interés del representado y a la diligencia debida por el apoderado con arreglo a la relación interna. En caso

propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello. Si negociaren sin esta autorización, los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas a cargo del factor. Si el principal hubiere concedido al factor autorización para hacer operaciones por su cuenta o asociado a otras personas, no tendrá aquél derecho a las ganancias ni participará de las pérdidas que sobrevinieren. Si el principal hubiere interesado al factor en alguna operación, la participación de éste en las ganancias será, salvo pacto en contrario, proporcionada al capital que aportare; y no aportando capital, será reputado socio industrial".

¹⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. primero..., págs. 222, 224 y 225, lo denomina "contrato del representante consigo mismo", aunque reconoce que un contrato solo nace cuando dos personas concuerdan sus voluntades y que quizá la calificación jurídica que mejor se adapta a su naturaleza jurídica sea la de negocio jurídico unilateral, como introdujo *Rümelin* y adoptó De Castro, a pesar de encontrar algunas dificultades de orden legal derivadas de los arts. 1089 y 1254 de nuestro CC.

¹⁶⁵ HUPKA, J., *La representación...*, págs. 246 a 253. Las causas alegadas para rechazarlo han sido de dos tipos: No concurre el requisito propio del contrato, manifestado en el encuentro de dos voluntades coincidentes –*Leonhard, Lepa, Bechmann, Muskat*-. Y el conflicto de intereses que de ordinario se da impide su admisibilidad general –*Denburg, Mitteis, Behrend* y el TS alemán a principios del siglo XX, que lo admiten de forma casuística-.

contrario se considerará un exceso de poder y se tratará como extralimitación, precisando de la ratificación posterior por parte del principal¹⁶⁶.

En nuestro derecho, a diferencia del alemán¹⁶⁷, no goza de una regulación expresa¹⁶⁸. No establece una prohibición general pero sí algunas especiales: arts. 162.2º, 163, 221.2º o 1.459 CC y 135, 136 o 267 CCo. No obstante, sí goza de regulación expresa en los casos de contratación bursátil, a través del RD 1416/1991, 27 de septiembre –ver arts. 2 y 3–, y en el art. 622-25 CCCat, a propósito del mandato¹⁶⁹. En opinión de Broseta, la idea de la autocontratación

¹⁶⁶ HUPKA, J., *ut supra*, págs. 259 a 273. En nuestra doctrina rechaza esta concepción BÁDENAS CARPIO, J.M., en “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2158, quien opina que el tema del autocontrato no tiene nada que ver con la extensión de los poderes conferidos al representante sino con el respeto a la voluntad del representado y a los fines del apoderamiento [STS 15 marzo 1996 (Roj: STS 7951/1996; ECLI:ES:TS:1996:7951)].

¹⁶⁷ El Derecho alemán admite la autocontratación con carácter general cuando el negocio consiste exclusivamente en el cumplimiento de una obligación, quedando prohibida la dación en pago –art. 181 BGB–. También existen preceptos particulares que la permiten expresamente, como los parágrafos 854,II y 1409.

¹⁶⁸ En la doctrina CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, pág. 868, y más tarde DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. Primero...*, pág. 224, mencionando la RDGRN 30 mayo 1930, recuerdan que existen cuatro teorías acerca del autocontrato: las que niegan la posibilidad, las que la admiten mediante la manifestación de un doble consentimiento, las que lo reconocen pero admiten un solo consentimiento y las que colocan el acto fuera de la categoría de los negocios bilaterales. La doctrina es partidaria siempre que no esté comprendido dentro de una prohibición legal ni se le pueda aplicar por analogía (ver DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 282, alude a la STS 5 noviembre 1956 (Roj: STS 343/1956; ECLI:ES:TS:1953:343) que, aplicando el principio *odiosa sunt restringenda*, indica que las prohibiciones establecidas para los supuestos de representación legal deben ser objeto de interpretación estricta, nunca extensiva), no exista incompatibilidad de intereses y con base en la propia voluntad del poderdante (en SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 922, dice que esta forma de contratación sería jurídicamente ineficaz cuando a través de ella “se realicen actos abusivos del representante por existir un conflicto de intereses”). El TS, que se mostraba poco propicio [STS 6 marzo 1909 JC, 1ª serie, parte 3ª, T. XXXII, Vol. II, n.º 11]], lo admite en la actualidad como forma simplificada del comercio jurídico e interpreta las prohibiciones legales de forma estricta. DíEZ-PICAZO, L., *ut supra...*, págs. 226 y 227, menciona las siguientes sentencias: SSTS 5 noviembre 1956 (Roj: STS 343/1956; ECLI:ES:TS:1953:343), 21 febrero 1968 (Roj: STS:2958/1968; ECLI:ES:TS:1968:2958), 8 enero 1980 (Roj: STS 64/1980; ECLI:ES:TS:1980:64). La DGRN viene reconociendo su admisibilidad desde las resoluciones 29 diciembre 1922 (Gaceta de Madrid, nº 44, 13 febrero 1923, págs. 554 a 556) y 30 mayo 1930 (Gaceta de Madrid, nº 196, 15 julio 1930, págs. 339 a 342). Como regla general entiende que el autocontrato es nulo cuando existe conflicto (con posibilidad de ratificación), aunque admite su validez mediante una autorización especial, no bastando una genérica atribución de facultades o poderes representativos: RRDGRN 17 noviembre 2000 (BOE nº 8, 9 enero 2001, págs. 1064 a 1066), 21 octubre 2011 (BOE nº 14, 17 enero 2012, págs. 3390 a 3393) y 28 junio 2013 (BOE nº 183, 1 agosto 2013, págs. 56020 a 56027). En esta segunda resolución, tratándose de autocontratación con conflicto de intereses en su calidad de administrador de la sociedad representada, el acto específico de autorización debe partir de la Junta General.

¹⁶⁹ Existen propuestas normativas que lo contemplan de forma expresa. El art. 5111-10.1 de la propuesta de Libros V y VI CC presume el conflicto de intereses cuando dice: “Se presume que hay conflicto de intereses cuando el mandatario ha celebrado un negocio jurídico consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez por cuenta de otro”, aunque en el punto 2

subyace tras el planteamiento legal de las sociedades unipersonales¹⁷⁰, donde un mismo sujeto de derecho puede gestionar dos patrimonios separados: uno como titular, otro como representante¹⁷¹.

El conflicto de intereses trata de evitar el juego sucio al que pueda verse tentado el autocontratante, no tanto por la actuación negligente en la defensa del interés del principal sino por anteponer aquél interés al suyo propio. Quien así actúa desnaturaliza la figura jurídica y debe sufrir las consecuencias legales frente a su proceder antijurídico. Sin embargo, la tradicional reticencia que despierta la figura no puede llevarnos a caer en la trampa de la confusión conceptual, porque ni todo autocontrato produce conflicto de intereses, ni todo escollo que emane de tan controvertida figura debe reconducirse al tema del interés.

Cuando el interés del *dominus* sí resulta afectado por la conducta del representante, ya dijimos que habrá abuso o extralimitación, dependiendo de que se infrinjan o no los límites formales del poder¹⁷². La posibilidad del conflicto es tanto mayor cuanto menores sean los controles efectivos sobre la labor

establece excepciones a la posibilidad de anulación por parte del mandante. Art. 5111-10.2: “a) Si lo hubiera consentido expresamente. b) Si el mandatario le hubiera informado previamente y aquél no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable, y, en todo caso, si no hubiera podido ignorar el modo de actuar del mandatario. c) Si el mandato se hubiera otorgado a favor de mandante y mandatario. d) Si el mandatario tuviese instrucciones precisas y concretas del mandante para su realización. e) Si el mandato se ejecuta en el marco de un mercado oficial o regulado”. Y en términos muy similares se expresa el art. 1132-2, puntos 2 y 3, del borrador de Libro I CC: “2. Se presume la existencia de conflicto de intereses cuando el representante celebra el negocio consigo mismo por su propia cuenta y cuando actúa a la vez como representante de más de una persona. 3. El representado no puede anular el negocio: a) Si ha facultado al representante en el poder para dicha actuación. b) Si pese a haber sido informado previamente por el representante no ha opuesto objeción en un plazo razonable. c) Si tras su celebración lo confirma expresa o tácitamente”. La diferencia está en que el primer proyecto lo regula en sede de mandato y el segundo a propósito de la representación.

¹⁷⁰ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I, Introducción y Estatuto del Empresario, Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades*, Vigésimo primera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, págs. 652 y 653, de ahí la regulación establecida en los arts. 16.2 y .3, 92.5º y 93.2.1º TRLSC).

¹⁷¹ Incluso en sede matrimonial, López Alarcón en LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág. 141, dice respecto del matrimonio por poderes, que “si es un solo contrayente el que otorga poder no puede designar mandatario al otro cónyuge, ya que tanto en un caso como en otro se produciría un fenómeno de autocontratación no contemplado en los cánones 1104 y 1105”.

¹⁷² GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9043, califica como abuso más que como extralimitación en el ejercicio de la representación, la posposición del interés del representado, puesto que –según refiere, el representante- actúa dentro del ámbito del poder conferido pero sin satisfacer el interés del principal.

desarrollada por el autocontratante, aunque esto no debe llevar a excluir la figura. Si el poder se otorga en casos de confianza entre poderdante y apoderado, tanta o más confianza debe existir cuando alguien permite que otro se arroge la potestad para contratar consigo mismo. También existen peligros en el otorgamiento de poderes preventivos, poderes irrevocables, donaciones inter vivos, rendición de cuentas en la guarda de hecho, etc., que responden a finalidades tan lícitas a *priori* como el autocontrato, a pesar de los inconvenientes prácticos que plantean. Estos problemas son de dos tipos en materia de extralimitación: su detección o control y la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico ante ella.

El control puede ser previo o posterior. El primero se ejerce a través de la elección del representante y con las limitaciones que imponga a su labor. El segundo, mediante una vigilancia periódica y una rendición final de cuentas, valiéndose de cuantos medios lícitos tenga a su alcance para llevar un seguimiento adecuado (presentación de informes, rendición periódica de cuentas, entrega de balances, justificantes, etc.)

Respecto de sus consecuencias, nuestra jurisprudencia declara la nulidad de pleno derecho por existencia de conflicto de intereses, a propósito de la prohibición de compraventa al mandatario de los bienes cuya administración tuviese encomendada, igual que en el caso de un representante legal titular de la patria potestad¹⁷³.

La doctrina se debate entre la nulidad y la anulabilidad del contrato:

- De Castro dice que la compraventa prohibida al mandatario por el art. 1459.2 CC, aun siendo nula, producirá todos sus efectos si se confirma, expresa o tácitamente, pues tiene todas las condiciones exigidas por el artículo 1261 (arts. 1310 y 1311)", lo que "concuera y se confirma, con lo dispuesto por el art. 1259, que acepta como válido un contrato nulo con sólo ser ratificado, convalidándose según la jurisprudencia desde el momento de su celebración)". Igual que nula es

¹⁷³ SSTs 11 junio 1966 (RJ 1966/3406) y 9 mayo 1968 (Roj: STS 2176/1968; ECLI:ES:TS:1968:2176).

la compra o la venta realizada en estos términos por el comisionista, en virtud de lo dispuesto en el art. 267 CCo. El autor se plantea si cabría aplicar en ambos casos el art. 1715 CC, considerando la autoentrada como una extralimitación, solución “sin duda justa, pues no lesiona ningún interés, y conveniente (pero que) no parece prosperaría ante los Tribunales de justicia dados los términos imperativos del artículo 267 del Código de Comercio”¹⁷⁴.

- De León Arce, siguiendo a Díez-Picazo, dice que la solución no puede ser idéntica en la representación voluntaria y en la legal, ya que en el primer supuesto se protege un interés privado y no concurre una razón de orden público. Un negocio jurídico privado concluido sin poder no puede declararse nulo sin más porque con ello se niega su posterior ratificación (art. 1259 CC); mientras que la nulidad por conflicto de intereses entre representante legal y representado sí sería correcta, al ampararse un interés público, como es la protección de menores –también incapaces o ausentes-¹⁷⁵.

En la extralimitación presidida por un interés privado, Díez-Picazo, aun admitiendo la invalidez del negocio jurídico, niega la nulidad, y para ello ofrece dos tipos de justificación: por un lado, porque el autocontratante está vinculado por lo que ha realizado y no puede desconocerlo pidiendo él mismo la nulidad; y por otro, porque los actos absolutamente nulos impiden su subsanación y una eventual ratificación, de ahí que sea “preferible” una anulabilidad o, “si se prefiere, la llamada <<nulidad relativa>>, que algunos encuentran en el art. 1259 CC”¹⁷⁶.

Esta idea, que consideramos la más adecuada y que está en conexión con las consecuencias de la extralimitación a las que más tarde aludiremos, pone de manifiesto que por encima de la actuación del representante, legitimada o no, prima el interés de las partes. La nulidad impide la validez del negocio jurídico representativo, la anulabilidad parte de su validez pero conlleva la carga del ejercicio de acciones de impugnación, mientras que la ratificación permite la

¹⁷⁴ DE CASTRO, F., “El autocontrato en el Derecho privado español...”, págs. 44 y 46.

¹⁷⁵ DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, págs. 283 y 284.

¹⁷⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. Primero..., pág. 228.

eficacia de un negocio que puede beneficiar a los titulares del interés. Si la actuación del autocontratante extralimitado obliga o no tan solo depende de dos factores: que se ratifique por el *dominus* o que sea útil al representado (en cuyo caso dijimos que no existe verdadera extralimitación). Y esto sirve también a la representación legal, que goza de un mayor un marco jurídico de protección del interés que la representación voluntaria, excluyendo la nulidad radical automática que permita la ratificación posterior, a pesar del peligro que comporta. Un peligro inherente a la propia institución que ha motivado muchos rechazos doctrinales y legales, pero que en el campo de la representación legal cuenta con mecanismos garantistas a favor del representado, y en el de la representación voluntaria, el control ejercido por el *dominus negotii*.

II. 3.3.4.A.b)iii) El titular del interés

Hay quienes niegan que la defensa del interés del representado sea requisito necesario en la representación o que, admitida su existencia, puedan concurrir otros¹⁷⁷. Sin embargo, creemos que aunque puedan existir más intereses en juego, siempre estarán presentes el del representado y el del tercero cocontratante, como destinatarios finales de los efectos que derivan del negocio jurídico representativo.

II. 3.3.4.A.b)iii)@.- El interés del representado

El contrato de mandato es uno de los cuatro contratos consensuales –junto a la compraventa, la sociedad y el arrendamiento- cuya aparición ha sido situada en la época de desarrollo de la actividad comercial en el Mediterráneo, hacia el siglo III a.C., al igual que el resto de los negocios del *ius Gentium*¹⁷⁸. En esta época el

¹⁷⁷ HUPKA, J., *La representación voluntaria...* págs. 11 y 129. No considera que ese interés al que alude la doctrina haya de ser el del representado, pudiendo defenderse el interés del propio representante o el de un tercero.

¹⁷⁸ ARCOS VIEIRA, M^a. L., “Sobre el contrato de mandato...”, pág. 62, citando a ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto romano, corso di lezioni svolto nell’Univerdità di Roma, anno 1948-1949*, rist. Anast., Napoli, 1965, págs. 44 y ss.; también en ARCOS VIEIRA, M^a.L., *El Mandato de Crédito...*, págs. 22 y 23.

contrato respondía a criterios de amistad o se desarrollaba en el ámbito de las relaciones familiares. Su clasificación atendía a criterios de utilidad o interés, y en principio se creó una división ternaria: *mandatum mea gratia*, en interés del mandante; *tua gratia*, en utilidad del mandatario; *aliena gratia*, en interés o utilidad de un tercero¹⁷⁹. Más tarde surgieron supuestos intermedios: en interés del mandante y el mandatario; del mandante y el tercero; y del mandatario y el tercero. Todas las variantes posibles excepto una: el mandato establecido en interés exclusivo del mandatario o *mandatum tua tanta gratia*. En épocas remotas, igual que sucede en la actualidad, el interés del mandatario era considerado el fin (o uno de los fines) a que atendía el *mandatum*.

De regulación tardía dentro del Derecho patrio, las Partidas distinguieron seis tipos distintos de contratos de mandato en atención al interés: mandato *gratia mandantis tantum*, celebrado para utilidad exclusiva del mandante; mandato *gratia tertii tantum*, la utilidad que se sigue del contrato no redunda en beneficio del mandante ni del mandatario, sino de un tercero; mandato *gratia mandantis et alterius tertii*, en utilidad tanto del mandante como de un tercero; mandato *gratia mandantis et mandatarii*, en utilidad tanto del mandante como del mandatario; mandato *gratia mandatarii et alteri tertii*, en utilidad del mandatario y de un tercero; mandato *gratia mandatarii tantum*, que es un mandato en utilidad o gracia exclusiva del mandatario¹⁸⁰. Aunque en realidad no se consideraba como auténtico mandato sino como consejo, y no generaba obligación para ninguna de las partes, el mandato *gratia mandatarii tantum*, era concebido como un mandato en utilidad o gracia exclusiva del mandatario.

Otros textos legales más modernos siguen el mismo criterio¹⁸¹.

¹⁷⁹ ARCOS VIEIRA, M^a.L., *El Mandato de Crédito...*, pág. 26.

¹⁸⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, P., Y MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica, Tomo II*, Séptima Edición, nuevamente corregida y aumentada por los autores, Biblioteca de la Universidad Central de la Facultad de Jurisprudencia, Madrid, 1865, pág. 305, hablan solo de cinco clases: en utilidad del mandante, de un tercero, del tercero y del mandante, del mandante y del mandatario y, por último, del tercero y del mandatario. "Cuando la utilidad es exclusiva del mandatario no hay contrato sino un consejo que impondrá responsabilidad, si dado con mala fé probada, causa perjuicios al que le recibe, que deberá ser indemnizado", según lo referido por estos autores y lo establecido por la ley 23, Título XII, Partida V.

¹⁸¹ Así el art. 1411 del proyecto de CC español de 1832, que también decía: "El mandato puede tener por objeto: 1º La utilidad del mandante. 2º La utilidad de un tercero que no contrata. 3º El

Aun admitiendo que junto al interés del representado pueda concurrir el del representante y el de terceros ajenos a la relación representativa¹⁸², no parece que pueda obviarse el interés de quien voluntariamente decide emplear esta vía¹⁸³. Y aún menos en el ámbito de la representación legal. Siempre que una persona acude a la representación lo hace para defender un interés personal: obtención de una ganancia, saldar una deuda, favorecer a un pariente o a un amigo, etc. Incluso en el supuesto de que actúe para beneficiar a un hijo sin obtener recompensa económica existe un interés moral o sentimental que justifica su decisión. O cuando para el pago de una deuda se apodera a otro, al concederle la posibilidad de gestionar su crédito del modo y en el tiempo que le resulte más beneficioso –evitando así lo engorroso de la operación o posibles litigios por la forma de proceder-¹⁸⁴. Solo si concebimos el interés desde un punto de vista mercantilista podría defenderse la posibilidad de que el representado quede fuera juego. Pero visto desde un prisma más amplio, equivalente a cualquier tipo de provecho o utilidad que reporte al sujeto, podemos afirmar que

beneficio de un tercero y del mandante. 4º La utilidad de éste y del mandatario”. Según PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T. I, V. I, 2º parte...*, pág. 925, este precepto mantenía casi inalterada la doctrina recogida en Las Partidas sobre las distintas variantes en cuya utilidad se celebra el contrato. También cabe citar el art. 24, Capítulo I, Título IX, Libro Segundo, del CC argentino, en su redacción original: “el mandato puede tener por objeto uno ó más negocios del interés exclusivo del mandante, ó del interés comun del mandante y mandatario, ó del interés comun del mandante y de terceros, ó del interés exclusivo de un tercero; pero no en el interés exclusivo del mandatario”.

¹⁸² En contra DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 34 y 35, para quien la defensa del interés del representado excluye cualquier otro. Una representación en interés del representante (*procurator in rem suam*) o en interés de un tercero es una forma de fiducia que no pertenece ya a la esencia de la representación. Según MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 124, el Derecho alemán admite la representación en interés propio del representante o en interés del tercero.

¹⁸³ La RDGRN 10 marzo 2016 (BOE nº 101, 27 abril 2016, págs. 28144 a 28157), dice que la interpretación cautelosa del poder obedece “exclusivamente a los intereses del poderdante”, los cuales se verían puestos en peligro si esa libertad interpretativa condujera a la extensión del poder más allá de los supuestos que el poderdante previó y consintió.

¹⁸⁴ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T. I, V. I, 2º parte...*, págs. 925 a 927, opina que en este supuesto solo se atiende al interés del representante, pero que de igual modo que la doctrina anterior al CC excluía de la categoría del mandato el otorgado a favor exclusivamente del mandatario, para el derecho actual también debe afirmarse que la representación en interés exclusivamente del representante queda fuera de la representación, y debe encuadrarse en una figura distinta, que deberá calificarse normalmente de contrato o negocio jurídico fiduciario o relativamente simulado. Algo que también debe ocurrir, a su juicio, cuando la representación se otorga únicamente en interés de un tercero o en interés del representante y de un tercero. Para BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3487, el hecho de que el mandato pueda celebrarse también en interés del mandatario no puede llevar a interpretar que el interés gestionado y que constituye el objeto del mandato pueda ser propio del mandatario.

en la representación siempre concurre el interés del representado. Especialmente el suyo, al ser quien pone en marcha el mecanismo representativo. Desde un punto de vista teórico sería posible emplear el mecanismo representativo en interés exclusivo del representante, pero en este caso no habría verdadera representación. Es difícil imaginar un supuesto en el que un sujeto ceda la gestión total o parcial de sus bienes a quien no conoce y no une el más mínimo lazo afectivo -porque de existir, habría un interés concurrente-. Sin embargo, en el plano de los conceptos sería posible. Ahora bien, este modo de proceder carente de interés, implica un abandono de los propios bienes o derechos a favor de un sujeto cualquiera, y no representa al titular.

En la representación el consentimiento, el objeto y la causa del negocio jurídico representativo se construyen sobre la apariencia de otro consentimiento, de otro objeto y de otra causa. Si los elementos del contrato han de ser objetivamente iguales para ambas partes, el esquema quiebra en la extralimitación desde el momento en que una de las partes –el representado, a través del representante-, no quiere lo mismo que el tercero cocontratante. El actuar deslegitimado del representante rompe la debida unidad negocial y, en principio, no existe representación –al menos en la parte extralimitada-, por lo que el negocio extralimitado sería “nulo” por falta de elementos esenciales. La opción que ofrece el legislador para salvar esta situación es la ratificación, siempre que se otorgue antes de la revocación por la otra parte contratante –art. 1259.2 CC-. Pero el interés permite que, aún sin ella, puedan mantenerse los efectos producidos, siempre que la forma de actuar beneficie el representado más que la autorizada por él. Surge así una norma tuitiva que sacrifica la seguridad que ofrece el límite formal sobre el interés que representa el límite sustancial, atribuyendo los mismos efectos a la actuación *intra limes* que al cumplimiento *extra limes* más ventajoso. Y no solo encontramos ejemplos en el campo de la representación voluntaria con el mencionado art. 1715 CC, sino también en el ámbito de la representación legal con los arts. 172 y 304 CC¹⁸⁵.

¹⁸⁵ El art. 172 CC dice que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, “no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean

Pero, ¿cómo saber que el representante atiende el interés adecuado y no actúa impulsado por motivos espurios? Acabamos de decir, a propósito del conflicto de intereses en el autocontrato, que la confianza en la que descansa el poder “garantiza” lealtad, y la importancia de un adecuado control sobre su actuación. Sin descartar la importante labor interpretativa que esta institución exige. En la representación legal el control no lo ejerce el representado, sino otras personas o instituciones que actúan impulsadas por fines tuitivos.

En la representación voluntaria el representado vela por su interés mediante la información que le facilita el representante y la rendición de cuentas. Sin embargo, puede suceder que los poderes escapen a sus conocimientos. ¿Cómo controlar entonces la labor ajena y detectar la extralimitación? Son frecuentes los poderes otorgados a profesionales para la gestión de ciertos asuntos -la entidad bancaria que gestiona activos financieros, el abogado defensor, el tratamiento médico, etc.- donde la única vía que queda al representado es el asesoramiento comparativo y el ejercicio de acciones frente al representante extralimitado en quien confió, con la agravante de que la falta de conocimientos -que a menudo obliga económicamente para la obtención de información imparcial y veraz- y el corporativismo profesional, dejan al representado en una posición de cierta indefensión. Es él quien voluntariamente da vida a la representación -aunque no siempre, como ocurre con el poder otorgado para un tratamiento vital-, pero en realidad se limita a hacer uso de los mecanismos que le ofrece el ordenamiento jurídico. Por tanto, siempre que actúe con buena fe, creemos que el representado deberá asumir el riesgo creado, excepto aquél que escape a su control. Para valorar este extremo han de tenerse en cuenta las circunstancias del caso, en especial la instrucción de las partes y la diligencia observada.

beneficiosos para él”. Aunque el guardador de hecho no sea un representante sino un mero asistente, es el interés el que justifica el contenido del art. 304 CC, sirviéndonos de pauta interpretativa: “los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.

II. 3.3.4.A.b)iii)@@.- El
interés del tercero
cocontratante

Igual que sucede con el representado, el tercero que contrata con el representante actúa en defensa de sus propios intereses. Intereses privados, sometidos a principios también privados, sobre los que ordenamiento jurídico no tiene nada que decir, siempre que no se traduzca en actos contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Como se ha afirmado, el tratamiento moderno de la extralimitación no se califica desde la posición subjetivista del mandante o formal del poder mismo, sino principalmente, si existe mandato o apariencia del mismo, desde la protección del tercero, del tráfico mercantil y de las circunstancias objetivas del negocio. El hecho de que la extralimitación sea imputable al mandatario que actúa conscientemente, o por error, será en principio irrelevante respecto del tercero, e igualmente lo será que el mandatario actúe de buena fe o con intención de dañar al *dominus*, pues no son las relaciones privadas entre las partes, o la protección del mandante lo que define la extralimitación, sino la protección del tercero o del tráfico mercantil¹⁸⁶.

En el ámbito mercantil, se ha propuesto extender la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 19 mayo 2009 (La Ley 67167/2009)¹⁸⁷ a las personas físicas, “en consonancia con la amplia flexibilidad con que viene apreciándose el cumplimiento de la exigencia legal de expresión cartular de la *contemplatio domini*”, en orden a la “cabal ponderación de los diversos intereses

¹⁸⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 2981.

¹⁸⁷ Esta sentencia recoge el supuesto del librador de un pagaré que al tiempo de la emisión del título era administrador único de una mercantil. En el título figuraba estampillado encima de la firma el sello con los datos suficientes para identificar como emisora del pagaré a la referida sociedad. Con base en estos datos el TS entiende que los administradores de las compañías no necesitan hacer mención del poder, ya que va unido al cargo, siendo suficiente la *contemplatio nomine* para hacer visible la relación representativa frente a los posibles poseedores de la letra. De aquí extrae la siguiente doctrina: "cuando un librador o endosante de una cambial (o de un pagaré) es una sociedad resulta suficiente, y cumple el trámite normal, la firma del representante de ella, juntamente con la mención de la estampilla de la razón social en cuya representación actúa aquél" (FD Segundo, *in fine*).

en juego”, que acaban siendo para el autor el interés del tercero y la seguridad del tráfico jurídico¹⁸⁸. Pero si la representación está concebida en interés del principal y existen intereses especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico, ¿qué razón hay para que suela prevalecer el interés del tercero en caso de conflicto derivado de la extralimitación del representante? El interés del menor o del discapacitado, pese a gozar de una especial protección, no son absolutos y a veces ceden ante otros intereses igualmente legítimos. Y lo que otorga más o menos legitimidad al tercero respecto del representado –legal o voluntariamente- no se encuentra en el propio interés sino en ciertos principios de orden público que juegan a su favor, como la buena fe y la seguridad jurídica, en los que se basa la protección de la apariencia, unidos a la corresponsabilidad del declarante. Si el tercero actuara de mala fe o tuviera conocimiento de la extralimitación no se vería protegido por el ordenamiento jurídico¹⁸⁹.

Son principios de carácter general, positivados a nivel legal –art. 7 CC- y constitucional –art. 9.3 CE-, los que hacen decantar la balanza a favor del tercero, pensados no solo para regular el negocio jurídico representativo concreto donde se plantea el conflicto o el interés de dos sujetos determinados, sino para proteger la seguridad global del tráfico jurídico. ¿Qué seguridad ofrecería un negocio realizado a través de representante si se hiciera depender su validez de la actuación legitimada o extralimitada de quien actúa como intermediario? Parece más seguro que deba protegerse a quien lo hizo en la creencia de legitimidad. Incluso en el supuesto de que el negocio fuera fruto de

¹⁸⁸ LA CASA GARCÍA, R., “La expresión documental de la *contemplatio domini* en la representación cambiaria”, Derecho de los Negocios, nº 269, Sección Temas de hoy, mayo-junio 2013, Editorial La Ley 2812/2013, pág. 4. Llama la atención la total sumisión al interés del tercero, desatendiendo cualquier otro, después de que calificara esta extensión de “harto dudosa”, diciendo que “la consignación de la identidad del representado, junto a la firma del representante –en el título cambiario-, mas sin indicación alguna del carácter representativo de la suscripción efectuada, no permitiría entender debidamente cumplida, en línea de principio, la exigencia legal de expresión documental de la *contemplatio domini*, por no desprenderse de manera inequívoca de las menciones recogidas en el título el *alieno nomine agere*; antes al contrario, la actuación del representante induciría más bien a concluir que se obligó en nombre propio... debiendo descartarse, en todo caso, la asunción de responsabilidad cambiaria alguna por parte del representante..., sin perjuicio de la responsabilidad extracambiaria”. Como se puede apreciar, esta interpretación contraría la seguridad jurídica a favor de la seguridad del tráfico, atendiendo en exclusiva al interés del tercero, a pesar de alegar una interpretación ponderada de todos los intereses en juego.

¹⁸⁹ Así lo reconoce también ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 2982, citando la STS 10 enero 1990 (RJ 1990/32).

la representación legal, ya que la parte “más débil” en dicho negocio es el tercero. Y lo es por dos motivos: primero, porque carece de la información necesaria que le permita formarse un consentimiento verdadero y válido acerca de la realidad interna de la contraparte; y segundo, porque no es justo que el riesgo que comporta el mecanismo representativo con la dualidad de voluntades le afecte a quien ha sido ajeno a él. Incluso cuando se contrata con un representante, ya que las relaciones internas entre representante y representado le son ajenas y pueden estar amparadas por el secreto, y porque el Derecho solo le obliga a actuar con buena fe y con la diligencia propia del hombre medio. Son los mismos principios que justifican la apariencia jurídica en ausencia de verdadera representación de la que habla Gordillo Cañas¹⁹⁰. Y todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al representado frente al representante por su actuación extralimitada.

Pero la seguridad del tráfico jurídico no es criterio comúnmente admitido, como veremos al tratar de los poderes preventivos. Hay casos concretos de representación, como en el marco de la discapacidad, donde la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos fundamentales relegan la seguridad a un segundo plano. Es evidente que en la pugna de intereses entre representante y representado no puede argüirse diciendo que la prevalencia entre uno u otro se basa en el respeto a la dignidad personal. Debe existir algo más. En su momento desarrollaremos la idea de que un adecuado respeto a los derechos personales no desplaza –o no debe desplazar- la seguridad, porque un adecuado control de ciertos poderes solo se logra con el justo equilibrio entre ambos. También en estos casos existe un espacio para la seguridad del tráfico que, a su vez, conjuga los principios de autorresponsabilidad del declarante y el de confianza: el apoderado debe responder de sus actos y asumir las consecuencias de su proceder deslegitimado, siempre que haya creado en la contraparte una apariencia de derecho seria, justa y digna de protección.

¹⁹⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 66, 68, 77, 78, 91, 93, 132, entre otras muchas, ya que su obra se basa precisamente en la idea de que a falta de poder (por inexistencia, extinción, extralimitación o abuso) no existe representación sino tan solo una apariencia a favor del tercero que ha actuado de buena fe y con la debida diligencia.

II. 3.3.4.B) La voluntad

Parece que existe cierto consenso doctrinal en la idea de que, para que exista representación voluntaria, es necesaria la voluntad del principal y la del tercero; y, dentro de la legal, tanto la de este último como la del representante. Existen peculiaridades que generan desencuentros, pero el punto de mayor controversia y que más interesa a los fines de nuestro estudio es el relativo a la voluntad del representante ante cualquier situación representativa, ya que es el único que puede cometer extralimitación.

Por un lado están los que exigen la voluntad de representante y del representado en la representación voluntaria. Es el grupo más nutrido y al que pertenece *Hupka*, quien defiende la diferencia entre el negocio jurídico de apoderamiento y el celebrado entre representante y tercero, sobre la base de dos voluntades autónomas: la del representado y la del representante, respectivamente. Toma como base las teorías de *Savigny* y de *Thol* quienes, cada cual a su manera¹⁹¹, atribuyen un papel preponderante a la voluntad del representado sobre la del representante. Sostiene que el representante posee voluntad propia, distinta a la del representado, como demuestra el hecho de que ambas voluntades estén dirigidas a fines diversos. El representado, cuando otorga poder, se limita a formular un encargo, a consentir los actos jurídicos que el representante ha de realizar en su nombre, pero es el representante quien manifiesta su voluntad de inmediata modificación del derecho.

En el mismo sentido se expresan, dentro de la doctrina francesa, *Planiol* y *Ripert*¹⁹², para quienes la representación es el medio que tiene una persona para producir, sirviéndose de la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado personalmente; *Démogue*¹⁹³ ha indicado que hay representación

¹⁹¹ Según explica HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 40, para *Savigny* todo representante es un mero transmisor de la voluntad ajena y el apoderamiento contiene la inmediata voluntad contractual que aquél se limita a transmitir. *Thol* habla de doble contratación –por un lado, el contrato que liga al poderdante y al apoderado; por otro, el que liga al representante con el tercero- de modo que el representante, con su actuación, concreta una voluntad abstracta del principal.

¹⁹² PLANIOL ET RIPERT, *Droit Civil, Tomo VI*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925, pág. 70.

¹⁹³ DÉMOGUE, R., *Traité des obligations, Tomo I*, Paris, 1923, pág. 173.

“cuando una manifestación de voluntad emana de una persona distinta de aquella que naturalmente debe hacerla y los efectos se producen, sin embargo, como si esa manifestación de voluntad emanara de esta última persona”.

En Italia, *Coviello*¹⁹⁴ asegura que la representación es la sustitución de una voluntad por otra en la conclusión de los negocios jurídicos; sin embargo, distingue los efectos, es decir, los derechos y obligaciones nacidos del negocio que repercuten en la persona del representado, y la causa, que identifica con la declaración de voluntad que emite el representante; *Cariota Ferrara* entiende que lo verdaderamente importante de la representación no es el obrar en nombre de otro (porque se admite la representación indirecta), ni en interés ajeno (es admisible, según él, el actuar en interés exclusivo del representante), tampoco en el carácter voluntario u obligatorio del encargo o en la existencia de un poder previo (que puede subsanarse a *posteriori*), sino en la sustitución de un sujeto por otro con voluntad de representar, que no requiere de una declaración expresa sino meramente reconocible¹⁹⁵.

En Latinoamérica, León Barandiarán¹⁹⁶ sostiene que lo característico de la representación es crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

En España, Castán defiende que las declaraciones de voluntad pueden hacerse por el mismo interesado en el negocio jurídico o por medio de otro y, en este segundo caso, caben dos hipótesis: que se realice el acto mediante la sustitución en la simple manifestación de la voluntad o a través de la sustitución en la

¹⁹⁴ COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, México, 1938, pág. 431; también COVIELLO, L., en *Manuale di Diritto civile italiano, Parte Generale, Quarta edizione riverduta e messa al corrente dal prof. Leonardo Coviello*, Edit. Società Editrice Libreria, Milano, 1929, pág. 397.

¹⁹⁵ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, págs. 578 y 579. En la pág. 592 dice que “un poder en exclusivo interés del *procurator* o de un tercero no es otra cosa sino un negocio indirecto”.

¹⁹⁶ LEON BARANDIARAN, J., *El Acto Jurídico*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pág. 84.

determinación interna, y opina que solo en este último supuesto cabe hablar de representación¹⁹⁷.

Por otro lado están quienes ven en la voluntad del representante un elemento natural y no esencial de la representación¹⁹⁸. Esta visión amplía automáticamente el campo de los posibles sujetos activos, admitiendo la figura del nuncio como verdadero representante.

Voluntad no es lo mismo que discrecionalidad, como demuestra el hecho de que haya representantes con poderes especialísimos facultados para actos concretos, donde la extensión y límites del poder, o las instrucciones del representado, anulan esta facultad. Como tampoco se puede identificar la plena discrecionalidad con la actuación en nombre propio¹⁹⁹, ya que una cosa es el mecanismo representativo empleado y otra la extensión del poder conferido: una persona puede otorgar a otra poder de representación directo y al tiempo conferirle las más amplias facultades de gestión; y viceversa²⁰⁰.

II. 3.3.4.C) La *contemplatio domini*

III. 3.3.4.C)a) Concepto y distinción de la actuación *alieno nomine*

Es aquel elemento del negocio representativo por el que el representante manifiesta y la otra parte conoce que el primero actúa en nombre del *dominus*.

¹⁹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, págs. 855 y 856.

¹⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 53 a 56. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, Tomo I, Parte General, Vol. Tercero...*, págs. 271 y 272. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2586, a propósito de la distinción entre representación y mandato, afirma que lo que hace el representante es prestar “la declaración de voluntad del negocio jurídico” frente a terceros.

¹⁹⁹ HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, pág. 1563, defiende esta equiparación.

²⁰⁰ HERNÁNDEZ MORENO, A., *ut supra*, asocia ambos conceptos con base en la expresión “obligación personal del mandatario (o representante) que obra en concepto de tal” aludida en el art. 1725 CC. Opina el autor que solo tiene sentido esta forma de obligarse cuando el mandatario quiere el negocio para sí, toda vez que su responsabilidad excluye la del mandante; y solo una discrecionalidad absoluta permite renunciar a la protección que le confiere el ordenamiento jurídico.

El TS, en reiteradas resoluciones [véase la STS 10 noviembre 2006 (RJ 2006/7142), con cita de otras muchas] y un sector de la doctrina, la identifican con la actuación *alieno nomine*²⁰¹, aunque creemos que son cosas distintas. El *agere alieno nomine* supone actuar en nombre ajeno y se contrapone al *agere proprio nomine*. Mientras que la *contemplatio domini* alude al conocimiento que el tercero tiene acerca del *agere* con el que actúa el representante²⁰². Aunque exista *agere alieno nomine* no concurrirá la *contemplatio domini* si el tercero ignora que el representante con quien contrata no lo hace para sí sino para otro. Así, pueden concurrir *contemplatio domini* y actuación *alieno nomine* (el representante actúa en nombre ajeno y el tercero lo sabe), *contemplatio domini* y actuación *proprio nomine* (especialmente en el campo de la representación indirecta), y actuación *alieno nomine* sin que concorra *contemplatio domini* (el tercero ignora que el representante contrata en nombre ajeno).

²⁰¹ Así lo reconocen expresamente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 484. De forma implícita en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, I, Vol. tercero...*, págs. 286 y 287, aunque seguidamente la confunde con la actuación en interés ajeno, al decir: “la actuación *alieno nomine* significa, en línea de principio, que el representante gestiona asuntos ajenos y que los efectos del negocio son para el *dominus*.” COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, pág. 1486. Un ejemplo de la confusión a la que aludimos lo encontramos en LA CASA GARCÍA, R., “La expresión documental...”, a lo largo de todo su trabajo. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 12, quien aludiendo a *Finenstsner*, afirma que los alemanes hacen del poder algo distinto del mandato, fundado en la notoriedad y no en la *contemplatio domini*.

²⁰² Así lo entiende también DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 241 a 246. GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9041, dice que supone actuar “en contemplación del interés del principal”. LACRUZ BERDEJO, J.L., *ut supra*, pág. 286, habla de la “presencia virtual” del *dominus negotii* en la discusión y preparación del negocio representativo. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, págs. 222, 223 y 237, dice que la actuación *alieno nomine* exige que el representante se presente ante terceros como tal, es decir, en nombre y por cuenta del representado; mientras que la *contemplatio domini* es el conocimiento y consentimiento por parte del tercero de que los actos y negocios son por y para el representado. LEÓN ALONSO, J., *Derecho Civil...*, págs. 1 y 6, que confunde actuación *alieno nomine* y *contemplatio domini*, dice, a propósito del mandato, que la *contemplatio domini* es la certeza transmitida al tercero de la ajenidad del asunto gestionado. Si ello es así los efectos se producirán todos en la esfera del mandante y el mandatario, que se ha comportado como tal, queda desvinculado de la relación –cita la STS 19 noviembre 1990-. Es decir, que la asocia exclusivamente con la representación directa. Y, además, dentro de la estructura negocial del contrato, asegura que las ideas de la confianza y la *contemplatio domini* son las que mueven, respectivamente, la voluntad del mandante y la del mandatario. DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, pág. 731, utiliza la expresión *contemplatio domini* para aludir a lo que nosotros referimos como *agere alieno nomine*, empleando indistintamente ambos términos.

Otros autores emplean ambas expresiones de diferente manera pero asocian la *contemplatio domini* con la representación directa²⁰³.

III. 3.3.4.C)b) La *contemplatio domini* como elemento natural de la representación

Quienes opinan que solo la representación directa es auténtica representación la consideran elemento esencial²⁰⁴, mientras que los defensores de la representación indirecta la conciben como elemento natural, pues cabe negocio representativo sin su concurrencia²⁰⁵.

El art. 1725 CC regula un supuesto específico de *contemplatio domini*: el conocimiento suficiente de los poderes, que exime de responsabilidad al mandatario y, por analogía, al representante, en caso de extralimitación. Pero ningún precepto exige su concurrencia para que pueda existir representación, ni siquiera en la regulación supletoria que ofrece el contrato de mandato, al admitir el mecanismo indirecto de actuación (art. 1717 CC).

Las normas de Derecho internacional tampoco parecen concebirla como un elemento esencial de la representación, al ser exigible solo en determinadas situaciones²⁰⁶.

²⁰³ Para ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 777, es una declaración de voluntad de los que celebran el negocio representativo, de eficacia para el representado. CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Civile, II. Il Contratto*, Giuridica Editrice, Roma, 2011, págs. 476 y 477, asocia la *contemplatio domini* a la discrecionalidad característica del instituto de la representación.

²⁰⁴ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 28. Para RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1065, constituye un elemento estructural de la representación. Esta idea, según Rivero, ha sido utilizada por la doctrina italiana para distinguir la representación de la gestión de negocios ajenos sin mandato, dependiendo de cómo se presente el gestor ante el tercero (*ut supra*, pág. 1055). COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, págs. 211 y 212, también la consideran elemento esencial, postura acorde con su peculiar visión de la representación, que incluye la gestión de negocios.

²⁰⁵ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 489. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. segundo...*, págs. 397 y 398. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, I, Vol. tercero...*, págs. 286 y 287. Díez-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 241 y ss. Para LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Retención y Mandato...*, pág. 111, es un elocuente signo de representación, pero no es todo el fenómeno representativo.

²⁰⁶ Así, el art. 13.4 de la Convención sobre Representación en materia de Venta Internacional de Mercancías, celebrada en Ginebra el 17 de febrero de 1983, dice que si el representante no cumple o no es capaz de cumplir sus obligaciones frente al tercero porque el representado no cumple las suyas, aquél debe comunicar al tercero el nombre del principal. A su vez, cuando es

En nuestro país las propuestas normativas de reforma parecen estar divididas en cuanto a la exigencia de la *contemplatio domini* como elemento esencial de la representación voluntaria:

Por un lado, el art. 1292 PMCC reconoce tímidamente esta exigencia cuando dice que en la representación indirecta solo nace acción entre representado y tercero si el representante resulta insolvente, incurre o fuera manifiesto que incurrirá en incumplimiento esencial frente al representado. En estos casos se exige al representante que indique el nombre y domicilio del tercero o del representado, a instancia del interesado en ejercer los derechos aludidos. Para ejercer esta acción directa entre representado y tercero, es necesario que el actor lo notifique previamente al representante y a la otra parte (representado o tercero, según los casos).

En cambio, el borrador de Libro I CC de la APDC no exige el requisito de la *contemplatio*, cuando en su art. 1132-1.3 dice que “también se produce los efectos de la representación directa cuando la identidad del representado se revela en momento ulterior al de la celebración del acto concluido en representación”. De modo que el representante puede celebrar un negocio jurídico con el tercero sin que éste tenga conocimiento de que quien contrata con

el tercero quien incumple las obligaciones contractuales, deberá el representante comunicar el nombre del infractor al representado. Parece, por tanto, que solo es exigible cuando puede surgir responsabilidad derivada del incumplimiento. El art. 3:203 de los Principios Lando habla de los contratos celebrados por un representante “en nombre de un representado cuya identidad deba revelarse con posterioridad y, tras el requerimiento del tercero, incumpla su deber de comunicar dicha identidad en un plazo razonable”. No siempre atribuye responsabilidad al representante sino en caso de que deba identificar al representado frente al tercero y no lo haga. Mientras el art. 2.3.3 de los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales regula la denominada *Representación revelada*, el art. 2.3.4 admite la *Representación no revelada*, aquélla en la que el representante actúa dentro del ámbito de su poder pero sin revelar al tercero su condición. En sentido similar, los proyectos de reforma, como el art. 60 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Pavía) dice que el contrato celebrado por representante produce efectos directos sobre el representando, si el representante ha obrado dentro de los límites de los poderes y el tercero ha concluido el contrato teniendo conocimiento de la relación de representación. El tercero puede exigir al representante que justifique sus poderes y si la representación ha sido otorgada mediante apoderamiento escrito, que le remita una copia firmada por él a título de autenticación (art. 62.1), en DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, versión española de los profesores José Luis de los Mozos y Agustín Luna Serrano, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, en <http://www.editorialreus.es/rglj>.

él lo hace en interés ajeno²⁰⁷. Y cuando el art. 1132-4 admite la representación indirecta, donde el representante actúa en su propio nombre y “el tercero ignora y no puede razonablemente conocer que actúa por cuenta del representado”.

Y en términos similares se expresa la Propuesta de Libros Quinto y Sexto de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuando en el art. 5111-7.2 dice, a propósito del contrato de mandato y comisión, que el mandato también es con representación directa siempre que la identidad del principal representado no se conozca en el momento mismo en que actúa el mandatario, si se acuerda que ésta se conocerá con posterioridad. Ya que si no se pacta el conocimiento ulterior, el tercero desconoce que el mandatario actúa por cuenta del mandante y no puede razonablemente llegar a esta convicción, parece que estamos ante un mandato con representación indirecta, igualmente lícito (arts. 5111-7.3 y 5111-9.1).

II. 3.3.4.C)c) Clases

Puede revestir dos formas: expresa o tácita, dividiéndose esta última en *contemplatio domini ex re* –cuando el objeto del negocio es conocidamente del representado- o *facti circumstantiis* –cuando de las circunstancias del negocio se desprende que no es para quien lo celebra [STS 10 febrero 1967 (RJ 1967/654)]-²⁰⁸. Díez-Picazo las denomina *contemplatio domini ex rebus* y *ex factis*, respectivamente²⁰⁹.

El tipo de *contemplatio* puede influir en la posición jurídica del representante frente al tercero en materia de extralimitación ya que, como señala el art. 1717 CC en la representación indirecta (o en el mandato indirecto, es decir, cuando el representante/mandatario obra en su propio nombre), el representante queda obligado frente al tercero, como si el asunto fuera personal suyo, salvo “que se trate de cosas propias del mandante”. Esta excepción, que no se prevé en el art.

²⁰⁷ Sin perjuicio de que siendo requerido el representante para la revelación de la identidad del representado se niegue a ello, en cuyo caso quedará vinculado con el tercero como si el negocio lo hubiera celebrado en nombre propio, a tenor de lo dispuesto en el mismo precepto.

²⁰⁸ COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 1486.

²⁰⁹ Díez-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 246.

246 CCo, ha sido interpretada por la doctrina de dos formas distintas: referida a cosas propiedad del mandante o representado, no a asuntos suyos porque, por definición, en el mandato o en la representación los intereses gestionados son siempre ajenos²¹⁰; o como supuesto de *contemplatio domini ex re vel ex factis circumstanciis*, es decir, un supuesto de notoriedad del carácter ajeno del asunto gestionado, derivado de la naturaleza del bien o del interés deducido en el negocio, que permite eludir el nombre del principal porque constaría a ambas partes²¹¹.

Después de que nuestra jurisprudencia haya acogido esta segunda interpretación²¹², objeto de críticas doctrinales²¹³, creemos que la expresión “cosas propias del mandante” (o representado), si bien no se puede identificar con la *contemplatio domini* porque el tercero puede ignorar la titularidad de los bienes objeto del negocio representativo, va implícita cuando el cocontratante sí conoce este dato. En este caso, la falta de indicación del representante del carácter con el que actúa y la identidad del representado impide al tercero ampararse en la buena fe.

Díez-Picazo también distingue *contemplatio domini* tácita de apoderamiento tácito. Dice que será tácito el apoderamiento cuando la existencia del poder de representación pueda ser inducida de hechos concluyentes y no de una declaración expresa del *dominus*, siendo decisivo el comportamiento del principal, mientras que la *contemplatio domini* tácita trata de averiguar en qué medida el negocio o el acto celebrado por el representante lo ha sido en nombre del principal, de manera que lo importante es el comportamiento del propio representante²¹⁴.

II. 3.3.4.C)d) Nuestra posición

²¹⁰ HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, art. 1717, pág. 1544.

²¹¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1717, pág. 11739; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 243.

²¹² Entre otras, SSTS 22 abril 2005 (RJ 2005/3751) y 3 enero 2006 (RJ 2006/130).

²¹³ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1717, págs. 11739 y 11740.

²¹⁴ Díez-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 246.

Considerando que la representación es una figura jurídica que descansa en el interés del representado (sin perjuicio de la concurrencia de otros) y se justifica por razones de oportunidad, no pueden exigirse elementos innecesarios ni ser interpretada de forma restrictiva, porque de este modo se atenta contra la capacidad de adaptación a las nuevas realidades sociales que le han permitido subsistir durante siglos.

Es cierto que hay quienes niegan la representación indirecta, pero creemos que la exigencia o no de la *contemplatio domini* como elemento esencial o natural de la representación no tiene nada que ver con el esquema directo o indirecto empleado por el representante para relacionarse con terceros. Hay supuestos de representación directa en los que tampoco concurre, como cuando el representante oculta al tercero el carácter con el que interviene.

Sería más justo que el tercero tuviera conocimiento de que el representante actúa en interés de otro e incluso de su identidad, para así poder dirigirse frente a él en caso de reclamación, pero la ley no lo exige. Desde este punto de vista no podemos hablar de elemento esencial, como tampoco de accidental, ya que no es una cláusula especial ni añadida, sino de un elemento natural que de ordinario acompaña a la representación pero del que se puede prescindir por voluntad del *dominus*.

De no existir este conocimiento podría quedar viciada la voluntad del tercero, siempre que la consideración del sujeto hubiera sido determinante en la prestación del consentimiento²¹⁵. Pero todo dependerá de si el error en el sujeto

²¹⁵ Señala DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 111, que para que el error sea invalidante ha de ser esencial. Es necesaria una discrepancia entre el presupuesto del negocio y el resultado que ofrece la realidad. Y aunque pueda revestir un matiz subjetivo para quien alegue el vicio, ha de incidir sobre la base objetiva del negocio, “teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio”. En el mismo sentido se expresa en DE CASTRO, F., “De nuevo sobre el error en el consentimiento”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 1348 y 1349, trayendo a colación dos importantes sentencias del TS: 21 junio 1978 y 4 enero 1982.

“tiene conexión natural con la función económico-social del contrato”²¹⁶ para el tercero.

II. 3.3.5.- Heteroeficacia representativa

Una vez constituida la relación jurídico representativa, con la concurrencia de todos sus elementos y requisitos, y la participación de los sujetos implicados, es cuando despliega – o puede empezar a desplegar- los efectos sobre la esfera jurídica del *dominus*, que no dimanen del apoderamiento, pues puede suceder que el representante no llegue a hacer uso de las facultades conferidas, sino de los actos y contratos en que el apoderado haya intervenido en nombre –o en interés– de su poderdante, los cuales son las fuentes de las correspondientes obligaciones (art. 1089 CC) o de los oportunos ingresos patrimoniales²¹⁷.

Si no llega a constituirse plenamente la relación representativa por falta de elemento interno, no cabe hablar de extralimitación en la representación puesto que, de existir negocio jurídico entre pseudo-representante y tercero, no sería el mismo del que puedan derivar los efectos pretendidos por las partes. Es decir, no es posible que el negocio pseudo-representativo celebrado entre pseudo-representante extralimitado que no ha obtenido ratificación y tercero, sea válido y eficaz para ellos con exclusión del pseudo-representado, porque los términos sobrevenidos de este nuevo acuerdo supondrían una novación contractual. Habría otro contrato, celebrado entre dos sujetos que obran en su propio nombre e interés, con derechos y obligaciones propios y no ajenos, cuyas decisiones comprometen el propio patrimonio, y persiguen una finalidad distinta a la que presidía el supuesto negocio representativo. Incluso en el supuesto, nada extraño, de que a la hora de celebrar este negocio las partes previeran la eventual negativa a ratificar por parte del *dominus*, ya que al contemplar dos escenarios estarían negociando dos contratos distintos de carácter alternativo.

²¹⁶ MORALES MORENO, A.M., “Comentario del art. 1266 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 460.

²¹⁷ BÁDENAS CARPIO, J.M., en “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2157. Creemos que esta afirmación debe ser matizada en el caso de que el gestor actúe sin previo poder, en cuyo caso, una vez celebrados los actos y contratos con el tercero, los efectos sobre el patrimonio del *dominus* dimanarían de la ratificación. Todo depende, en definitiva, del modo en que se desarrolle la relación representativa. La expresión –o en interés- es del doctorando.

Esto no resulta contradictorio con la idea de que el art. 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque obligue “al que pudiere su firma en una letra de cambio, como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella”, puesto que el precepto no habla de la existencia o no de verdadera representación, sino de colocar a un sujeto en la posición jurídica de otro por haber intervenido en un peculiar negocio formal. Es una norma que trata de dotar de seguridad al tráfico mercantil y al tercero²¹⁸. Otros preceptos del ordenamiento jurídico establecen soluciones similares guiados por razones concretas, como es la adoptada por el art. 1715 CC.

No solo la representación directa produce lo que se ha dado en llamar *heteroeficacia representativa*²¹⁹, también ocurre en determinados supuestos de la representación indirecta: cuando a pesar de actuar el representante en nombre propio lo hace tratándose de cosas que ostensiblemente sean del representado, cuando se actúa mediante un contrato de obra o cuando se adquiere en nombre propio pero por cuenta ajena cosas de naturaleza mueble²²⁰.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTRALIMITACIÓN. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

Algunos autores incluyen la extralimitación dentro de los casos de falsa procuración o *falsus procurator*, por entender que quien se extralimita actúa en el exceso carente de poder y, por extensión, de representación²²¹. Otros la engloban dentro de la *representación sin poder*²²² y la refunden con el *abuso*,

²¹⁸ PAZ-ARES, J.C., “Las excepciones cambiarias”, en *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Dir. por MENÉNDEZ, A., Madrid, 1986, pág. 290; VELASCO SAN PEDRO, L.A., *La representación en la letra de cambio*, Valladolid, 1990, págs. 109 y ss.; ALONSO ESPINOSA, F.J., *Representación cambiaria: presupuestos y eficacia*, Madrid, 1991, todos ellos citados por SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 528.

²¹⁹ Consiste en que lo ejecutado por el representante produce sus efectos directos sobre el patrimonio del poderdante, sin necesidad de ningún acto ulterior.

²²⁰ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 360, citando a García Valdecasas.

²²¹ COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, pág. 1486.

²²² Así GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 131 y 132, bajo la citada denominación estudia la ausencia de poder, la extinción, la extralimitación y el abuso de poder,

rebautizándolos con el nombre de *exceso de poder*, a pesar de reconocer que para la mayoría doctrinal constituyen dos realidades distintas²²³. Los hay que la estudian al amparo de la representación²²⁴ e, incluso, quienes utilizan el término *extralimitación* para englobar todo supuesto de falta de representación legal o voluntaria, o exceso de los límites de la representación conferida²²⁵.

No obstante, existen resoluciones jurisprudenciales y de la DGRN que parecen distinguir la extralimitación de los restantes supuestos de representación sin poder²²⁶ e incluso propuestas normativas en el marco internacional que apuntan en esta dirección²²⁷. A la vista de esta situación surgen algunos interrogantes:

y es ese común denominador lo que justifica, a su juicio, su régimen unitario. Aunque concibe al representante aparente como una especie de falso procurador cuya actividad se desenvuelve en un marco aparentemente representativo -pág. 317 de su obra -, mantiene la diferencia entre ambas figuras: falso representante sería quien actúa sin poder y habla de representante aparente cuando, además de dicha falta, “concurren en el supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a éste” -pág. 132-. En el mismo sentido cabe citar a SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 520; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, págs. 792 y 793; y en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, págs. 425 a 427; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 300. PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 361, no solo utiliza la expresión *representación sin poder* sino que la identifica con la de *representación aparente*. DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 261, emplea de forma indistinta los términos *representante sin poder* y *falso procurador*.

²²³ GORDILLO CAÑAS, A., *ut supra*, pág. 132. También VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2623, quien bajo la rúbrica “nulidad por abuso de mandato” alude a la extralimitación, citando la STS 17 octubre 1932 (Roj: STS 1289/1932; ECLI:ES:TS:1932:1289).

²²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 16 y 198; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 202 y ss.

²²⁵ DÍEZ SOTO, C.M., *Lecciones de Introducción al Derecho civil*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2008, pág. 30.

²²⁶ SSTS 23 de octubre de 1980 (RJ 1980/3635), 27 marzo 1987 (La Ley 12075-JF/0000), 11 octubre 1990 (RJ 1990/7856), 28 mayo 1991 (RJ 1991/3937), 4 diciembre 1995 (La Ley 796/1996), 15 noviembre 2004 (La Ley 178/2005), 10 febrero 2014 (La Ley 14521/2014); en el mismo sentido las RRDGRN 25 mayo 2007, (La Ley 41935/2007); 28 mayo 2013, (La Ley 91519/2013) y 2 noviembre 2016 (BOE nº 282, 22 noviembre 2016, págs. 81897 a 81906). De manera más concreta, las SSTS 18 diciembre 2006 (vLex 1272/2006) y 30 octubre 2013 (La Ley 169063/2013), distinguen entre exceso en el mandato –o extralimitación- e inexistencia; la RDGRN 25 octubre 2016 (BOE nº 279, 18 noviembre 2016, págs. 81255 a 81263), diferencia entre abuso y extralimitación.

²²⁷ El art. 2.3.5 de los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, bajo la rúbrica “ausencia o exceso de poder”, dice: “Los actos del representante realizados sin poder o excediéndose de sus límites no afectarán a la esfera jurídica del representado, a menos que este los ratifique en las condiciones previstas en el artículo 2.3.9. El representante que actúe sin poder o excediéndose de sus límites incurrirá en responsabilidad frente al tercero, a quien deberá indemnizar hasta situarlo en la situación en que se habría encontrado de haber actuado el representante con poder y no excediéndose de sus límites. El representante, sin embargo, no será responsable si el tercero sabía o debía saber que el representante no tenía poder o se excedía de sus límites”. El art. 14 de la Convención sobre Representación en Materia de Venta Internacional de Mercaderías, celebrada en Ginebra el 17 de febrero de 1983: “1) Lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoir ou au-delà de son pouvoir, ses actes ne lient pas le représenté

a.- ¿Son sinónimos los conceptos de falso procurador y representante sin poder?; y si la respuesta es negativa ¿en qué se diferencian?

b.- ¿Se puede reconducir la extralimitación a uno de esos tipos o constituye un *tertium genus* con entidad propia?

c.- ¿Pueden coexistir representación y extralimitación?

d.- ¿Es merecedora la extralimitación de un tratamiento jurídico individualizado que la singularice de la inexistencia, la extinción y el abuso de poder?

III. 1.- El *falsus procurator* como gestor no autorizado

La figura del *procurator* nació en el Bajo Imperio romano. Era la persona encargada de la administración de los bienes de una familia e inicialmente se encomendaba a un liberto. En el Bajo Imperio todas las familias importantes

et le tiers. 2) Toutefois, lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté et qu'il agit dans les limites de ce pouvoir, le représenté ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire". El art. 64.1 del Proyecto Pavía: "La persona que contrata como representante, sin poderes o extralimitándose de los que le han sido conferidos, es responsable del perjuicio que el tercer contratante haya sufrido con quien presume que es el representado, salvo si el mismo tercero recurre a la facultad de considerar el contrato como concluido con el representante desprovisto de poderes", en DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., Anteproyecto de Código Europeo.... El art. 5111-8.1, de la propuesta de Libros V y VI APDC: "El mandante queda vinculado frente al tercero y tiene acción contra éste por las obligaciones derivadas del mandato ejecutado por el mandatario dentro de los límites de aquél. Si el mandatario actúa sin autorización o se exceda en los límites de la misma, sus actos no vinculan al mandante, salvo que éste ratifique la actuación expresa o tácitamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5111-11. Mientras ello no ocurra, tanto mandante como tercero pueden dejar sin efecto el acto realizado". El art. 1132-3.1 del borrador de Libro I CC, elaborado en febrero de 2017: "Los actos realizados en nombre ajeno sin poder de representación o con extralimitación de facultades no vinculan a la persona a cuyo nombre se hayan celebrado con el tercero, salvo que aquélla los ratifique antes de ser revocados por este último. Dicha revocación ha de comunicarse a los supuestos representante y representado, y solo puede hacerla el tercero si al contratar no conoce o debe conocer la falta o deficiencia del poder". El art. 3:204 (1) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos [en adelante, *PECL* en PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Presidente profesor Ole Lando, Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, La Haya, 2000, págs. 1-93. Versión original en inglés, en campus.usal.es]: "Cuando una persona actúa como representante sin tener poder de representación o extralimitándose en el ejercicio del mismo, sus actos no obligan al representado ni a los terceros".

tenían un *procurator*. Con el tiempo el cargo fue desempeñado por personas no sujetas al *paterfamilias*, de una posición superior a los libertos, llegando a asimilarse a la del mandatario y a constituir una única institución de aplicación preferentemente procesal²²⁸.

En esta época el mandato era concebido como contrato consensual, nacía desde que el mandante daba un encargo al mandatario y éste lo aceptaba. En la existencia o no de encargo radicaba la distinción entre el mandato y la gestión de negocios. Sobre la base de este encargo previo, el Derecho justiniano creó la diferencia terminológica entre *verus procurator* y *falsus procurator*, siendo importante destacar que la palabra *falsus* en Derecho romano y en la lengua latina no significaba contrahecho sino inexistente²²⁹. Por tanto, la dicotomía parte de un requisito esencial que servía para distinguir la gestión encargada –procuraduría- de la espontánea –gestión de negocios ajenos sin mandato o *qui negotiis alienis gerendis se obtulit*-. Encontramos en el Digesto la utilización del término *verus procurator*, identificando los efectos de sus actos con los del *falsus procurator* que ha obtenido la ratificación del señor²³⁰.

La mayor parte de la doctrina niega que el Derecho romano conociera el principio de representación²³¹, pero con independencia de que aquél primitivo procurador

²²⁸ PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación...*, págs. 208 a 210.

²²⁹ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 18. ARCOS VIEIRA, M^a.L., “Sobre el contrato de mandato...”, pág. 63, también opina que la denominación *verus procurator* se aplicaba a quien actuaba a consecuencia de un contrato de mandato y *falsus procurator* a quien lo hacía careciendo de encargo previo. MILAZZO, A., *Falsus procurator. Ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante, Serie Giuridica, 25, Cacucci Editore, Collana dell'Università Lum Jean Monnet, Casamassima (Bari), 2012, págs. 42 y 49, dice que la figura del mandato sirvió para transformar al procurador en un concepto jurídico, pero el término *falsus procurator* también se empleó para aludir a los casos de simulación frente al verdadero *procurator*.*

²³⁰ RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A., *Digesto teorico-practico ó recopilacion de los derechos comun, real y canonico, por los libros y titulos del digesto: traduccion literal al castellano de todas las leyes y parrafos del digesto, expresion de sus concordantes y discordantes con las del codigo, derecho real de España e Indias, y capitulos canonicos, por el orden de su antigüedad: y la exposicion de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año de 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones, Tomo XVII, Madrid, 1791: “Si el procurador litigase sobre la herencia, y despues el señor pidiese el fundo de aquella herencia, tiene efecto la estipulacion de ratificar; porque si fuese verdadero procurador, le obstaría al señor la excepcion de cosa juzgada: muchas veces la estipulacion de que se ratificará, tiene efecto en los casos en los que si pidiese el verdadero procurador, le sería inútil al señor la acción ó por derecho, ó por excepcion”.*

²³¹ DIEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 25; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. Tercero...*, pág. 270; SERNA MEROÑO, E., “Comentario al art. 1258 del Código Civil...”, pág. 471; DÍAZ BAUTISTA, A., *Manual de Derecho Romano...*, pág. 142;

fuera o no verdadero representante²³², sí constituía una figura jurídica con caracteres propios, y la posesión o no de esos requisitos servía para diferenciar al procurador de quien, actuando lícitamente, no podía denominarse de ese modo. La verdad o falsedad no comportaba un engaño en su constitución, aunque sí podía generar falsa apariencia frente a terceros, dependiendo de que conocieran o no su condición.

Aplicando esta doctrina podemos decir que el concepto de *falsus procurator* no va referido al poder ni a la representación sino a la gestión encomendada, lo que nos conduce a un nuevo interrogante: ¿qué es gestión?

Para Díez-Picazo la gestión de asuntos ajenos es un concepto más amplio que el de representación, ya que da lugar a dos tipos distintos de actividades: uno, formado por aquellos actos en los cuales el cuidado de los intereses ajenos no exige relacionarse con terceros, y otro, en el que se encuadra la representación, donde la relación con terceros es necesaria. Y cita a De Semo, para quien la gestión es un caso de representación sin poder²³³. En realidad esto no es definición sino sinonimia, un modo de saltar de un concepto a otro sin especificar su contenido, con el riesgo de perdernos en el camino sin saber en qué consiste.

Para el diccionario RAE gestionar equivale a administrar intereses ajenos; en el ámbito jurídico se utilizan términos similares: “acción y efecto de gestionar, administrar”²³⁴ o “cuidar los intereses o el negocio de otra” persona²³⁵. La administración, a su vez, puede ser entendida en un sentido estricto -conjunto heterogéneo de actos jurídicos y/o económicos, conservativos o que no comprometen el patrimonio, tendente a la satisfacción de un interés - o amplio – incluyendo actos de disposición-²³⁶.

SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V^a., “Reflexiones sobre la representación...”, pág. 2; SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V^a., Representación voluntaria, pág. 1.

²³² HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 15 y 16, niega que en el Derecho romano los términos *tutor*, *curator* y *procurator* designaran representantes sino gestores o administradores de los negocios de otro.

²³³ Díez-Picazo, L., *La representación...*, págs. 63 y 64.

²³⁴ VVAA, *Diccionario jurídico...*, pág. 175.

²³⁵ Ribó Durán, L., *Diccionario de Derecho, Tomo I...*, pág. 697.

²³⁶ Serna Merono, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 498 y 499, considera que las expresiones *actos de administración/disposición* son nociones económicas. Los actos de administración se refieren al goce, conservación y uso de la cosa sin comprometer

Históricamente el *procurator* podía asumir ambos encargos y las actuales figuras que sustituyen su función –mandatario, arrendatario de servicios, comisionista, etc.- jurídicamente también, siendo el contenido del poder –no la figura en sí- lo que determina la extensión y límite de sus facultades. Pero aunque la representación en el ámbito de las obligaciones y contratos comporte gestión, y algunas sentencias del TS hablen de gestión representativa²³⁷, no se pueden confundir ya que no son conceptos sinónimos.

No hay consenso doctrinal respecto del concepto y régimen jurídico de la representación, pero sí contamos con un acuerdo de mínimos: que el acto o negocio encomendado tenga carácter jurídico y que el sujeto interpuesto mantenga relación con terceros. Así la gestión de carácter económico, como la llevanza de contabilidad, no comporta representación porque falta cuanto menos uno de los dos requisitos básicos. Y existen casos de representación sin gestión, siempre que la labor desempeñada no exija administrar ni disponer, como la notificación de un acuerdo.

Por tanto, siendo distintos los conceptos de representación y gestión (y centrándonos en el ámbito jurídico), cabe la gestión encomendada (mediante poder, representación o contrato de gestión) y gestión no encomendada (gestión de negocios ajenos sin mandato); gestión que exige relacionarse con terceros y gestión que no lo requiere. Desde este punto de vista, el *falsus procurator* sería el intermediario que no haya sido encargado de la gestión de intereses ajenos, con independencia de que sus actos trasciendan *ad extra* o no; por ejemplo, el gestor de negocios ajenos, pese a realizar una actividad jurídica en interés de otro.

su permanencia en el patrimonio; mientras que los actos de disposición generan situaciones jurídicas definitivas. También existen los actos de *administración por disposición*, comunes en la representación legal: en términos jurídicos serían actos de disposición mientras que en términos económicos lo serían de administración. Ver más extensamente a propósito de la representación orgánica.

²³⁷ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de diciembre de 1995 (La Ley 796/1996) y 10 de febrero de 2014 (La Ley 14521/2014). También emplea este término DÍEZ-PICAZO, L., en “Los efectos jurídicos de la gestión representativa”, ADC, Fascículo 3, Estudios Monográficos, 1978 y MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/009_t010.dir/Bajlib_2009_t010_011.pdf, pág. 21.

Así Núñez Lagos distingue entre mandato y gestión de negocios ajenos acudiendo al sentido tradicional: “Nuestro Código civil responde a la concepción clásica: contratar a nombre de otro es un problema *de hecho* del momento de formalizar el negocio representativo, que produce siempre la figura del PROCURADOR. Si previamente existe un contrato de mandato, con poder o sin él, tendremos al *verus procurator*, y en caso contrario, el *falsus procurator* o gestor de negocios sin mandato”²³⁸; aunque no es un tema pacífico y existen voces discrepantes que identifican falso procurador con representante sin ningún poder o que actúa con poder insuficiente²³⁹ (identificando así *falsus procurator*, representación sin poder y extralimitación), exclusivamente con el representante sin poder (equiparando *falsus procurator* y representante sin poder, que diferencian de la extralimitación)²⁴⁰ y con el representante aparente²⁴¹.

En cualquier caso, lo verdaderamente importante de este tema es que la gestión no autorizada del falso procurador no es antijurídica. La apariencia puede determinar en ocasiones la vinculación de lo hecho por el mandatario sin poder (véase también *falsus procurator*, representante sin poder o representante extralimitado), encontrándose resoluciones de los tribunales en este sentido: por ejemplo, la STS 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6273), al no permitir la aplicación del art. 1727 CC o del art. 286 CCo en un supuesto de actuación de factor notorio, quedando vinculado el principal por la apariencia creada²⁴². Tampoco la proscribe *Ferrari*, al asegurar que dentro del esquema estructural de la relación gestoria que comporta el negocio ajeno, y del que la representación es una

²³⁸ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 60,

²³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 45. En cualquier caso no es cierto que esté completamente superada la teoría tradicional y en la actualidad la doctrina siga unánimemente la posición que él defiende. También GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, págs. 244 y 245.

²⁴⁰ BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3500, equipara *falsus procurator* y representante sin poder, pero el negocio así celebrado lo considera ratificable ex art. 1892 CC, a propósito de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

²⁴¹ ROCCO, A., *Principii di diritto commerciale: parte generale*, Editorial Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1928, págs. 332, 335 y 336.

²⁴² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1727, pág. 1869.

especie (a la que denomina gestión representativa), lo importante no es tanto la autorización sino la ausencia de la *prohibitio domini*²⁴³.

III. 2.- La representación sin poder

Como tendremos ocasión de ver con más detenimiento, la representación como negocio jurídico²⁴⁴ está formada por un elemento externo o representativo, que encuentra su legitimidad en otro elemento interno (anterior, coetáneo o posterior). Ya sea a través del apoderamiento, de la autorización, del contrato, de la ratificación o directamente de la Ley, la esencia del elemento interno se halla en un poder que legitima la inmisión sobre la persona o el patrimonio ajenos. Cuando sirve al fin de la representación se habla de poder de representación, pero esta no monopoliza su uso. Existen otras instituciones que, sin ser representativas, hacen uso de él -matrimonio por poderes²⁴⁵, poder para administrar bienes, etc.- En todo caso el poder, en cualquiera de sus manifestaciones, es un elemento esencial sin el que no cabe hablar de representación. Por ello consideramos un contrasentido el uso que la doctrina hace de la expresión *representación sin poder*.

Cuando a través de la ratificación se suple la falta inicial de un poder suficiente, el negocio jurídico representativo irregular o en estado de formación se inviste de legitimidad y adquiere eficacia *ex tunc*; existe entonces verdadera representación y desaparece cualquier rastro de vicio invalidante. La ratificación legitima el negocio representativo, aunque no completa el poder. Con la ratificación el *dominus negotii* asume el negocio, liberando al representante de cualquier responsabilidad frente al tercero.

De acuerdo con lo manifestado, no cabe hablar de *representación sin poder* sino de *representación sin poder suficiente*, aplicable tan solo a la extralimitación,

²⁴³ FERRARI, S., *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 30 y ss.

²⁴⁴ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, págs. 209 y ss., no hablan de la representación en los negocios jurídicos sino en los actos jurídicos.

²⁴⁵ Aunque se discuta acerca de si los artículos que regulan el matrimonio por poderes se refieren o no al supuesto del nuncio o mensajero, y si éste tiene la consideración de representante o mero intermediario, nadie puede negar que ostenta la consideración de apoderado –arts. 55 y 1280.5 CC-.

donde el poder existe pero la completa legitimación del negocio se obtiene a través de la ratificación. En cambio, en la inexistencia y en la extinción de poder no hay representación (ni poder) sino *falta o ausencia de representación*, como ocurre con la llamada representación aparente²⁴⁶. Por ello, en la doctrina italiana hay autores que niegan la posibilidad de la ratificación en el caso de actuación sin poder, admitiéndola únicamente para el caso de extralimitación²⁴⁷.

Sorprende que Gordillo Cañas²⁴⁸ utilice como sinónimos y aún confunda los términos *representación sin poder y ausencia de representación*, no por el uso más o menos preciso que de ellos haga sino porque creó toda su teoría de la apariencia jurídica sobre la base de la falta o ausencia de representación. Otros autores²⁴⁹, olvidando la diferencia entre poder, representación y gestión, han identificado indebidamente *representación sin poder y falsus procurator*, en consideración a que quien transgrede los límites del poder -igual que quien actúa sin poder por extinción, por no haber existido nunca o abusa de él- actúa en el exceso desprovisto de poder.

III. 3.- Ausencia de poder *versus* uso indebido

Con independencia de la clasificación sistemática y del *nomen iuris* que queramos asignar, lo primero que llama la atención de las cuatro figuras que aglutinan las referidas denominaciones es su diferente naturaleza jurídica, que permite agruparlas en dos bloques diferenciados: el primero, formado por aquellas donde no existe poder -inexistencia y extinción-; el segundo, donde el mal uso o uso indebido de un poder existente y válido pretende equipararse a la

²⁴⁶ De la que GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 133, dice que no es auténtica representación, ya que la protección de la buena fe no implica la conversión de la apariencia en realidad jurídica.

²⁴⁷ PUGLIATTI, S., *Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi*, Tomo I, Riv. Dir. Comm., 1936, págs. 31 y 31; pero sobre todo, VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale, Volume I, I Commercianti*, Quinta edizione riveduta e ampliata, Seconda ristampa, Casa Editrice, Milano, 1929, núm. 265 y 265 bis, que en este punto sigue a *Laurent* (XXVIII, n.71).

²⁴⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 131 y 132.

²⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Parte general, Volumen segundo, Personas*, Editorial Dykinson, Madrid 2004, págs. 300 y 301; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", págs. 997 y 998. GARCÍA VICENTE, J.R., "Comentario del artículo 1259...", pág. 9046, identifica representante sin poder y *falsus procurator*, y los considera equivalentes a la actuación extralimitada de un representante.

inexistencia del caso concreto -abuso y extralimitación-²⁵⁰. Veamos cada una de ellas:

III. 3.1- Ausencia de poder

III. 3.1.1.- Inexistencia

Algunos autores equiparan actuación sin poder y extralimitación²⁵¹. Otros, en cambio, la rechazan porque “en este último caso –extralimitación-, el representante y el representado están unidos no sólo por el negocio de apoderamiento, sino también y muy especialmente, por la relación interna subyacente, lo cual va a motivar que el representante tenga que responder del incumplimiento de las obligaciones asumidas frente al representado, situación que nunca se produce cuando el falso representante nunca tuvo poder”²⁵².

No obstante, esta afirmación debe ser matizada. Es cierto que quien actúa de este modo nunca ha obtenido poder del supuesto representado. Gestiona voluntariamente los negocios de otro. El art. 1259 CC proscribela intromisión ilegítima en los negocios ajenos, salvo autorización o representación legal. De este precepto parece desprenderse que el principal no debe asumir responsabilidad por los actos de quien nunca apoderó. Pero otros artículos admiten la inmisión justificada por razones de utilidad -arts. 1893 y 1894 CC-. Cuando el dueño de los bienes y negocios se aprovecha de las ventajas de la gestión ajena asume responsabilidad por las obligaciones contraídas en su

²⁵⁰ El art. 8.a) del Convenio de la Haya de 1978, sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, en vigor en Argentina, Francia, Países Bajos y Portugal, así parece darlo a entender cuando al hilo de relación de representación alude a las “consecuencias de su uso excesivo o de su empleo abusivo”, es decir, extralimitación y abuso de poder, sin aludir, en cambio, ni a la extinción ni a la inexistencia.

²⁵¹ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 361; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, 2ª parte...*, págs. 954 y 955; COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 1486. Para CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 601, la falta absoluta de poder produce los mismos efectos que la extralimitación, cuando dice: “el sobrepasar tales límites equivale a obrar sin poder”.

²⁵² SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 529 y 530. En el mismo sentido, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “La representación sin poder y ratificación: en particular, la ratificación tácita”, RDP., nº 1, Enero-Febrero 2015, págs. 19-52 y nº 3, Mayo-Junio 2015, págs. 3-36, pág. 25.

interés, aunque no exista apoderamiento previo, ya que de otro modo se generaría enriquecimiento injusto, proscrito por nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esto se puede argumentar diciendo que la utilidad o aprovechamiento de ventajas supone una ratificación forzosa o legal. Sin perjuicio de tratar más a fondo el tema dentro del apartado correspondiente, y tras adelantar que no defendemos su similitud con el poder, creemos que la así llamada tampoco es auténtica ratificación sino una norma impuesta por el ordenamiento jurídico con la que combatir el enriquecimiento sin causa. De modo que aun en esta situación podríamos seguir hablando de inexistencia de poder.

La inexistencia comporta tanto la falta absoluta de poder como la actuación formalmente amparada en el poder pero materialmente deslegitimada. Si un sujeto hace uso de un poder que nada tiene que ver con la actuación pseudo-representativa, actúa igual que si careciera de él. Si lo emplea para engañar al tercero o, incluso sin *animus decipiendi*, si el tercero de buena fe confía en la apariencia, el poder podrá amparar la posición de unos o la responsabilidad de otros, pero no crear una realidad que nunca existió. Para hablar de extralimitación es necesario que al menos una porción del negocio representativo quede amparada en el poder²⁵³.

La apariencia de representación basada en la inexistencia y el uso formal del poder puede ser provocada por el pseudo-representante sin la intervención ni implicación del pseudo-representado, a diferencia de la teoría de la apariencia defendida por Gordillo, en cuyo caso la protección del tercero debe buscarla en el aquél, no en éste.

III. 3.1.2.- Extinción

Se produce siempre que, existiendo poder, se extinguió, mientras el antiguo representante sigue actuando como tal. Para Gordillo Cañas, el cese total o

²⁵³ La STS 12 noviembre 1982 (no encontrada por el doctorando, pero citada por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2603), atribuye al representante extralimitación y uso indebido del poder, al amparo del art. 1714 CC, por vender un coche que no era del poderdante, haciendo uso del poder y ocultando tal circunstancia, para atribuirse una representación a título personal que nunca se confirió.

parcial del poder implica ausencia de representación y la protección que otorga el ordenamiento jurídico ante la extinción emana directamente de la ley²⁵⁴. Otros autores la incluyen dentro de la denominada *representación sin poder*²⁵⁵. Los hay que hacen de ella una categoría autónoma²⁵⁶. Y, por último, están quienes defienden la continuación de los efectos del poder frente a las personas que han podido confiar legítimamente en la subsistencia del mismo²⁵⁷.

A diferencia de la anterior, donde el principal no asume responsabilidad por los actos de quien nunca apoderó -salvo por razones de utilidad-, la extinción puede generar responsabilidad para quien sí lo hizo pero no adoptó las medidas de precaución con las que evitar posibles confusiones derivadas de su imprudencia²⁵⁸. También influye la diligencia del tercero, distinguiendo entre si mantuvo o no relaciones previas con quien en su día gozó de legitimación, el tipo de relación negocial y la naturaleza de los bienes objeto de contrato. A pesar de no existir norma que obligue al tercero a exigir la muestra del poder, el deber de diligencia y buena fe impone que deba cerciorarse de su existencia, extensión y límites desde el momento en que tenga constancia del carácter representativo de la contraparte (o pueda deducirlo de las circunstancias), así como cuando sospeche un cambio²⁵⁹.

También se diferencia de la extralimitación, normativa y conceptualmente. Desde el primer punto de vista, la extinción se contempla en los arts. 1259, 1698

²⁵⁴ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 124 y 125.

²⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 300; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 598.

²⁵⁶ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, 2ª parte...*, págs. 943 y ss., y 954 y ss.

²⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, T.I, Vol. II...*, pág. 876. No obstante, el autor reconoce la falta de poder, solo defiende el mantenimiento de sus efectos desde una posición actualmente superada por la teoría de la apariencia.

²⁵⁸ La STS 26 mayo 1994 (Roj: STS 22371/1994; ECLI:ES:TS:1994:22371) dice que un modo de evitar la utilización subrepticia de poderes revocados en caso de separación -igualmente aplicable a la nulidad y al divorcio- es anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda e interesar judicialmente la recuperación del poder notarial. El art. 1733 CC dice que el mandante puede compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato, en caso de revocación.

²⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 216 y 217, dice a propósito del art. 1725 CC, que el Código no aclara si el mandatario debe hacer saber a la contraparte cuáles son sus poderes o si es carga que afecta al tercero el exigir a aquel que se los muestre. La doctrina y la jurisprudencia españolas no son claras al respecto, pero a su entender es carga del apoderado para no incurrir en responsabilidad, aunque la iniciativa puede partir de ambos.

segundo párrafo y 1732 a 1739 CC, en cuanto sean de aplicación las normas del contrato de mandato a la extinción de la representación; mientras que la extralimitación se menciona en los arts. 1259, 1697.3º, 1714, 1715, 1725 y 1727 CC. Conceptualmente, la actuación del pseudo-representante tras la extinción puede comportar una actitud negligente del poderdante, que o bien no ha retirado sus poderes o no ha actuado diligentemente frente a terceros para hacerles saber que el representante ha dejado de serlo, mientras la extralimitación es provocada por un comportamiento doloso o culposo del representante. Además, mientras la extinción supone falta actual y absoluta de poder, la extralimitación comporta una falta de legitimación en el caso concreto pero el poder subsiste. Solo así cabe entender la asunción parcial del negocio extralimitado sin necesidad de ratificación, y la posibilidad de que poderdante y apoderado queden unidos por el apoderamiento en otros ámbitos distintos al negocio extralimitado.

Sin embargo, y a pesar de las diferencias apuntadas, hay que destacar dos aspectos:

- La extinción también puede ser entendida como una extralimitación temporal del poder, es decir, un poder que se usa más allá del tiempo para el que fue otorgado.
- La extinción parcial es compatible con la existencia parcial del poder e, incluso, con su extralimitación.

III. 3.2.- Uso indebido del poder

III. 3.2.1.- Abuso de poder

Ni el CC, ni el *Code*, ni el *BGB* se ocupan expresamente de esta figura. El CC portugués lo equipara a los casos de representación sin poder –art. 269-. Sí alude al abuso el art. 8.a) del Convenio sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, celebrado en la Haya el 14 de marzo de 1978.

En Francia, *Pothier*²⁶⁰ defiende que abuso y extralimitación constituyen el plano subjetivo y objetivo de una misma realidad jurídica.

En Italia, la doctrina es partidaria de separarlos conceptualmente. *Cariota Ferrara*²⁶¹ dice que si el representante no se atiene al contenido del poder –lo que ocurre tanto en el abuso como en la extralimitación– “la representación cesa de funcionar”. Entiende que el abuso se produce “cuando el representante ejercita su poder en contraste con el fin para el que ha sido conferido, y en particular persigue intereses propios o de un tercero (conflicto de intereses)”; lo denomina “violación de apoderamiento o de la autorización”.

En nuestro país, aunque Gordillo lo refunde con la extralimitación²⁶², al considerar que los límites vienen determinados no solamente por la extensión cuantitativa del poder sino también por el interés del principal, la mayor parte de la doctrina aboga por distinguir ambos conceptos, señalando que hay abuso siempre que el apoderado lesiona el interés del *dominus*, dentro de los límites

²⁶⁰ Para POTHIER, *Tratado de las obligaciones, Parte Primera*, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y litografía Dr. J. Roger, Barcelona, 1839, número 78, pág. 59, la infracción de los límites subjetivos por la celebración de un contrato en condiciones y pactos menos ventajosos que los prescritos por el poder, también constituye exceso de poder.

²⁶¹ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, págs. 593, 595 y 596. CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Civile...*, pág. 503, afirma que existe abuso de poder “cuando el representante descuida o lesiona el interés del representado o se desvía de las instrucciones recibidas”. PUGLIATTI, S., *Studi sulla rappresentanza...*, págs. 278 y 281, que distingue entre abuso y exceso (extralimitación) de poder, dice que uno de los elementos esenciales del abuso es que el acto se mantiene formalmente dentro de los límites del poder, siendo el conflicto de intereses lo que conduce a una posición abusiva.

²⁶² GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 95 y 96, asegura que la expresión abuso de poder se emplea en la doctrina en dos sentidos diversos: en sentido amplio, que comprendería representación sin poder, el conflicto de intereses entre representado y representante, y la actuación sin la necesaria forma habilitante en la representación legal; en sentido propio, la actuación del representante que persiga un fin distinto al del representado y en colisión con el mismo. Así entendido, dice, el abuso de poder se diferencia claramente del exceso de poder, pues mientras éste supone una actuación *ultra limes*, aquél, en cambio, consiste en una actividad dentro de los límites formales del poder, pero en colisión con el interés del representado. Ambas figuras constituyen *species facti* de representación irregular que pueden, no obstante, reconducirse a una más genérica figura de “exceso de poder” pues los límites no son sólo los que fijan la extensión material o cuantitativa del mismo, sino también aquellos que resultan de la necesaria tutela del interés del representado. Si las instrucciones del mandante pueden suponer, bien la limitación del poder de representación en su extensión, bien un mero condicionar, en función del interés del *dominus*, en el primer caso la infracción de las instrucciones daría lugar a un exceso de poder y en el segundo a un abuso del mismo.

formales del poder de representación²⁶³. Por este motivo también se ha hablado de “gestión excesiva y gestión abusiva”, cometiendo exceso el apoderado que, aun traspasando los límites del mandato por realizar actos no expresamente comprendidos en el contenido inicial del mismo, actúa inequívocamente en interés exclusivo del poderdante, en tanto que existirá abuso cuando el apoderado actúe de igual modo impulsado por la defensa de su propio interés o, incluso, en perjuicio del representado²⁶⁴.

Este modo de proceder parcialmente deslegitimado ha permitido a un sector de nuestra doctrina excluir el abuso del ámbito de la representación sin poder, entendiendo que solo implica un modo anormal de ejecutar el poder de representación²⁶⁵.

En la jurisprudencia, la STS 5 febrero 1969 (RJ 1969/586) lo define como “abuso que se puede producir cuando el representante, obrando formalmente dentro de sus límites, usa conscientemente el poder para la realización de un fin discordante con aquel para el que le fue conferido, y, en especial, para la satisfacción de intereses propios o de un tercero”. La STS 8 marzo 2012 (vLex 120/2012) utiliza la expresión “uso incorrecto del poder”²⁶⁶.

Partimos de la idea de que abuso no es más que un mal uso. Y el uso es una facultad implícita en la titularidad de un derecho o en la *potestas* que confiere el

²⁶³ COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 1975, lo expresa del siguiente modo: “Si el mandatario actúa formalmente dentro de los límites del mandato, pero entra en un conflicto de intereses con su mandante, no estaremos ante un exceso o extralimitación del mandato, sino ante un abuso del mismo”.

²⁶⁴ LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1714, págs. 1537 y 1538, citando la STS 5 febrero 1969 (RJ 1969/586).

²⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 198; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1714, pág. 1853.

²⁶⁶ Otras sentencias referidas al abuso de poder serían: SSTS 7 diciembre 2011 (Roj: STS 9284/2011; ECLI:ES:TS:2011:9284); 17 enero 2012 (Roj: STS 1686/2012; ECLI:ES:TS:2012:1686); 20 marzo 2012 (Roj: STS 2215/2012; ECLI:ES:TS:2012:2215). También se alude al abuso de poder, confundiéndolo con la extralimitación, en las SSTS 8 noviembre 1989 (Roj: STS 6160/1989; ECLI:ES:TS:1989:6160) o 27 enero 2000 (Roj: STS 490/2000; ECLI:ES:TS:2000:490). Aunque hay otras donde lo alegan las partes y nuestro Alto Tribunal no llega a pronunciarse expresamente: SSTS 14 marzo 1986 (Roj: STS 7631/1986; ECLI:ES:TS:1986:7631); 7 marzo 1990 (Roj: STS 2113/1990; ECLI:ES:TS:1990:2113 y Roj: STS 13375/1990; ECLI:ES:TS:1990:13375); 5 julio 2012 (Roj: STS 4808/2012; ECLI:ES:TS:2012:4808); 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3850/2014; ECLI:ES:TS:2014:3850).

poder de representación. El abuso exige ostentar, previa o simultáneamente, un derecho, facultad o potestad.

La mera lesión de los intereses encomendados constituye abuso de poder²⁶⁷, mientras que la extralimitación exige, además, la infracción de los límites formales. Ciertamente, tanto uno como otra suponen infracción del poder - Gordillo habla de irregularidad-, pero no cabe asimilar la vulneración del interés con la de los límites formales del objeto, sobre todo en lo que afecta al conocimiento del tercero y su incidencia en la buena fe. Esto no significa que el interés carezca de relevancia en la extralimitación sino que el interés (límite sustancial) debe ir acompañado de la transgresión de los límites objetivos. Por este motivo no podemos aceptar la equiparación efectuada por González Carrasco cuando dice “que es posible considerar probada la extralimitación ante actuaciones comprendidas dentro de la literalidad del poder pero alejadas de su finalidad, así como actuaciones que en principio quedan fuera del poder otorgado pero que por perseguir la misma finalidad logran su objetivo de forma <<más ventajosa>> para el mandante”²⁶⁸. No obstante, la propia autora reconoce más adelante que no se pueden equiparar abuso y extralimitación porque el primero provocará normalmente la ineficacia total del acto, por desviación de lo actuado con la finalidad pretendida, mientras que la extralimitación puede producirse con conservación parcial de lo actuado²⁶⁹.

En el abuso se atenta contra el interés del *dominus* respetando formalmente el poder: si el principal encarga el arrendamiento de un bien inmueble pero el representante, en vez de optar por el más económico, por el mejor situado, por el más espacioso, etc., escoge otro que no reúna ninguna de estas características, no habrá infringido los límites pero sí lesionado el interés de quien le apoderó.

²⁶⁷ Aunque referida al abuso de derecho, en la STS 14 febrero 1944 (JC, 2ª serie, T. V, nº 43) Castán Tobeñas define la figura del abuso como “el acto realizado usando de un derecho objetivamente legal, que causa un daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico y cuya moralidad o antisocialidad se manifiesta, objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución”.

²⁶⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, págs. 11716 y 11717.

²⁶⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *ut supra*, pág. 11719.

La infracción del poder puede venir motivada por una razón de índole subjetiva -la intención de dañar- o por otra de carácter objetivo -vulnerar los fines de su concesión-. Sobre esta idea podemos distinguir entre *desviación*, que sería el simple ejercicio ilegítimo del poder por cumplir un fin distinto para el que se otorgó, aunque dentro de sus límites, y *abuso* o desviación intencional en el uso del poder²⁷⁰.

III. 3.2.2.- Extralimitación

La legislación nacional y extranjera²⁷¹, los principios internacionales²⁷², así como las modernas propuestas doctrinales dirigidas a la unificación y modernización

²⁷⁰ Es el *consilium damni* o intención de perjudicar, *ab initio* o a consecuencia del actuar del apoderado que, consciente del daño, persiste en él. Ver LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general, Vol. tercero...*, pág. 125. Un ejemplo de abuso sería la realización de actos que el representante sabe que no son queridos por el representado aunque consten en el documento de apoderamiento.

²⁷¹ Los arts. 1989 y 2967 CC de Napoleón y de Luisiana, respectivamente, consideraban “exceso de poder” lo que se hacía en contra del mandato. Estos Códigos han tenido gran influencia en nuestro actual Código. Ver PETIT, C., “España y el Code Napoleón...”, págs. 1826 y ss; GAYA SICILIA, R., “La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española”, ADC, tomo LXIII, Fascículo II, 2010, pág. 739; PARISE, A., El Código civil de Luisiana... En la actualidad podemos citar:

- Art. 376 CC Argentina: “Si alguien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades conferidas por el representado, es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad”.

- El art. 665 CC de Brasil dice que el mandatario que excediese los poderes del mandato, o procediese contra ellos, se reputa mero gestor de negocios en cuanto a los actos que no le ratificare el mandante.

- Art. 1398 CC italiano: “Aquel que ha contratado como representante sin poseer poderes o excediéndose de las facultades conferidas, es responsable del daño sufrido por el tercero...”

- Parágrafo 185 *BGB*, primera parte, obtenido y traducido del alemán al inglés por la REDPEC, Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, que dice así: “La disposición de una cosa hecha por una persona sin la autoridad para hacerlo es efectiva si se hace con el consentimiento de su titular. A falta de consentimiento, se hace efectiva si la persona autorizada la ratifica...”

- Art. 1156 del *Code*: “El acto realizado por un agente sin poder o excediéndose de su poder es nulo frente al representado, a menos que el tercero contratante crea legítimamente en la realidad de los poderes de representación, sobre todo a causa de la conducta o declaraciones de los representados. Cuando supo que el acto se llevó a cabo por un agente sin poder o excedido en su poder, el tercero contratante puede invocar la nulidad. La nulidad del acto no puede ser invocada una vez que el representado ratificó”.

²⁷² El Art. 2.2.5 de los principios UNIDROIT establece: “Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan a las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.”

- El art. 3:204 de los PECL indica: “Cuando una persona actúa como representante sin tener poder de representación o extralimitándose en el ejercicio del mismo, sus actos no obligan al representado ni a los terceros.” Y el art. 3:207: “El representado puede ratificar los actos que haya llevado a cabo su representante sin poder o extralimitándose de él”.

del Derecho de obligaciones y contratos²⁷³, nos ofrecen ejemplos de una distinción, más teórica que real, entre la extralimitación y los demás supuestos de representación sin poder.

Así en España, si bien el art. 1259 CC no establece diferencia alguna, los arts. 1725 y 1727 CC, dictados en sede contractual, regulan supuestos específicos de extralimitación; igual sucede con el art. 286 CCo respecto del factor mercantil.

Pero como hemos ido observando, inexistencia y extinción poseen diferente naturaleza que abuso y extralimitación. El primer grupo parte de la falta de poder; el segundo, de su ejercicio indebido -mal uso-. Por ello se ha reconocido que “allí donde hay representación sin poder, en principio, el representado puede sin más desinteresarse del negocio realizado en su nombre y sólo excepcionalmente puede tener interés en una posible aceptación; en el caso de exceso de poder, el representado tiene interés en la comprobación del acto para constatar si

- Art. II-6:107 del MCR: “Cuando una persona actúa en nombre del principal o de cualquier otra forma que indique al tercero la intención de afectar la posición jurídica del principal, pero carece de legitimación, el acto no afecta la posición jurídica del supuesto principal ni (...) da lugar a relación jurídica alguna entre el falso representante y el tercero.”

- Art. 2.3.5. de los principios OHADAC: “1.- Los actos del representante realizados sin poder o excediéndose de sus límites no afectarán a la esfera jurídica del representado, a menos que este los ratifique en las condiciones previstas en el artículo 2.3.9. 2.- El representante que actúe sin poder o excediéndose de sus límites incurrirá en responsabilidad frente al tercero, a quien deberá indemnizar hasta situarlo en la situación en que se habría encontrado de haber actuado el representante y no excediéndose de sus límites. El representante, sin embargo, no será responsable si el tercero sabía o debía saber que el representante no tenía poder o se excedía de sus límites”.

²⁷³ En España:

- El art. 1288,2 PMCC dice que: “Los actos de quien actúa en nombre de otro careciendo de poderes de representación o traspasando sus límites no vinculan así al representado y al tercero a menos que los ratifique aquél en cuyo nombre su hubiera actuado”.

- Art. 5111-8.1 Libros V y VI de Código Civil APDC: “El mandante queda vinculado frente al tercero y tiene acción contra éste por las obligaciones derivadas del mandato ejecutado por el mandatario dentro de los límites de aquél. Si el mandatario actúa sin autorización o se excede en los límites de la misma, sus actos no vinculan al mandante, salvo que éste ratifique la actuación expresa o tácitamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5111-11. Mientras ello no ocurra, tanto mandato como tercero pueden dejar sin efecto el acto realizado”.

- Art. 1132-3.1, primer párrafo, borrador de Libro I CC: “Los actos realizados en nombre ajeno sin poder de representación o con extralimitación de facultades no vinculan a la persona a cuyo nombre se hayan celebrado con el tercero, salvo que aquélla los ratifique antes de ser revocados por este último”.

En Europa, el art. 64.1 del Proyecto Pavía: “La persona que contrata como representante, sin poderes o extralimitándose de los que le han sido conferidos, es responsable del perjuicio que el tercer contratante haya sufrido por haber creído de buena fe que concluía un contrato válido con quien presume que es el representado, salvo si el mismo tercero recurre a la facultad de considerar el contrato como concluido con el representante desprovisto de poderes”.

efectivamente ha habido exceso de poder por parte del representante y precisamente por ello puede escindir el acto. El interés del representado es positivo y valorable, porque él puede estar interesado en mantener con vida el acto, pero dentro de los límites del poder y no simplemente lograr su desconocimiento”²⁷⁴.

Rivero Hernández dice de la extralimitación que aunque no haya habido negocio perfecto (eficaz), funcionalmente ha habido representación, es decir, fenómeno representativo²⁷⁵. Asegura que el negocio realizado por el representante con poder insuficiente (o sin poder) en nombre *de y para* el *dominus* a quien dice representar o por quien actúa, no difiere sustancial ni estructuralmente del negocio que lleva a cabo cualquier representante con poder suficiente²⁷⁶.

La extralimitación en la representación voluntaria comporta un exceso en los límites formales del poder que contraría el interés del *dominus negotii*. Es indiferente que ese exceso recaiga o no sobre un objeto igual a aquél para el que se otorgó el poder, siempre que la parte no extralimitada sí esté legitimada. Ya dijimos que de no existir ningún punto de conexión entre poder y objeto no habría extralimitación sino inexistencia. Quizá no una inexistencia formal, porque poder existe, pero sí material, al no servir al fin para el que fue otorgado.

Aunque los límites pueden superarse material o formalmente, y, dentro de estos últimos, desde un punto de vista objetivo, subjetivo y temporal. Así, la extinción de un poder preexistente también constituye extralimitación (en el tiempo), pese a que revista caracteres propios que le hagan merecer un tratamiento diferenciado.

A modo de recopilatorio, las diferencias entre las anteriores figuras podrían resumirse del siguiente modo:

²⁷⁴ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 503, siguiendo a PUGLIATTI, S., “Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi”, en *Studi sulla rappresentanza...*, pág. 304.

²⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1010.

²⁷⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 126 y 127.

- Tanto inexistencia como extinción comportan falta de poder, abuso y extralimitación, un uso indebido.

- Inexistencia y extinción exigen menor carga probatoria que abuso y extralimitación, porque el poder se tiene o no se tiene. En cambio, el uso indebido exige una valoración más difícil de los hechos, analizando el negocio jurídico representativo y la voluntad del principal.

- El abuso se desarrolla dentro de los límites formales del poder y afecta al interés del principal; la extralimitación atiende además al dato objetivo de los límites formales.

- La extralimitación se presta mejor que el abuso a la ratificación, siempre que no confundamos ratificación con la falta de ejercicio de la acción de impugnación.

- El abuso que no comporte extralimitación solo produce efectos *inter partes*, mientras que la extralimitación, igual que la falta de poder, trasciende *ultra partes*.

- La extralimitación permite continuar con la utilización del poder, dentro de sus límites formales y sin necesidad de ratificación; el abuso también, siempre que lo ratifique el principal u obtenga utilidad –algo improbable pero posible-. La extinción y la inexistencia solo admiten la asunción de los efectos del negocio jurídico mediante el mecanismo de la gestión de negocios o de la representación aparente.

- Por último, mientras el representante que ha dejado de serlo o que nunca lo fue (pero ha actuado como si lo fuera) puede denominarse pseudo-representante, quien abusa o se extralimita sigue ostentando la condición de representante del principal, sin perjuicio de que su modo de proceder, contrario a la confianza, pueda ser causa de extinción del poder.

En todo caso la distinción no siempre es fácil. A veces porque surgen tipos mixtos –el abuso de poder que acaba en extralimitación-, otras porque existen nexos de

unión –la extralimitación temporal coincide con la extinción de poder- y, por último, porque en ocasiones no están claros los conceptos: para Rivero Hernández la extralimitación no siempre genera incumplimiento, ni siquiera cumplimiento defectuoso. Existe verdadero incumplimiento cuando se realiza un acto distinto del encargado, cosa que el mandatario no puede hacer sin contravenir lo acordado, y es de carácter sustancial²⁷⁷. Según él, “acto distinto” se refiere a un tipo comercial diferente (vender en vez de comprar), a un objeto completamente distinto (vender una vivienda en vez de una finca rústica) o con finalidad claramente diferente de la encargada (desinvertir, en vez de invertir)²⁷⁸.

El interés de los contratantes, que subyace sobre el resto de los elementos esenciales del contrato, servirá en ocasiones para determinar si una falta debe ser tratada como incumplimiento, como cumplimiento defectuoso, o, si por el contrario, se actuó *intra limes*, pues no siempre está claro ese límite objetivo y formal que deslinda el abuso de la extralimitación.

Por otro lado, el consentimiento recae sobre un objeto cierto, y este objeto posee una extensión y límites concretos, que no tienen por qué coincidir con los del poder. El poder autoriza a actuar sobre todo o parte del objeto, de modo que el objeto tendrá una extensión igual o superior al poder, nunca inferior²⁷⁹. En el exceso, es indiferente que el representante extralimitado actúe sobre el objeto del poder o sobre otro diferente, lo importante es que al menos parte de ese poder (la porción no extralimitada) se ejercite sobre el objeto de legitimación.

²⁷⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra...*, pág. 214.

²⁷⁸ Algunos autores perciben la extralimitación de diferente manera y entienden que también concurre cuando el representante varía “la naturaleza del contrato que ha dado lugar a la obligación”. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, pág. 397, a propósito de la extralimitación cambiaria.

²⁷⁹ En contra de la opinión de algunos autores como Albaladejo, que sostienen la diferencia entre objeto y límites del poder (en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 407, dice que “cosa distinta del objeto del poder, es la extensión de las facultades que se dan al representante”), COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 1964, identifica límites y objeto de mandato, diciendo que el objeto determina lo que el mandatario puede o no hacer. Creemos que son conceptos distintos: el objeto es la materia del encargo, mientras que los límites marcan la frontera entre lo que le es dado hacer al apoderado y lo que no, dentro de esa materia.

Si hemos dicho que la extralimitación no es representación sin poder ni falsa procuración, surge una pregunta inevitable: ¿Dónde encuadrarla? Y la respuesta parece obvia: si la estudiamos al amparo de la representación, el poder subsiste pero se ejerce indebidamente, y puede generar responsabilidades en las relaciones *ad intra* y *ad extra*, nos encontraremos ante un supuesto de crisis en el ejercicio de la representación o, como sostiene Díez-Picazo, ante un “ejercicio anormal del poder de representación”²⁸⁰. Pero lo cierto es que más allá de denominaciones, de clasificaciones o de imputaciones de faltas, tanto la extralimitación como la inexistencia y la extinción –no así el abuso, que por definición se mantiene dentro de los límites- comparten un hecho en común: un acto o negocio jurídico total o parcialmente deslegitimado, provocado por la actuación del pseudo-representante.

III. 4.- La autonomía conceptual de la extralimitación

Si nos quedamos con lo dicho hasta ahora quizá podamos entender mejor qué es la extralimitación pero no hay razón para sustraerla del grupo. Entonces, ¿qué nos permite diferenciarla y convertirla en merecedora de un tratamiento autónomo? Por un lado el régimen de responsabilidad y por otro el papel que juega la utilidad del acto representativo sobre el patrimonio del representado.

III. 4.1.- La responsabilidad del *dominus negotii*

Es difícil ofrecer reglas generales en materia de responsabilidad, ya que depende de la buena o mala fe de las partes implicadas, de la diligencia con la que actúen y de la causa justificadora de atribución. En principio, ante la inexistencia *de poder* solo asume obligaciones el principal cuando la actuación del gestor redundó en su utilidad, pero fuera de estos casos es difícil que se pueda exigir responsabilidad a quien nunca otorgó poder.

²⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 16 y 198. Este autor distingue entre “ejercicio anormal del poder de representación”, que regula en las páginas 198 y 199, donde incluye la extralimitación o ejercicio extralimitado de la representación, el abuso de poder de representación, la autoentrada del representante y la apariencia de poder de representación; y “representante sin poder y falso procurador”, páginas 214 a 219, bajo cuya denominación contempla la inexistencia de poder, la extinción y la representación aparente.

La extinción requiere mayor diligencia del poderdante que fue verdadero representado, retirando los poderes conferidos y haciendo lo que esté en su mano para poner en conocimiento de potenciales terceros la nueva situación.

El abuso determina la responsabilidad del representante frente al representado, por los daños que con su proceder haya podido causarle.

La extralimitación comporta una situación peculiar: por un lado el representado puede no querer ratificar la actuación de la parte extralimitada; si el negocio puede subsistir sin ella, sus intereses no se ven afectados y tanto representado como tercero pueden estar interesados en mantener la parte amparada por la legitimación que otorga el poder, surgirán obligaciones recíprocas para ambos y ninguno de los dos podrá dirigirse frente al representante extralimitado.

Si el negocio puede subsistir sin ella pero el interés de una o de las dos partes se ve erosionado, o representado y tercero no están interesados en mantenerlo parcialmente, el representado podrá dirigirse, en su caso, frente al representante, pero el tercero podrá actuar frente al representante y, en determinadas ocasiones, frente al representado, sin perjuicio del derecho de repetición que éste ostenta frente a aquél.

Si el negocio puede subsistir pero el representado no está interesado en mantenerlo mientras que el tercero sí lo está, o viceversa, quien desee anularlo tendrá que accionar frente al otro, de modo que junto a la responsabilidad derivada de la extralimitación podrá exigirse la *restitutio in integrum*; si el negocio no puede subsistir parcialmente, la situación será la misma que en caso de que ninguna de las partes –principal y tercero- deseen su mantenimiento; por último, si el representado decide ratificar antes de la revocación por el tercero, ocurrirá igual que cuando el negocio puede subsistir y tanto representado como tercero están interesados en su perfección.

Generalmente la responsabilidad por la extralimitación se atribuye al representante, pero el hecho de que actúe por cuenta ajena, que los derechos y

obligaciones de su gestión repercutan finalmente en el representado y no en él, que haya sido elegido por el principal –o por la ley- para la defensa de su interés, así como el principio de seguridad del tráfico y la garantía adicional que supone para el tercero de buena fe, parecen aconsejar que quien nombra a otro para que le sustituya asuma los riesgos de su gestión frente al tercero, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir, reclamando el *quantum* de su mal proceder.

Encontramos ejemplos de responsabilidad del principal tanto en el ámbito de la representación aparente²⁸¹ como en el de la designación de sustitutos por parte del representante, desde el momento en que el representante puede responder de la elección frente al *dominus* pero ostenta a su vez la condición de principal frente a los sustitutos²⁸². Existen propuestas normativas que entienden esta sustitución como representación²⁸³.

²⁸¹ La teoría de la apariencia desarrollada por Gordillo exige requisitos adicionales –la implicación del *dominus*, es decir, que el acto se desarrolle en la esfera del riesgo creada por él- pero admite la responsabilidad del principal.

²⁸² El art. 1721 CC hace responsable al mandatario de la gestión del sustituto cuando se le dio la facultad para nombrarlo pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. El art. 1287 PMCC prevé un artículo similar, en el ámbito específico de la representación, aludiendo al sustituto o subapoderado para actividades de las que no sea razonable esperar que el representante tenga que realizarlas por sí mismo, y asignando responsabilidad por la gestión del sustituto o del subapoderado cuando no le dio facultad para nombrarlo o, si se la dio, si el representante incurrió en culpa en la elección. La STS 1 marzo 1990 (RJ 1990/1656), de la que fue ponente Santos Briz, establecía a propósito de la representación que “*la responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún CC, como el alemán (párr. 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como los de los arts. 292 CCom., y 1592 CC, en la esfera contractual, y en la extracontractual el art. 1903.4, y el art. 1904 CC de modo que aún sin forma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares o empleados, ya por culpa in eligendo o in vigilando, ya en virtud del principio cuius est commodum eius est periculum. Consecuencia obligada, pues el tercero confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal al menos el deudor contractual*”.

²⁸³ El art. 3:206 de los Principios Lando dice que el representante tiene el poder implícito de designar a un representante suyo que cumpla aquellas funciones que no sean de carácter estrictamente personal. El art. 6:104 DCFR faculta al representante para “delegar su legitimación” en otra persona para la realización de actos en interés del principal. El art. 2:2:8 de los principios UNIDROIT dice que el representante tiene el poder implícito de designar un representante sustituto para cumplir los actos en los que no es razonable pensar que aquél debe cumplirlos personalmente.

En la representación quien elige al representante es el principal y la extralimitación implica un ejercicio defectuoso del poder de representación, por tanto debe responder frente a tercero quien efectuó la elección indebida, igual que el mandatario responde frente al mandante por la actuación del sustituto. Estas y otras ideas nos hacen pensar que, a pesar de ser pasada por alto con relativa frecuencia, la responsabilidad por la extralimitación no acaba en la persona del representante extralimitado y alcanza de alguna manera al *dominus negotii*.

III. 4.2.- La *utiliter gestum*

Para Nuñez Lagos la representación tiene tres fuentes: la autorización o el poder, la ratificación y el denominado efecto *utiliter gestum* (utilidad en la gestión). Quiere esto decir que cuando concurre alguno de los tres supuestos existe representación (es decir, no se puede hablar de inexistencia ni de extinción) y no cabe hablar de un mal uso en el ejercicio del poder (extralimitación o abuso). Decimos, por tanto, que la actuación del representante es legítima. La autorización, el poder o la ratificación son declaraciones de voluntad o negocios jurídicos²⁸⁴ que parten de la voluntad (pública o privada), y otorgan o completan la legitimación del representante, carente de poder o extralimitado. En cambio, la *utiliter* aparece desvinculada del elemento volitivo pero cumple la misma función. Su regulación en distintos pasajes de nuestro código muestra una naturaleza diversa (*utiliter coeptum, utiliter gestum, utiliter gestio*), que presenta caracteres específicos en el ámbito de la extralimitación e influye en su propia concepción.

El art. 1715 CC dice que “no se consideran traspasados los límites del mandato si fuera cumplido de manera más ventajosa”. Puesto en relación con otros preceptos, como los arts. 304 y 1893 CC²⁸⁵, podemos apreciar que, aparte de

²⁸⁴ Según distintas opiniones doctrinales ya vistas, a propósito del poder, y que analizaremos en materia de autorización y ratificación.

²⁸⁵ Art. 304 CC: “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Art. 1893 CC: “Aunque no hubiese ratificado la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de

las diferencias propias de los ámbitos donde se insertan (contrato, cuasicontrato, guarda de hecho), no es lo mismo “cumplir de manera más ventajosa”, “redundar en utilidad de otro” y “aprovechar las ventajas o tener por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto aunque no resulte provecho”.

Como tampoco es lo mismo “no traspasar” que “no considerar traspasados”, aunque iguales efectos atribuya el Código a la actuación *intra metas* que al traspaso en utilidad del mandante o representado²⁸⁶. Que una determinada situación jurídica produzca los mismos efectos que otra no significa que sean idénticas. De hecho, Gordillo Cañas construyó su doctrina acerca de la representación aparente partiendo de una premisa: la representación aparente no es verdadera representación sino una serie de efectos que la norma establece para la protección del tercero de buena fe²⁸⁷. Aplicando este razonamiento al tema que nos ocupa cabría pensar que en supuesto de hecho contemplado por el art. 1715 CC es el de la extralimitación del mandato representativo, pese a que sean iguales los efectos de la actuación representativa que de la extralimitada en utilidad del mandante (o representado).

Este precepto nos lleva a plantearnos varias cuestiones, que trataremos de resolver en los siguientes apartados:

- Primera, el fundamento del art. 1715 CC.
- Segunda, si la extralimitación es una situación subjetiva u objetiva, es decir, si el interés del *dominus negotii* actúa como límite sustancial que se impone sobre el formal.
- Tercera, qué tipo de ventaja es susceptible de producir el efecto de la *utiliter*.

su cargo. La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno”.

²⁸⁶ LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 1538, considera que el artículo referido recoge un supuesto de extralimitación aunque “no debe considerarse jurídicamente así sino simplemente en su aspecto más positivo de exceso de celo o de diligencia en la gestión de los intereses del mandante”.

²⁸⁷ GORDILLO CAÑAS, A, *La representación aparente...*, entre otras muchas, pág. 49.

- Cuarta, si puede aplicarse a los supuestos de inexistencia, extinción y abuso de poder.
- Quinta, si también opera el límite sustancial aunque no derive ventaja alguna, siempre que la extralimitación formal pueda considerarse aceptable conforme a los usos sociales o los usos del tráfico.

III. 5.- Extralimitación legítima *versus* extralimitación ilegítima

Esta última cuestión está íntimamente ligada con el tema de la rigidez formal de los límites del poder: si el interés del *dominus* permite que una actuación formalmente extralimitada pero beneficiosa produzca los efectos de la representación, ¿cabe entender que no existe extralimitación cuando el traspaso sea de tan poca entidad que pueda entenderse admitido por los usos, a pesar de no obtener un provecho o ventaja para el principal?.

En el mundo del Derecho, la equidad es una regla de ponderación en la aplicación de las normas, que busca la justicia natural frente a la rigidez del derecho positivo. Está presente en todas las ramas del Derecho²⁸⁸ y tiende a saltarse la literalidad de la norma en favor de la justicia del caso concreto²⁸⁹.

²⁸⁸ FALCÓN Y TELLA, M^a.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005. Según la autora, la equidad está presente en todas las ramas del Derecho internacional e interno. Sirvan de muestra los siguientes ejemplos: en el Derecho civil en el art. 3.2 CC; en el Derecho administrativo a través de la potestad discrecional; en el Derecho penal con la individualización de las penas, el principio de resocialización, las medidas de seguridad frente a las penas, la supresión de la pena capital y penas inhumanas, el estado de necesidad, el perdón, el indulto, la amnistía, el derecho de gracia, el principio *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia, las medidas reparadoras de los errores judiciales, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la compensación de responsabilidades o delitos; en el Derecho financiero y tributario, a través de los principios constitucionales en materia tributaria: capacidad económica, igualdad, generalidad, progresividad, no confiscación y el de legalidad tributaria; en el Derecho internacional, a través de la teoría de la guerra justa; en el Derecho procesal, mediante el derecho a un proceso equitativo y el recurso de casación; en el Derecho canónico, a través de la dispensa; en el Derecho mercantil, con el principio de verdad sabida y buena fe guardada; etc.

²⁸⁹ Sirva de ejemplo, en el ámbito del Derecho público, el delito de prevaricación, regulado en los arts. 419 y ss. CP. Estos preceptos castigan al funcionario que solicita, recibe o acepta, como al particular que ofrece o promete dádiva o acepta la solicitud de aquél. La definición permite distinguir entre cohecho pasivo y activo, propio e impropio. De ellos, el art. 422 CP tipifica la conducta de "la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en

Sobre este principio, doctrina y jurisprudencia defienden una extralimitación legítima y otra ilegítima, según que atente o no contra la esencia del poder y el fin de la representación²⁹⁰.

Efectivamente, algunas sentencias del Tribunal Supremo defienden que para apreciar extralimitación “no puede atenderse de forma automática o mecánica a la mera literalidad del poder conferido sino principalmente al sentido del encargo realizado, esto es, a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad querida y en relación con las circunstancias que concurran”²⁹¹.

En un contexto internacional, el Derecho comparado ofrece ejemplos de naciones que no consideran extralimitación la desviación del apoderado que se aparta de las instrucciones (o instrucciones de gestión) recibidas, si actúa en interés del poderdante, y otras que la prohíben, apelando a la prudencia.

Dentro del primer grupo encontramos los siguientes países:

- Alemania y Suiza.

consideración a su cargo o función”. Según LUZÓN CUESTA, J.M^a, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág. 271, para la tipificación de la conducta “deben tenerse en cuenta los usos sociales, de modo que no constituirá delito la aceptación de obsequios de escaso valor intrínseco, admitidos por la costumbre, o aquellos otros realizados en forma de homenaje colectivo, por ejemplo, con ocasión de un ascenso, traslado o concesión de una condecoración, reiteradamente aceptados por la sociedad”. En el Derecho civil también encontramos ejemplos de esta moderación, algunos de ellos reconocidos por el propio legislador. Existen algunas figuras, como la novación, que atienden al carácter esencial o no esencial de la modificación operada para entender que existe o no cambio en la obligación (art. 1203 CC).

²⁹⁰ Según ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, arts. 1710 y 1714, págs. 2968 y 2981, la jurisprudencia suele admitir la validez del negocio representativo cuando la desviación no sea sustancial, entendiendo por sustancial “cuando se traiciona mediante ella el fin esencial del contrato de mandato, bien por error, bien conscientemente. Los errores o desviaciones menores o de cálculo no se consideraran – considerarán- extralimitación si no están en la naturaleza del negocio (art. 1719 CC)”. Y no solo se plantea la cuestión en la extralimitación por insuficiencia de poder, sino en el supuesto inverso: cuando existiendo formalmente un poder, el interés aconseja tenerlo por no otorgado [véase la STS 23 septiembre 1994 (RJ 1994/6987)] En el mismo sentido ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, págs. 145 y 146, estima que hay “extralimitación sustancial” cuando se traiciona mediante ella el fin esencial del contrato; los errores o desviaciones menores o de cálculo no se consideran extralimitación si están en la naturaleza del negocio.

²⁹¹ STS 20 mayo 2016 (Roj: STS 2361/2016-ECLI:ES:TS:2016:2361), con cita de las SSTS 27 enero 2000 (Roj: STS 490/2000-ECLI:ES:TS:2000:490); 28 octubre 2004 (RJ 2004/7208) y 30 enero 2009.

Para la doctrina alemana y suiza, con base en el parágrafo 665 *BGB* y art. 397 Código Suizo de las Obligaciones²⁹², el mandatario se encuentra facultado para desviarse de las instrucciones recibidas y, en ocasiones, se halla obligado:

- Cuando las nuevas circunstancias sean de tal naturaleza que el mandatario deba entender que el mandante, si conociera la existencia de las mismas, habría ordenado el cambio de las primitivas instrucciones, *motu proprio*, sin necesidad de requerimiento en tal sentido.
- Y siempre que la desviación no suponga una notable agravación de la prestación impuesta al mandatario²⁹³.

Antes de hacer la modificación, el mandatario debe dar aviso al mandante y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora²⁹⁴.

- Italia.

Según *Minervini*, estos casos son de aplicación al ordenamiento italiano, “en un sistema que sustancialmente subordina la vigencia de las instrucciones del mandante a la influencia de la cláusula *rebus sic stantibus*”. También aquí “el mandatario se halla obligado a notificar al mandante las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación o modificación del mandato” (arts. 1710, párrafo 2º y 1711, párrafo 2º)²⁹⁵.

²⁹² El parágrafo 665 *BGB* permite al mandatario desviarse de las instrucciones del mandante si puede deducir de las circunstancias que el mandante aprobaría tal desviación si estuviera al tanto de la situación de hecho. El mandatario deberá notificar al mandante antes de dicha desviación y esperar la decisión de éste, salvo que el aplazamiento suponga un peligro. El término similares se expresa el art. 397 del Código Suizo.

²⁹³ MINERVINI, G., *El mandato...*, págs. 114 y 115.

²⁹⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil, comentado y concordado extensamente, e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución, y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, continuado por José CASTÁN TOBEÑAS, con la cooperación de Manuel BATLLE VÁZQUEZ y Francisco BONET RAMÓN, Tomo XXV, I. Del contrato de sociedad, II. Del contrato de mandato, Parte 1ª, -Estudios comparativos, - Introducción doctrinal, - Artículos 1665 al 1678*, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, 1933, pág. 84, con cita del parágrafo 665 *BGB*.

²⁹⁵ MINERVINI, G., *El mandato...*, págs. 110, 111, 114 y 115. El art. 1710, 2º párrafo CC italiano dice que “el mandatario se halla obligado a notificar al mandante las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación o modificación del mandato”. El art. 1711, segundo párrafo,

Los Códigos alemán, suizo e italiano emplean el término “instrucciones”, no “límites”. *Minervini*, que distingue entre ambos, se basa en el tenor literal de la ley para defender la posibilidad de extralimitar las instrucciones, nunca los límites. La prohibición de rebasar los límites del mandato no es sino la formulación, para un supuesto particular y en términos negativos, de un principio general en materia de obligaciones: el que exige que la prestación responda de modo exacto y objetivo al contenido de la obligación²⁹⁶.

Como indica *Minervini*, para la Corte Suprema italiana no basta con que se superen los límites “imperativos” del mandato sino que el mandatario persiga con ello una finalidad incompatible con la prefijada por el mandante o, cuanto menos, que no responda a su expresa voluntad. Aunque él no comparte este criterio por ser “en extremo liberal respecto al mandatario”, aunque sí defiende la existencia de medios para templar el rigor formalista. En este sentido cita el art. 1455 CC italiano, que impide resolver el contrato si el incumplimiento tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra parte; aunque el acreedor tiene derecho a no aceptar la prestación indebida pese a que la desviación tenga escasa importancia, a la vista de los intereses del acreedor. En cambio, sí considera aplicable el art. 1375 CC que obliga a aplicar al cumplimiento del contrato las reglas de la buena fe, y la lealtad exigida por el art. 1175 a acreedor y deudor²⁹⁷.

Dentro del segundo grupo encontramos:

- Francia.

El art. 1889 del *Code* prohíbe que el mandatario actúe fuera de lo que contiene su mandato. Tras la reforma operada por la Ordenanza nº 2016-131, el art. 1153

CC italiano, permite al mandatario separarse de las instrucciones recibidas cuando circunstancias ignoradas por el mandante, tales que no pueden ser comunicadas en tiempo oportuno, permitan “razonablemente” suponer que el propio mandante habría dado su aprobación a tal desviación. Para apreciar el término “razonablemente”, el autor dice que el representante debe actuar como lo haría un buen padre de familia.

²⁹⁶ MINERVINI, G., *ut supra*, pág. 310.

²⁹⁷ MINERVINI, G., *ut supra*, págs. 316 a 318.

establece el mismo principio para el representante, legal o convencional, lo que no impide que por vía jurisprudencial pueda llegarse a consecuencias similares a las de aquellos países que cuentan con una legislación más permisiva.

- Portugal.

El art. 1335 del CC portugués, de 1 de julio de 1867, se mostraba restrictivo al respecto, diciendo que el mandatario está obligado a cumplir su mandato en los términos y por el tiempo por el que fue conferido, y si traspasare sus poderes – art. 1338- será responsable de los daños y perjuicios que causase, tanto con relación al comitente, como con relación al tercero con quien hubiese contratado. En cambio, el art. 1162 del actual CC de Portugal, de 25 de noviembre de 1966, dice que el mandatario puede dejar de ejecutar el mandato o apartarse de las instrucciones recibidas, cuando sea razonable suponer que el principal aprobaría su conducta de haber conocido esas circunstancias, que no han podido comunicarse en tiempo útil.

Algo similar ocurre con los países latinoamericanos, encontrando regulaciones más depuradas que la española²⁹⁸. El ordenamiento civil español no dice nada

²⁹⁸ Es el caso de Méjico y Chile, especialmente. El art. 2562 CC Federal de Méjico de 1928 dice que el mandatario ha de sujetarse al cumplimiento de las instrucciones recibidas del mandante sin que el primero pueda en ningún caso proceder contra las expresas disposiciones del segundo. En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandato, el mandatario deberá consultarle, y si no fuera posible o estuviera autorizado para obrar a su arbitrio actuará según su prudencia le dicte (art. 2563), pudiendo suspender la ejecución del mismo dando cuenta al mandante cuando algún incidente imprevisto hiciera a juicio del primero perjudicial el cumplimiento de las instrucciones recibidas (art. 2564). En los mismos términos se expresan los arts. 7779, 7780 y 7781 del CC del Estado de Méjico, publicado el 7 de junio de 2002. El Código Civil chileno, de 14 de diciembre de 1855 (con entrada en vigor el 1 de enero de 1857), se muestra bastante restrictivo al respecto. Su art. 2131 obliga al mandatario a ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo. El artículo siguiente enumera casuísticamente la potestad que confiere el poder para efectuar actos de administración, diciendo expresamente que “para todos los actos que saltan de estos límites, necesitará de poder especial”. Admitido el poder “para obrar del modo que más conveniente le parezca” al mandatario, se le prohíbe que altere la substancia del mandato y que realice actos que exijan poderes o cláusulas especiales. De igual modo restringe conceptos que puedan dar lugar a extralimitación: así “por la cláusula de libre administración se entenderá que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula” –art. 2133-, según “la recta ejecución del mandato” de la que habla el art. 2134. Y si el mandatario se halla imposibilitado de obrar con arreglo a las instrucciones del mandante le basta con tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan, no a convertirse en agente oficioso. Solo cuando no fuera posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, tomará el partido que más se acerque a sus

al respecto, ni a propósito de la representación (arts. 1259 CC y preceptos reguladores de la representación legal) ni en sede de contrato de mandato. Peré Raluy, que no considera admisible en nuestro ordenamiento jurídico la distinción entre límites del mandato e instrucciones del mandante²⁹⁹, sostiene que el art. 1715 CC español permite desviarse de los límites cuando el beneficio obtenido sea mayor o cuando se haya evitado un quebranto. Más dudoso, dice, es si puede hablarse de una obligación de apartarse de las instrucciones o se trata de una facultad. Su respuesta, en consonancia con el art. 1907 CC argentino, es negativa, salvo, quizás, cuando sea patente, indudable e inevitable el quebranto y pueda ser evitado mediante la abstención o con un obrar del mismo al margen de las instrucciones recibidas³⁰⁰.

Visto el contenido de la normativa nacional y extranjera, y las consideraciones propias de la figura donde se inserta la extralimitación³⁰¹, defendemos que la extralimitación formal aceptada por los usos o por las circunstancias del caso puede no constituir verdadera extralimitación. De ahí la importancia que en esta materia comporta la labor interpretativa.

En el negocio representativo extralimitado, las partes son el representante y el tercero, quienes contratan bajo unas condiciones que a ambos aceptan. Los perjuicios que pueda sufrir el tercero derivados de la extralimitación, parten del ejercicio anormal del poder que lo justifica, pero desaparecen en caso de

instrucciones y que más convenga al negocio; siendo de su cuenta probar el caso fortuito o la fuerza mayor que le imposibilite llevar a efecto las órdenes del mandante –art. 2150-

²⁹⁹ PERÉ RALUY, en *Comentarios a la obra de MINERVINI...*, págs. 115 y 116. Según este autor las instrucciones sirven para fijar los límites del mandato, con el que forman un todo inescindible.

³⁰⁰ PERÉ RALUY, *ut supra...*, págs. 116 y 117. No obstante, observamos una involución en el Derecho argentino. El Código argentino aprobado por la Ley 340, se pronunciaba en su art. 1906 en términos semejantes a los de nuestro art. 1715, añadiendo además en el art. 1934 que “un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuración, aun cuando el mandatario hubiere en realidad excedido el límite de sus poderes”. En cambio, estas referencias desaparecen en el actual Código Civil y Comercial de Argentina, aprobado por la Ley 26994 y promulgado el día 7 de octubre de 2014.

³⁰¹ La extralimitación es una figura creada al amparo de la representación y, por tanto, de construcción más dogmática que legal. Carece de normas específicas que establezcan un régimen jurídico definido y solo queda clara una cosa: se produce por un exceso en el ejercicio del poder. Las demás afirmaciones (incluido cuándo existe exceso) son susceptibles de discusión doctrinal y jurisprudencial, sin criterios unívocos que avalen una posición o la contraria. Además, se emplean conceptos propios de otras figuras (instrucciones del mandato), no exclusivos de la extralimitación (*utiliter*) y discutidos dentro de ella (interés del *dominus*), para perfilar el concepto de límite que, a su vez, se asientan en la confusión doctrinal propia de la representación (poder, mandato, representación, autorización, aprobación, ratificación).

ratificación o de que concurra la *utiliter*. Aunque el representante se haya extralimitado formalmente, la norma que ampara determinados excesos responde a la propia concepción de la representación como institución para la defensa de un interés ajeno, pero no ocasiona ningún daño al tercero, ya que el negocio representativo queda válido y eficaz en los términos estipulados.

Si la premisa para salvar el negocio es que sea más ventajoso que la señalada por el principal tampoco perjudica al *dominus* la extralimitación, con base en la *utiliter* del art. 1715 CC. Solo en caso de que la extralimitación formal no sea más ventajosa surgen dudas acerca del criterio a seguir³⁰². Pero incluso en este supuesto no se puedan ofrecer reglas generales, sino que vienen dadas por las circunstancias del caso: si son de aplicación los usos del tráfico, en qué medida se ha extralimitado el representante, los términos en que se exprese el poder, la actitud mostrada por las partes, la buena fe o diligencia mostrada por el tercero, el carácter lucrativo u oneroso del negocio extralimitado, etc. Un ejemplo lo encontramos en el cumplimiento del encargo que conlleva la realización de actuaciones instrumentales necesarias para ejercer las facultades para las que ha sido apoderado³⁰³.

En cualquier caso no parece que tenga mucho sentido atender a la literalidad de la norma, obviando el fin para el que se creó. El interés del principal no solo constituye un límite sino quizá el límite más importante que guía la labor representativa. Si la extralimitación no comporta un daño para el tercero ni para el principal, no creemos adecuado hacer primar el límite formal sobre el sustancial; y en caso de que surjan dudas, queda expedita la labor interpretativa, confiriendo a las partes la oportunidad de valorar la impugnación y exigir responsabilidad (interpretación privada) y, al juez, la posibilidad de pronunciarse acerca de sus consecuencias (interpretación pública)³⁰⁴. Si eliminamos ab *intio*

³⁰² El art. 5112-3.1 de la propuesta de Libros V y VI APDC, permite la extralimitación no autorizada cuando “atendidas las circunstancias concurrentes, resulte necesario y razonable para salvaguardar sus intereses –los del mandante- y no sea posible consultar previamente con el mandante”.

³⁰³ Supuesto contemplado específicamente por el art. 1131-6.2 del borrador de Libro I de Código Civil APDC.

³⁰⁴ Puede mantener el negocio jurídico representativo por entender que no existe extralimitación; mantener el negocio a pesar de la extralimitación por ser socialmente aceptable el exceso, sin perjuicio de la responsabilidad *ad intra* e *inter partes*; o declarar su ineficacia, si existe

esta posibilidad, perjudicamos la posición de quienes puedan sentirse lesionados en sus intereses, ya que al negar la extralimitación impedimos reclamar frente a quien hizo un mal uso del poder.

IV. LÍMITES DEL PODER E INSTRUCCIONES DEL PRINCIPAL

IV. 1.- Distinción conceptual

No es pacífica la doctrina en torno a la distinción entre límites del poder e instrucciones del principal. Algunos autores no están de acuerdo con ella, por considerarla artificial. Para ellos, las instrucciones forman parte del contenido del mandato (el modo de gestionar) y contribuyen a conformar sus límites. Cualquier declaración separada del poder o posterior, o bien recorta su extensión o bien condiciona su ejercicio en interés del representado. En estos casos se habla de limitación del campo de actuación del representante, con el consiguiente problema de oponibilidad al tercero, dependiendo de que se dé a conocer al tercero o solo al representante³⁰⁵.

Una segunda corriente doctrinal aboga por distinguirlos: las instrucciones afectan a la esfera interna e imponen al mandatario un deber de obediencia mientras que los límites afectan a la relación *ad extra* con los terceros, aunque en la práctica no siempre va a ser fácil su calificación y la concreción de sus efectos³⁰⁶. Paz-

extralimitación sustancial, total o parcial, dependiendo de si el negocio es susceptible o no de división.

³⁰⁵ GORDILLO CAÑAS, A. *La representación aparente...*, pág. 96, considera los límites como una *species facti* de las instrucciones. A su juicio las instrucciones pueden suponer una limitación del poder de representación en su extensión o un modo de condicionar su ejercicio, de modo que ambos conceptos alcanzan en última instancia al poder, cuantitativamente en cuanto a los límites, y cualitativamente con relación a las instrucciones. No obstante, en GORDILLO CAÑAS, A., "Comentario de los artículos 1727 y 1732 del Código Civil...", pág. 1568, atenúa su opinión y dice: "Sin duda alguna la distinción es legítima y en lo fundamental atendible. Con todo, si, no obstante la diferencia entre mandato y poder, se admite la conexión genética y funcional entre uno y otro, las últimas consecuencias de tal distinción resultarán notablemente amortiguadas". Tampoco distingue VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2601, quien al amparo del art. 1714 CC, relativo a los límites del mandato, dice que la principal obligación del mandatario es cumplir las instrucciones recibidas del mandante. Aunque el mismo autor, en la pág. 2623, utiliza una STS 9 diciembre 1932 para reconocer que las instrucciones privadas dadas al mandatario "no trascienden" ni perjudican a terceros.

³⁰⁶ COLÁS ESCANDÓN, A., "Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1714, pág. 1965; y art. 1727, pág. 1975. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La*

Ares asegura que la infracción de los límites provoca extralimitación o exceso de poder, mientras que la desviación de las instrucciones, abuso de poder, inoponible a terceros³⁰⁷.

En el mismo sentido, León Alonso distingue “lo que podrían ser unos meros límites técnicos del encargo, la genuina dimensión de la *voluntas mandantis* y el alcance frente a los primeros de las concretas instrucciones dictadas por el último”. Aunque, como acertadamente plantea, si los límites constan expresamente operarán al modo de una declaración de contenido negativo, pero cuando esto no sucede, ¿ante qué nos encontramos realmente: ante un exceso en los límites o ante una especial extralimitación de las instrucciones recibidas?³⁰⁸.

Serna Meroño trata de resolver el problema como en los demás casos: sin olvidar lo que es la función representativa. Si se entiende que el apoderamiento es algo abstracto e independiente, las instrucciones se verán como algo interno. Si

representación..., pág. 189, quien afirma que los conceptos de límites e instrucciones se proyectan en una doble dirección, ya que los límites repercuten en la relación externa, en cuanto que configuran el alcance de ésta y de la responsabilidad que en virtud de ella asumen las partes; mientras que las instrucciones no merman el ámbito del poder, sino que la observancia de las mismas no alcanza a la eficacia de la actuación, lo que no excluye que incurra en responsabilidad en la esfera de la representación interna. También, SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 501, para quien la doctrina y la jurisprudencia han tratado de encontrar la diferencia entre límites del poder e instrucciones, argumentando que mientras los límites juegan en el ámbito externo (por ello cuando se actúa fuera de los límites, la actuación no es eficaz); las instrucciones no restringen el ámbito del poder, son obligaciones que el apoderado asume cuando acepta el poder (por ello si actúa dentro de los límites pero infringe las instrucciones su actuación es eficaz frente a terceros, aunque el apoderado responda frente al poderdante). Y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 1853, al decir que los límites se refieren a la extensión del poder, teniendo como destinatarios a los terceros; mientras que las instrucciones “parecen determinar la forma de ejecutar o cumplir el mandato, moviéndose en la esfera interna”. Recuerda la importancia que en este sentido tiene la STS 26 mayo 1964 (RJ 1964/2772. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 143, según el cual las instrucciones privadas, sin formar parte del poder, son algo más que una cuestión interna, y expresan la preeminencia de la voluntad y el carácter dependiente y meramente ejecutor del mandatario. Y BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3499.

³⁰⁷ PAZ-ARES, C., “Comentario del artículo 1692, 1697 y 1698 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1697, pág. 1480.

³⁰⁸ LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, pág. 1536, art. 1714, quien añade que los límites parecen siempre referidos al objeto y las instrucciones al modo de ejecutarlo; aquellos son técnicos y de usual conocimiento por los terceros; éstas, meras limitaciones intrínsecas y, por tanto, de difícil conocimiento por extraños. Ahí radica la razón de porqué todo cuanto se haga más allá de las instrucciones pero dentro de los límites, acabará teniendo eficacia *erga omnes*.

aceptamos el carácter instrumental del poder, unido a otra figura, en la práctica siempre irá conectado a otro negocio, en cuyo caso será importante valorar la conducta de las personas que intervienen en el negocio. Y recuerda que la jurisprudencia trata de proteger los intereses de los terceros de buena fe, no pudiendo perjudicarles las limitaciones y las extralimitaciones no pueden trascender en su eficacia a quien de buena fe contrató, ya que de otro modo la seguridad del tráfico jurídico quedaría frustrada³⁰⁹.

Fuera de nuestras fronteras, se ha defendido que la distinción entre límites o instrucciones deberá determinarse caso por caso según la voluntad del mandante, aunque se señala como criterio orientador que los límites se refieren al objeto del acto y las instrucciones a modalidades accesorias del acto³¹⁰.

Por último, existe una tercera corriente de opinión que distingue entre *instrucciones básicas* e *instrucciones accesorias*, de modo que solo las primeras participan de la naturaleza de los límites del mandato y en caso de infracción puede generar verdadera extralimitación del mandato³¹¹.

La jurisprudencia se ha postulado al respecto. Ya en una sentencia de 17 de octubre de 1932 (Roj: STS 1289/1932; ECLI:ES:TS:1932:1289), el TS decía que en la esfera interna el mandatario habría de llevar a cabo el encargo recibido con arreglo a las instrucciones del mandante; mientras que en la esfera externa obligarían los efectos del contrato al mandante siempre que el mandatario hubiera actuado dentro de los límites del mandato o por el contrario al mandatario si hubiera traspasado sus poderes sin dar de ello suficiente conocimiento. Más recientemente existen sentencias para las que “los principios de seguridad jurídica y protección de los terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitación del poder de representación que no hayan podido conocer ni razonablemente querer, porque aún en el supuesto de

³⁰⁹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 501 y 502.

³¹⁰ MINERVINI, G., *El mandato...*, pág. 111.

³¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 220. Sin tener un criterio definido, el autor se decanta por ésta última, ya que la considera la más realista. En un sentido similar, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 232, aunque desde la perspectiva opuesta: emplea los términos “límites del poder” y “límites o instrucciones internas del contrato de gestión”.

extralimitación en el uso del poder que hubiera cometido el apoderado vulnerando particulares convenios estipulados con el poderdante que le limitasen el poder, no puede trascender su eficacia a quien de buena fe contrató con aquel ya que de otra manera la seguridad jurídica quedaría frustrada”³¹².

En cualquier caso, la distinción entre límites e instrucciones es una cuestión jurídicamente relevante para el tema que nos ocupa, ya que mientras la extralimitación determina la ineficacia para el principal del negocio jurídico representativo, salvo ratificación –arts. 1259, segundo párrafo, y 1727, segundo párrafo, CC- y puede derivar en responsabilidades para el representante –art. 1725 CC-, el incumplimiento de las instrucciones solo produce efectos *ad intra* y no pueden invocarse frente al tercero, salvo que hubieran sido conocidas por él.

Desde nuestro punto de vista, la extralimitación exige infringir los límites formales del negocio jurídico que confiere legitimación al representante. Algunos autores defienden que esos límites vienen marcados por un dato objetivo, la voluntad del principal, manifestada expresa o tácitamente en el poder, o en la ley; y por otro subjetivo, que es la defensa del interés encomendado³¹³. Sin embargo, estando de acuerdo con el planteamiento no compartimos las conclusiones: “Por eso la infracción de las instrucciones daría lugar a un exceso de poder y la de los límites a un abuso del mismo”.

El concepto de “uso indebido del poder”, dentro del que podríamos incluir tanto la extralimitación como el abuso, va referido al modo de obrar del representante, mientras que los límites o las instrucciones forman parte del poder o del contrato de gestión y afectan al representado. El hecho de que los límites sean consustanciales al poder y éste se otorgue en interés del principal es perfectamente compatible con el hecho de que la extralimitación exija infringir los límites subjetivo y objetivo de los que habla. Pero esto no quiere decir que el

³¹² SSTS 22 junio 1989 (RJ 1989/4776), 14 mayo 1991 (RJ 1991/3672), 18 marzo 1993 (RJ 1993/2024), 7 mayo 1993 (RJ 1993/3462), o las de 31 marzo 1998 y 31 mayo 2002, citadas por la SAP Zaragoza 18 abril 2006 (Rec. 52/2006).

³¹³ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 96, dice que “los límites del poder, según creemos, no son sólo los que fijan la extensión material o cuantitativa del mismo, sino también aquellos que resultan de la necesaria tutela del interés del representado”.

interés se identifique con el límite, porque puede lesionarse el interés del principal respetándose los límites formales, en cuyo caso hablaríamos de abuso y no de extralimitación.

Siendo el apoderamiento un negocio unilateral, no genera obligaciones para el apoderado. El ámbito de su legitimación viene delimitado por la extensión y los límites. La extensión es un concepto positivo que expresa dónde puede actuar el apoderado o qué puede hacer, y cuyos efectos van a repercutir en la esfera personal o patrimonial del poderdante³¹⁴. Los límites, en cambio, son el aspecto negativo de la extensión³¹⁵ y su infracción, que solo puede serlo por exceso, determinará la ineficacia del acto o negocio jurídico para el principal, salvo ratificación, antes de la revocación por el tercero, y dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en el ínterin. Si el apoderado actúa de buena fe y con la diligencia debida, su actuación formalmente extralimitada no generará responsabilidad, salvo la que pueda derivar del contrato de gestión en el que esté inserto el poder. Los artículos 1714, 1715, 1725 y 1727 CC aluden a los límites del mandato³¹⁶.

El contrato de gestión, en cambio, está formado por derechos y obligaciones recíprocos. Cuando el mandante encarga a otro “algún servicio o hacer alguna cosa”, puede limitarse a querer que se realice y dejar el modo en manos del mandatario, del arrendatario o del socio, o puede exigir que se haga siguiendo

³¹⁴ La STS 18 diciembre 2006 (vLex 1272/2006) alude a un encargo de venta, que faculta al intermediario para localizar posibles compradores y mediar entre éstos y los futuros vendedores, negando que constituya un mandato para llevar a cabo actos de dominio. La extensión determina que el poder sirva para realizar determinados actos (mediación) y no otros (enajenación o gravamen).

³¹⁵ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 500, dice que los límites del poder van a determinar el contenido negativo del poder, ya que el representante no puede traspasarlos. LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil..., pág. 5, afirma que los límites operarán como declaración de contenido negativo, por lo que en la documentación del contrato convendrá distinguirlos de las facultades que se confieren; ello dará pie para otorgar distinto trato al actuar contra *voluntas* y al hacerlo según la heterointerpretación del mandatario, constituyendo la primera un verdadero abuso en tanto la segunda entraña únicamente un exceso en el poder; no compartimos esta afirmación por contribuir a la confusión entre abuso y extralimitación.

³¹⁶ Ley 3/2017, 15 febrero, del Libro VI CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, con entrada en vigor en esta materia el día 1 de enero de 2018, contrapone los términos “ámbito” y “extensión” del mandato en el art. 622-23.1, de donde se deduce que para el legislador catalán “ámbito” es lo mismo que “límites”. El término “ámbito” se emplea también en el art. 622-22.1.

ciertas pautas, cumpliendo determinadas instrucciones³¹⁷. Las instrucciones contienen la voluntad del principal no respecto al qué sino al cómo³¹⁸. Al ser parte integrante de un contrato bilateral, a menudo retribuido –pese a la presunción *iuris tantum* del art. 1711 CC-, el poderdante tiene derecho a exigir su cumplimiento en los términos acordados, pues adquiere la condición de *dominus negotii*.

IV. 2.- Instrucciones de gestión

Para la doctrina, son las reglas de actuación en la ejecución del mandato, el cómo debe llevarse a cabo la gestión³¹⁹. A pesar de la clara distinción conceptual en la práctica puede ser difícil diferenciarlas de los límites del poder, confundiendo extralimitación y desviación de las instrucciones cuando los terceros no pueden ser ajenos a la contravención del gestor³²⁰.

Con base en la STS 26 mayo 1964 (RJ 1964/2772), se han distinguido tres tipos de instrucciones: imperativas o necesarias, a las que el mandatario queda sujeto de manera estricta; dispositivas o facultativas, que permiten al mandatario cierta discrecionalidad para hacer u omitir cualesquier tipo de actos que amenacen una gestión positiva; y variables o demostrativas, directrices de las que puede

³¹⁷ LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil..., pág. 5, dice que las instrucciones son el particular estatuto interno de actuación del mandatario. ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla...*, pág. 547, afirma que el mandato está limitado por unas “metas” o extremos a los que el mandatario ha de ceñir su ejecución. Cabe la posibilidad del mandato “cum libera”, pero aunque el mandatario tenga las más amplias facultades de ejecución, habrá que mantenerse “intra metas”, lo que se entiende como una administración consustancial al contenido del mandato, que impide la extensión de sus actos “ad graviora”. Para RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 209, las instrucciones “no derivan del apoderamiento, que sólo tiene eficacia legitimadora, pero no comporta una conducta exigible..., sino del mandato subyacente”.

³¹⁸ DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato...”, pág. 726, indica que las instrucciones a que alude el art. 1719 CC no se refieren al encargo en sí sino al modo de cumplirlo.

³¹⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 11719; GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9046. Díez-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 102, dice de ellas que las instrucciones son criterios o directrices emanados del principal y recibidos por el agente. Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1719, pág. 1860; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y Mandato*, Primera edición, Edit. La Ley, Madrid, 2008, págs. 269 y ss., la materia de las instrucciones se revela de especial importancia en los mandatos preventivos.

³²⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *ut supra*, arts. 1719 y 1725, págs. 11756 y 11785.

desviarse siempre que razonable y fundadamente tenga motivos para estimar que, en virtud de circunstancias graves y sobrevenidas, este proceder sea el más favorable para optimizar el encargo recibido³²¹. Desde nuestro punto de vista, este tipo de clasificaciones tienden a crear confusión en una materia de por sí controvertida porque, como se ha reconocido, a veces se identifican con los límites, al contribuir a concretarlos, pero otras los complementan, ya que representan la voluntad del poderdante, y actúan como “criterio directriz para su búsqueda y hallazgo”³²².

Pueden otorgarse al inicio del contrato o con posterioridad, de modo único o sucesivo, por el poderdante o por remisión a un tercero, e incluso, tener carácter interno o externo, según que las directrices tengan eficacia *inter partes* o puedan ser conocidas por terceros³²³. Pero puede suceder también que el principal no las dicte o lo haga en forma de especificaciones confusas o insuficientes. En este caso habrá de actuar según haría un buen padre de familia conforme a la naturaleza del negocio representativo [STS 10 noviembre 1992 (RJ 1992/973)], respetando el deber de fidelidad [STS 28 octubre 2004 (RJ 2004/7208)], y observando mayor rigor cuando se trate de un encargo profesional³²⁴.

Vienen reguladas por el art. 1719 CC, en sede de contrato de mandato. Este artículo dice que el mandatario ha de ajustarse a las instrucciones del mandante en la ejecución del mandato. Las instrucciones solo son oponibles al apoderado y su incumplimiento genera responsabilidad *ad intra*³²⁵. No tienen por qué ser

³²¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *ut supra*, art. 1719, pág. 11755, para quien esta clasificación deriva del régimen jurídico de la comisión mercantil y no es más que una expresión de las distintas vicisitudes por las que puede pasar cualquier mandatario. En el mismo sentido, LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 1548, a pesar de que reconozca en la pág. 1539, art. 1715, respecto del mandatario –véase también al representante- que “en él vio el mandante a un gestor más o menos cualificado de sus asuntos y no un genuino curador de sus intereses”. También COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 1969.

³²² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 210.

³²³ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 11755.

³²⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1719, págs. 1859 y 1850.

³²⁵ Con base en los arts. 7, 1709, 1715, 1720 y 1726 CC. El art. 622-22.3 CCCat dice que la actuación extralimitada, que incluye tanto los actos realizados fuera del ámbito del mandato como los que no se ajusten a las instrucciones, generan responsabilidad *ad intra* y *ad extra*, frente al tercero de buena fe. Aunque no siempre, ya que por aplicación analógica del art. 1715 CC no habría nada que reprocharle si con su conducta ha beneficiado al principal (en el mismo sentido

conocidas por el tercero cocontratante, al integrar un negocio del que el tercero no es parte y cuya revelación podría incluso estar prohibida, en virtud del secreto profesional o del derecho a la intimidad³²⁶, generando responsabilidad civil y/o penal para su infractor. De ahí que sean ineficaces *ad extra* y aunque se infrinjan y extralimiten no afectan a la validez y eficacia del negocio representativo. Su eventual conocimiento por el tercero impide la buena fe y la protección que le confiere el ordenamiento jurídico³²⁷.

A falta de instrucciones, el Código de Comercio nos dice qué debe hacer el comisionista –arts. 254 a 259 [STS 27 diciembre 2000 (RJ 2001/711)]-. El Código Civil no posee normas similares, pero acudiendo a las normas de interpretación e integración contractual, más el principio de buena fe y diligencia debida, creemos que se puede llegar a la siguiente conclusión: consultar al principal y, en caso de imposibilidad, acudir a los usos, leyes y reglamentos que fueran de aplicación, mostrando la misma prudencia que si el negocio fuera personal suyo –fórmula que adopta el art. 1717, segundo párrafo, CC para el mandato no representativo-, de suerte que si comportara un riesgo o perjuicio, podrá suspender el cumplimiento del contrato y comunicarse con el principal por el medio más rápido posible. En estos términos se expresa el parágrafo 665 *BGB*³²⁸, el art. 397 del Código Suizo de las Obligaciones³²⁹, el art. 1711, segundo párrafo, del Código italiano de 1942³³⁰ y el art. 2564 del C.C. Federal de Méjico³³¹. Aunque quizá el más restrictivo sea el Código chileno, cuyo art. 2149

se pronuncia el art. 622-22.1.b) CCCat).

³²⁶ La extensión y límites del poder nunca pueden resultar afectados por el secreto ya que el tercero tiene derecho a conocerlos en todo momento, y su conocimiento sirve para excluir la buena fe.

³²⁷ Así opina también LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, pág. 1549, art. 1719.

³²⁸ Parágrafo 665: “El mandatario está facultado para separarse de las instrucciones del mandante cuando, según las circunstancias, pueda creer que éste habría aprobado la modificación si hubiera conocido el estado de las cosas. Antes de hacer la modificación, debe el mandatario dar aviso al mandante y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora”.

³²⁹ Art. 397: “El mandatario que haya recibido instrucciones precisas, no puede separarse de ellas sino cuando las circunstancias no le permitan pedir la autorización al mandante y haya lugar a suponer que éste la habría concedido si hubiese estado al corriente de la situación”.

³³⁰ Art. 1711, párrafo segundo: “El mandatario puede apartarse de las instrucciones recibidas cuando circunstancias desconocidas por el mandante, y tales que no puedan serle comunicadas a tiempo, permitan pensar razonablemente que el mismo mandante habría dado su aprobación”.

³³¹ Art. 2564: “Si un accidente imprevisto hiciere, a juicio del mandatario, perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento del mandato, comunicándolo así al mandante por el medio más rápido posible”.

obliga al mandatario a abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sea manifiestamente pernicioso al mandante³³².

El Código portugués de 1966, por influencia del alemán y del italiano, ha regulado esta materia con más detenimiento que los anteriores, obligando al mandatario a sujetarse a las instrucciones del mandante (art. 1161-a), permitiendo al mandatario separarse de las instrucciones recibidas cuando sea razonable suponer que el mandante aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo útil (art. 1162), y que comunicada la ejecución o inexecución del mandato, el silencio del mandante en cierto tiempo vale como aprobación de la conducta del mandatario, aunque este haya excedido los límites del mandato o no respetado las instrucciones del mandante, salvo pacto en contrario (art. 1163). Según Rivero <<este sometimiento común de la extralimitación y del no respeto de las instrucciones a una idéntica “aprobación” tácita aproxima en ese Código límites e instrucciones, con atinada visión práctica (aunque deja otros interrogantes)>>³³³.

A pesar de que nuestro Código carece de normas positivas en este sentido, sí existen propuestas normativas en este sentido, como la que ofrece el art. 5112-2.1.d), elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuando dice que el mandatario tiene el “deber de consultar y solicitar instrucciones al mandante. Si ello no fuere posible, tendrá que actuar basándose en las expectativas, preferencias y prioridades que podría razonablemente esperarse que el mandante tuviese, dadas la información e instrucciones de que disponía”. Y aunque no haya entrado aún en vigor, el art. 622-22.1.c) CCCat dice que “los actos realizados fuera del ámbito del mandato o que no se ajusten a las instrucciones no vinculan al mandante, salvo que sobrevenga una alteración de las circunstancias ignorada por el mandante que el mandatario no ha podido

³³² En cambio, el art. 2150 dice que el mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse en agente oficioso y le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan. Y si no le fuera posible cumplir las instrucciones sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a las instrucciones y más convenga al negocio.

³³³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las instrucciones del mandante” y su relevancia en el negocio representativo”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Coordinadores Matilde CUENA CASAS, Luis Antonio ANGUIA VILLANUEVA, Jorge ORTEGA DOMÉNECH, 1ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 675.

comunicarle, siempre que este actúe de acuerdo con lo que razonablemente habría autorizado el mandante”.

Ya dijimos que el representante no es un curador de la gestión, pero debe atender los intereses del principal, lo que unido a la facultad discrecional que de ordinario acompaña al representante y a la confianza en él depositada, le permitirán valorar las circunstancias del caso y optar por la medida de suspensión siempre que los riesgos de perjuicio superen los inconvenientes de perder el negocio encomendado. Lo que en ningún caso podrá es infringir consciente y voluntariamente las instrucciones recibidas para acometer una gestión diferente con la que satisfacer intereses propios o ajenos³³⁴. Ni tampoco adoptar actitudes meramente pasivas que conscientemente lesionan el interés que se ha encomendado preservar. Solo en caso de que el principal, debidamente informado, decidiera hacer caso omiso a las advertencias del representante, podría quedar exonerado frente a aquél. Y cuando eludiera la debida información ante riesgo inminente de perder un acto o negocio jurídico, sin posibilidad de acudir al poderdante, previa y razonable valoración de la conveniencia de actuar frente a la prudencia de abstenerse.

Por tanto, creemos que la infracción de las instrucciones recibidas no constituye extralimitación, siempre que se respeten los límites formales del poder³³⁵. Aunque esto no significa que carezca de relevancia en la extralimitación. Dada su posible trascendencia a la relación ad extra (porque aunque vayan dirigidas al apoderado, están pensadas para condicionar su actuación frente a terceros) será determinante su conocimiento o no por el tercero, de forma que si las conoce les serán oponibles, igual que los límites, y si las desconoce deberá ser protegido porque, en este sentido, es tercero de buena fe³³⁶. No quizá respecto de los límites pero sí con relación a las instrucciones. En este último caso, la posible responsabilidad del apoderado frente al poderdante permanece en el

³³⁴ En este sentido también GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 11756, utilizando como argumento el art. 255 CCo.

³³⁵ En cambio, el art. 622-22 CCCat equipara límites (ámbito del mandato) e instrucciones bajo la calificación de “actuación extralimitada”. Se refiere a las instrucciones, aparte de este precepto, los arts. 622-21, 622-26.2 y 622-27.1.a).

³³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las instrucciones del mandante...”, pág. 681.

ámbito de las relaciones *ad intra*, en virtud de los principios de confianza y de responsabilidad.

IV. 3.- Extensión del poder

La extensión es el ámbito donde el apoderado puede actuar con plena legitimación. No se identifica con el objeto del poder sino con una parcela dentro de éste, delimitada por los contornos de los límites. Si una persona está facultada para administrar bienes ajenos, el objeto del poder vendrá determinado por los actos de administración (en contraposición, por ejemplo, a los de enajenación o gravamen), mientras que la extensión será el conjunto de actos que dentro de los propiamente administrativos esté facultado a realizar el representante. Pueden ser todos los que comprenda el objeto (administración de una empresa, de un patrimonio) o solo algunos (administración de un ramo, de bienes concretos). También se diferencia de las instrucciones que, en el ejemplo apuntado, dicen cómo administrar aquello para lo que se está legitimado.

La extensión del poder fue objeto de especial atención en el Derecho romano a propósito del *mandatum* y de la *praepositio* y en los códigos civiles de nuestro entorno en la época de la codificación³³⁷.

El Derecho anglosajón distingue habitualmente entre *general power of attorney*, *limited power of attorney* y *durable power of attorney*. El poder de representación general o *general power of attorney*, autoriza al apoderado a desarrollar un número casi ilimitado de negocios a nombre del poderdante. El poder de representación limitado o *limited power of attorney*, faculta al apoderado a llevar a cabo determinadas gestiones o contratos en nombre del poderante –como la compra de un concreto inmueble-. El poder de representación específico o *durable power of attorney*, permite al apoderado desarrollar determinadas

³³⁷ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 169, citando los Códigos prusiano, arts. 91-100; francés, arts. 1987-1989; austriaco, arts. 1006-1009, 1028-1031; sajón, arts. 1296, 1306, 1317; suizo, arts. 39 y 394; italiano, arts. 1741 y ss.; portugués, arts. 1323-1324- y de ultramar – CC de Chile, art. 2130; Colombia, art. 2156; Argentina, 1879 y 1880; Brasil, 1294; Méjico de 1928, arts. 2553 y 2554.

actuaciones en materias concretas, como la salud –*durable power of attorney for health care*- o en materia económica –*durable power of attorney for finance*-³³⁸.

En los países del sistema continental también es frecuente la clasificación de poderes según la extensión que presentan, a pesar de incurrir en notable imprecisión³³⁹, que tampoco clarifican los principios internacionales sobre la materia³⁴⁰. Así, pueden comprender uno o varios actos jurídicos en particular, negocios de un cierto género o un conjunto de actos jurídicos de diversa índole que conforman un complejo económico. En esta distinción se basa la clasificación entre poderes especiales y generales, singulares y genéricos, limitados e ilimitados, etc. Es habitual que el empleo de formas preestablecidas (poderes generales muy detallados pero carentes de la información expresa y personalizada que requiere el poder especial para realizar actos jurídicos de especial trascendencia) que, a menudo, dan lugar a extralimitación, al no existir un criterio definido a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial acerca de qué tipo de poder es necesario para realizar ciertos actos o negocios jurídicos (por ejemplo, poder para realizar donaciones). En definitiva, no existe consenso acerca de la legitimación que otorga la extensión de determinados poderes de representación.

El Código Civil español solo contiene una vaga referencia en los arts. 1712 y 1713, a propósito del contrato de mandato³⁴¹. Según estos preceptos el mandato puede ser general o especial, en términos generales y expreso. El poder general comprende todos los negocios del mandante, y el especial, uno o más negocios

³³⁸ El poder de representación en el *Common law*, file:///C:/Users/Home/AppData/Local/Temp/Low/SYY276GM.htm

³³⁹ Arts. 1155 y 1988 CC Francia; art. 1708 CC Italia; art. 1159 CC Portugal. También el art. 2132 CC Chile; arts. 2553 y 2554 CC Federal de Méjico; arts. 686, 810 y 835 CC Bolivia; art. 1792 CC Perú; arts. 1688 y 1689 CC Venezuela; art. 661 CC Brasil; arts. 7770 y 7771 CC del Estado de Méjico; art. 375 CC Argentina; art. 2135 CCQ; entre otros.

³⁴⁰ Art. 3:201 Principios Lando, art. 2.3.2:3 Principios OHADAC, art. 8.a) del Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 1978.

³⁴¹ Aplicables al ámbito mercantil, según ARPIO SANTACRUZ, J., “El ámbito del poder de representación del apoderado general del empresario”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, pág. 373. Según DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato...”, pág. 723, estas distinciones están basadas en la extensión o alcance del encargo conferido. Para GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 230, el precepto que nuestro Código dedica a la extensión del poder es el art. 1712.

determinados³⁴². El “concebido en términos generales”, no comprende más que los actos de administración y el expreso es exigido para “transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio”³⁴³. La imprecisión en la terminología queda patente en el art. 1713, cuando opone al mandato expreso el concebido “en términos generales” y con el empleo de la expresión “actos de riguroso dominio”, entre otros aspectos³⁴⁴. También se refiere a la extensión del poder el art. 622-23 CCCat³⁴⁵.

Las modernas propuestas normativas en materia de representación y mandato tampoco aportan mucho en una materia donde impera la casuística³⁴⁶.

³⁴² En la práctica no siempre sucede así. La STS 29 marzo 2012 (RJ 5725/2012) contempla el supuesto de un poder especial que faculta al mandatario para realizar un variado elenco de gestiones.

³⁴³ Ver SSTS 1 marzo 1990 (RJ 1656/1990) y 26 noviembre 2010 (Tol 2032965).

³⁴⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 783, opina que son preceptos imperativos, “con omisión de investigación de lo querido”.

³⁴⁵ Artículo 622-23: “Ámbito y extensión. 1. El ámbito y la extensión del mandato son fijados por el acuerdo de las partes y, en lo que no se oponga, por la naturaleza de la gestión encomendada. 2. El mandatario solo puede realizar los actos de administración ordinaria, salvo que esté facultado expresamente para realizar otros”.

³⁴⁶ Art. 5111-6 del proyecto APDC: “El mandatario que, en relación con su objeto, no exprese las facultades conferidas al mandatario, se entiende limitado a los actos de administración ordinaria relacionados con aquél” (punto 2); “La concesión de facultades para realizar negocios gratuitos, así como para los que impongan al representado prestaciones de carácter personal y para transigir, celebrar convenios arbitrales, designar árbitros, enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio ha de constar de forma expresa” (punto 3). Ya en el ámbito de la representación, los arts. 1131-1.1: “La representación voluntaria legitima para actuar por cuenta e interés del representado en el ámbito conferido por éste en el poder”; y art. 1131-6 del borrador de Libro I CC: “La concesión de facultades para otorgar y aceptar donaciones y otros negocios gratuitos, celebrar actos que impongan al representado prestaciones personales, enajenar, gravar, transigir, celebrar convenios arbitrales, designar árbitros o realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio debe ser expresa en el poder. De no mencionarse expresamente estas facultades, la legitimación del representante solo comprenderá los actos de administración. El representante tiene legitimación para realizar los actos instrumentales necesarios para ejercer las facultades para las que se le haya apoderado”. También el art. 1286 PMCC: “Se requerirá la concesión expresa de facultades para realizar negocios gratuitos, así como para los que impongan al representado prestaciones personales y para transigir, enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio. La facultad de transigir no autoriza para celebrar convenios arbitrales, ni para designar árbitros. Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró por orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos”.

Colás Escandón, siguiendo a León Alonso, afirma que los límites del mandato deberán ser determinados, si se trata de un mandato expreso, atendiendo a su contenido textual; si se trata de un mandato tácito, atendiendo a las circunstancias fácticas concurrentes, y de forma particular, al interés subjetivo y al fin concreto perseguido, todo ello según las normas y los criterios generalmente aplicables para la interpretación de los contratos³⁴⁷. Aunque sabemos que no siempre sucede así, aun en el mandato expreso, de ahí que las reglas de interpretación sean esenciales en ambos supuestos para concretar la extensión y límites del poder, partiendo de la voluntad y el interés jurídico del poderdante.

Cuando el poder procede de la ley, es ésta la que fija la extensión. En unos casos la norma imperativa concreta la persona que ha de ejercer la condición de representante y el contenido de su función tuitiva –padres titulares de la patria potestad, tutores y defensores judiciales³⁴⁸–; en otros, el cargo se adquiere en virtud de una determinada relación contractual, pero sus facultades vienen reguladas legalmente, de modo absoluto –como el socio de una sociedad colectiva–, o de modo relativo –es el caso del naviero o del capitán de buque–; son los denominados poderes típicos³⁴⁹.

³⁴⁷ COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 1964.

³⁴⁸ Como pone de manifiesto ACEDO PENCO, La representación-Introducción al Derecho Privado, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/>, pág. 2, “el representante legal goza de mucha mayor autonomía pues sustituye plenamente la voluntad del incapaz o del menor, mientras que el representante voluntario se encuentra sujeto a las decisiones del representado”. La mayor autonomía se traduce en una mayor extensión del representante, no a nivel cuantitativo pero sí cualitativo.

³⁴⁹ Según SÁNSON RODRÍGUEZ, M^a.V., Representación voluntaria..., págs. 7 y 13, su origen se remonta al Derecho romano con la figura del *institor*, cuyos límites eran los derivados de la gestión encomendada, es decir, los límites objetivos del *officium* al que había sido propuesto. Podían limitarse específicamente pero, con el fin de proteger a los terceros de buena fe, debía darse publicidad a la *praepositio* otorgada por escrito, a sus límites o a la revocación realizada por el principal, porque en caso contrario dicho principal no podría alegar la existencia de límites impuestos a la gestión más que los derivados de actos realizados fuera del *officium*. Este *institor* se fusiona con el *procurator* en el Derecho intermedio, identificándose bajo la denominación común de *institor* o factor comercial, precedente del actual factor mercantil. Dice ARPIO SANTACRUZ, J., “El ámbito del poder de representación...”, pág. 369, que el factor o apoderado general “es un colaborador dependiente del empresario que dispone de facultades para realizar actividades propias del tráfico mercantil que éste desarrolla a través de la empresa... además de ser general –el ámbito de sus facultades representativas–, se encuentra legalmente tipificado, lo que contribuye a promover la seguridad del tráfico”. GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 9046 y 9047 cita como supuestos de poderes típicos (e ilimitables): el del factor notorio (art. 286 CCo), el de los representantes de las sociedades de capital (art. 234 TRLSC), el del patronato de las fundaciones (arts. 14 y ss. de la Ley 50/2002,

Si el poder es de origen voluntario el contenido del apoderamiento determina la extensión, sin que el ejercicio abusivo por parte del apoderado –aún con el conocimiento del tercero- pueda modificar los límites del poder. Son de aplicación las reglas de interpretación de las declaraciones de voluntad, que se basan en tres principios básicos: una interpretación favorable a la subsistencia del negocio jurídico; si queda clara la voluntad interpretada debe respetarse aunque perjudique; y las ambigüedades en el modo de expresarse no deben favorecer a quien las ha ocasionado, en este caso, el poderdante. Según *Hupka*, mientras el poder no haya sido especializado por la voluntad del principal, su extensión vendrá determinada por la naturaleza objetiva del negocio o del grupo de negocios para los que fue otorgado, que servirán para concretar la voluntad del principal³⁵⁰.

Otras veces la configuración legal servirá para completar la extensión del poder, mediante el empleo por el poderdante de un concreto *nomen iuris*: así los poderes generales autorizan a hacer lo que es ordinario en ellos y los actos jurídicos que en el ramo económico puedan ser conformes con su naturaleza, pero se hallan limitados a los actos de administración³⁵¹. Están pensados para la conservación y disfrute del patrimonio confiado y encuentran su límite en el concepto económico de la administración. Quedan fuera de su ámbito los actos de naturaleza jurídico personal y los actos patrimoniales de naturaleza antieconómica. Aquellos que comprometen el patrimonio han de ser especiales, pues se basan en la presunción de que el poderdante no tiene conciencia plena del alcance de su declaración³⁵².

de 26 de diciembre, de Fundaciones), o el de los miembros de los órganos de representación de las asociaciones (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación).

³⁵⁰ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 182. En estos términos se expresaba el art. 37, Capítulo Tercero, Título IX, Libro II, CC argentino 1869, al decir que el mandatario debe circunscribirse a los límites de su poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado, y añade que “la naturaleza del negocio determina la extensión de los poderes para conseguir el objeto del mandato”, se mantuvo en el art. 1905 del anterior CC (Ley 340) y ha desaparecido en el actual (Ley 26994).

³⁵¹ BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3491.

³⁵² En este sentido nuestro, el párrafo segundo del art. 1713 CC, del que BUSTO LAGO, J.M., *ut supra*, pág. 3492, induce una interpretación restrictiva del ámbito de facultades atribuidas al mandatario en virtud del contrato de mandato y ello con la finalidad de evitar actuaciones de este que resulten extralimitadas. Así lo exige también nuestra jurisprudencia: SSTS 6 marzo 2001 (RJ 2001/3973), para realizar actos a título gratuito; 8 enero 2007 (RJ 2007/812), en la

Junto a la palabra oral o escrita del principal están las circunstancias del caso, siendo frecuentes expresiones poco claras o susceptibles de varias interpretaciones. La importancia de tales circunstancias afecta tanto a los supuestos de declaración expresa como de apoderamiento tácito, donde los mismos motivos que aseguran la existencia del poder sirven para configurar su extensión. Estas circunstancias, que pueden ser muy variadas, unas veces exigen concretar o limitar el alcance del poder, mientras que otras aconsejan su ampliación, de acuerdo con la realidad de las cosas y los principios de la interpretación integradora³⁵³:

- La aprobación tácita dada por el principal a anteriores actos representativos de la misma clase del que se efectúa, si el apoderado ha celebrado con anterioridad y en repetidas ocasiones un acto jurídico consentido por el principal. Por ejemplo, la aceptación sin titubeos de los pagos hechos al agente constituye un indicio de que el agente se halla apoderado para hacerse cargo de los pagos procedentes de los negocios celebrados por él. El número y condición de los actos consentidos por el principal es lo que distingue entre la aprobación tácita y la ratificación de actos aislados.
- La naturaleza y condiciones de la relación interna entre principal y apoderado, manifestada a través del poder de representación, de la relación subyacente entre representante y representado, o de la intervención de éste en la formación de la voluntad negocial y en los posibles proyectos de declaración que haya facilitado al representante.

autocontratación; 26 noviembre 2011 (RJ 2011/1315), poder para transigir. Más concretas son las modernas propuestas normativas. Así, el art. 1286 PMCC, el art. 1131-6.1 del borrador de Libro I CC elaborado por la APDC y el art. 5111-6.3 de la propuesta de Libros V y VI CC, *ut supra*, nota 344. En contra se postula la DGRN Para este Centro Directivo, los poderes generales para donar son válidos, así como las donaciones hechas en el uso de dichos poderes; otro tema es que el apoderado (mandatario) no haya seguido las instrucciones del poderdante (mandante) y haya abusado del poder o se haya extralimitado [RDGRN 25 octubre 2016 (BOE nº 279, 18 noviembre 2016, págs. 81255 a 81263)].

³⁵³ Defendida por VATTIER FUENZALIDA, C., en “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 2, 1987, págs. 495 a 524.

Si el poder ha sido otorgado para un determinado fin que ha de ser realizado mediante la actividad del apoderado, ha de extenderse a todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del mismo, salvo que el principal le haya prohibido alguno, expresa o tácitamente. Si una persona otorga poder para arrendar una vivienda, la autorización comprenderá –aunque no se diga expresamente y salvo estipulación en contra- la fijación de la renta, fianza, duración, preaviso en la resolución, gastos y condiciones referidas al uso del inmueble. En palabras de *Hupka*, el apoderado “quedará autorizado no sólo para la estipulación de los *essentialia*, sino también para los *naturalia* y hasta los *accidentalia negotii*.” No podrá, en cambio, comprometer al principal con pactos accesorios que agraven su posición³⁵⁴.

A propósito de la persona jurídica, Macías Castillo³⁵⁵, con cita de varias sentencias del TS y resoluciones de la DGRN, asegura que el ámbito del poder de representación de los administradores de las sociedades se extiende a “los actos de desarrollo o ejecución del objeto social sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no concertados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo”. No obstante, no puede quedar duda “de que el acto concreto del que se trate está incluido dentro del giro o tráfico normales de la empresa” [RDRGR 24 octubre 1986 (RJ 1986/6069)].

³⁵⁴ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 182.

³⁵⁵ MACÍAS CASTILLO, A., “Renuncia del administrador al derecho de retracto en nombre de la sociedad arrendataria”, *Actualidad Civil*, nº 21, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 15 diciembre 2006, tomo 2, Editorial La Ley 3887/2006, pág. 2605, invocando una RDGRN 3 octubre 1994 (BOE nº 266, 7 noviembre 1994, págs. 34469 a 34471), que se remite a su vez a las SSTS 14 mayo 1984 y 24 noviembre 1989 y a las RRDGRN 1 junio 1976, 2 octubre 1981, 31 marzo 1986 y 12 mayo 1989.

En el mismo sentido se expresan los modernos Códigos Civiles³⁵⁶ y las actuales tendencias normativas nacionales³⁵⁷ e internacionales³⁵⁸.

IV. 4.- El traspaso de los límites del poder como causa de la extralimitación

Se ha dicho de los límites que constituyen la finalidad para la que se otorga la autorización en la injerencia sobre la esfera jurídica ajena³⁵⁹.

IV. 4.1.- Límites formales

El traspaso de los límites es lo que, en puridad, provoca extralimitación. En este caso se produce una fragmentación teórica dentro del negocio jurídico representativo: la parte amparada por el poder y la deslegitimada. Esta división teórica entre lo legítimo y lo ilegítimo, solo podrá llevarse a la práctica cuando el negocio sea divisible, el representado decida no ratificar, el tercero no revoque y el interés de ambos quede satisfecho con la porción legitimada.

Si el negocio es indivisible, la extralimitación desembocará en la nulidad del negocio representativo, salvo ratificación por parte del principal o de que concurren los presupuestos necesarios para la protección de la apariencia.

Los límites vienen determinados por la extensión del poder, al ser la frontera que esta marca³⁶⁰. Aunque no están expresamente previstos por nuestro código en

³⁵⁶ Art. 1792 CC Perú de 1984; art. 7771, tercer párrafo CC del Estado de Méjico de 2002; art. 360 CC Argentina de 2014; art. 1155 CC Francia, tras la reforma operada por la Ordenanza nº 2016-131.

³⁵⁷ El art. 5111-6.5 de la propuesta de Libros V y VI CC, y el art. 1131-6.2 del borrador de Libro I CC.

³⁵⁸ Art. 3:201.2 PECL; art. 2.3.2:3 Principios OHADAC.

³⁵⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1714, pág. 11716.

³⁶⁰ En palabras de ALBALADEJO GARCÍA, M., "La representación...", pág. 783, "los límites del poder son el borde de su extensión". Para RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 207, son "la frontera exterior de la autorización del representado (la delimitación entre lo que puede hacer y lo que no puede), la extensión de la facultad de intromisión permitida (el *posse et licere*), el <<hasta dónde>> le es permitido al representante obligar o comprometer el patrimonio, la esfera jurídica, del representado".

relación con la representación –art. 1259 CC- sí lo están implícitamente por el empleo del término *autorización*. Vienen aludidos a propósito del contrato de mandato –arts. 1714, 1715, 1725 y 1727 CC- y de sociedad –art. 1697.3º CC- Cuando el ámbito del poder es amplio, la extensión adquiere mayor protagonismo. A medida que las facultades del apoderado se restringen, es necesario prestar mayor atención a los límites para evitar la extralimitación.

Cuando el poder surge por vía contractual o legal, el poderdante actúa condicionado por la voluntad de la contraparte o, directamente, no interviene en la conformación del poder. Ahora bien, si el *dominus negotii* decide elegir la vía del negocio de apoderamiento, se convierte en dueño y señor de su configuración –no de sus efectos-, al otorgarlo en la defensa de su interés. Puede elegir al apoderado, determinar qué tipo de actos o negocios jurídicos comprende –cualitativa o cuantitativamente- y, también, el tiempo por el que lo concede. De modo que, junto a los límites objetivos, el representado puede fijar límites temporales³⁶¹.

Cualquier transgresión por exceso de los límites del poder se considera una extralimitación, aunque en puridad, la extralimitación en el tiempo equivale a la extinción. Las diferencias entre ambas figuras fueron ya analizadas y, por tanto, no conviene reiterar lo ya dicho, pero sí resaltar dos aspectos:

- Todo poder está sujeto a límites temporales, de ahí que no sea admisible la elaboración de un poder contrario a este principio. Como sucede, por

³⁶¹ Todo poder queda afecto a límites temporales ya que, a falta de previsión expresa por parte del dueño del negocio, se le aplica por analogía lo dispuesto en el art. 1732 CC, relativo a las causas de extinción del contrato de mandato. Pero junto a estos límites, que vienen determinados por la ley, cabe la posibilidad de fijar otros en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

ejemplo, con el denominado “poder irrevocable”³⁶² o con cualquier pacto o cláusula contraria a su naturaleza³⁶³.

- A diferencia de la extralimitación objetiva, la temporal no permite la subsistencia parcial del negocio, salvo en los de tracto sucesivo.

Por último, junto a los límites objetivos y temporales, encontramos los subjetivos. El *dominus* puede autorizar la negociación con cualquier tercero, solo con algunos, o excluir a determinadas personas o colectivos. Sin embargo, solo se produciría infracción por el *quantum*: si yo autorizo a alguien para que contrate con tres sujetos y lo hace con cinco, habrá extralimitado la potestad conferida; ahora bien, si facultado para contratar con A lo hace con B, ciertamente existirá infracción del poder pero no extralimitación, ya que no se actuó en más de lo debido sino de forma distinta o en contra de lo debido. Existen, por tanto, dos tipos de extralimitación en relación con los sujetos: cuantitativamente subjetiva, o extralimitación *stricto sensu*; y cualitativamente subjetiva, que pertenece al campo de la inexistencia de poder.

³⁶² La revocación, como modo unilateral del poderdante de poner fin al poder, va en contra de su naturaleza, al basarse en la confianza. Tanto si su origen es contractual o unilateral, el poder es esencialmente revocable, por que lo contrario avocaría al secuestro patrimonial del poderdante. El tema de la revocabilidad o irrevocabilidad del poder, aun sin ser propiamente una cuestión temporal, va íntimamente ligado a ella. Dice BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil...*, pág. 123, que el factor mercantil o gerente no puede ser equiparado al mandatario o comisionista mercantil, a pesar de que el CCo utilice esta expresión en su art. 281, ya que a diferencia de aquél, ni el mandato ni la comisión mercantil reúnen la nota de la permanencia. Esto tampoco significa que no le afecten las limitaciones temporales, quedando sometido a ellas como cualquier trabajador vinculado con su empresario por una relación laboral de carácter especial –art. 2 ET- y estable. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 497, admiten el poder irrevocable cuando la “concesión del poder asegura o garantiza la satisfacción del interés del representante”. Sin embargo, ya dijimos que no creemos que la representación pueda concebirse en interés exclusivo del representante, porque incluso en los casos que así lo parece, siempre subyace un interés concurrente del principal. Y en atención a ese interés admitimos el pacto temporal de no revocabilidad, pero no la renuncia absoluta e ilimitada.

³⁶³ Si el poder se otorga para satisfacer un interés, no tiene sentido su continuidad una vez haya desaparecido el interés para el que se concedió. La ley establece ciertas cautelas para preservar la inactividad de la parte que no prevé un límite temporal o no ejerce debidamente la revocación o la renuncia, como es la extinción por la muerte del poderdante o del apoderado (por aplicación analógica del art. 1732 CC). Un pacto (derivado del contrato de gestión que contenga el poder) o una cláusula (inserta en el negocio de apoderamiento) que trate de forzar estos límites atentaría contra la naturaleza del poder y respondería a un fin espurio que el ordenamiento jurídico no puede proteger.

La jurisprudencia no asume esta distinción y considera que existe extralimitación cuando el representante contrata con persona distinta a la señalada en el poder conferido por el representado³⁶⁴.

IV. 4.2. Límites materiales o sustanciales

Junto a los límites formales del poder, que vienen determinados por circunstancias objetivas y definidos por el poderdante o por la ley³⁶⁵, encontramos otros que atienden a criterios subjetivos y que hemos venido a denominar sustanciales.

Cuando surgen dudas acerca de la voluntad del otorgante, bien porque no se expresa, bien porque su interpretación suscita controversia, algunos autores acuden a la voluntad presunta del principal, es decir, a aquello que el poderdante haya podido racionalmente querer³⁶⁶. Otros sostienen que es el interés y no la voluntad el verdadero límite intrínseco o sustancial del poder, criterio que consideramos más acertado³⁶⁷. El fin último de la representación es la defensa de un interés total o parcialmente ajeno, lo que hace del interés un límite esencial del negocio jurídico legitimador. Por esta razón el Código obliga a ajustarse a los límites y no considera extralimitación el traspaso en beneficio de aquél. Además, si fijáramos el acento en la voluntad no sería posible dar respuesta a los casos de falta de capacidad. Sin embargo, tampoco cabe rechazar la voluntad del *dominus* de forma tajante porque si el representante actúa deliberadamente fuera de los límites del poder, es decir, si conscientemente decide no respetar el poder, existirá extralimitación, exista o no ventaja, pese a que la existencia de la

³⁶⁴ STS 29 abril 2000 (RJ 3190/2000), referida al contrato de mandato.

³⁶⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil...", art. 1714, pág. 1853, dice que dentro de los legales entrarían la prohibición general de la autocontratación prevista en el art. 1459.2º CC y los derivados de la sustitución no convenida (art. 1721 CC).

³⁶⁶ SANTOS BRIZ, J., "Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...", pág. 925; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2603.

³⁶⁷ Para LEÓN ALONSO, J., "Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...", art. 1714, pág. 1536, "va a ser el interés del mandante el primer gran límite que el mandatario encuentre en su gestión", lo que, a su juicio, constituye el aspecto interno del efecto representativo. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1715, pág. 11729.

misma pueda ser valorada en atención a otros mecanismos de vinculación, como la gestión de negocios ajenos o la ratificación tácita³⁶⁸.

Los límites sustanciales no se basan en la literalidad del poder sino en la pugna de intereses concurrentes en la representación. Con independencia de los términos en los que esté redactado un poder, parece que el representante no puede provocar un daño innecesario al representado; que una trasgresión irrelevante no beneficiosa o admitida por los usos, no es susceptible de acarrear las consecuencias desfavorables de la extralimitación; y que esa misma trasgresión, si resulta útil, encuentra amparo legal. Estos límites exigen una labor interpretativa más compleja que los formales, pero sirven mejor al fin de la representación, evitando el enriquecimiento injusto que pudiera derivarse del formalismo jurídico. Como contrapartida, crean mayor inseguridad jurídica al depender de valoraciones más subjetivas.

En la actualidad los límites sustanciales parecen gozar de mayor protagonismo que en épocas pasadas, permitiendo al representante un margen de maniobra más amplio en la gestión de su encargo³⁶⁹.

IV. 5. La importancia de la labor interpretativa

³⁶⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., *ut supra*, pág. 11730.

³⁶⁹ Véase, por ejemplo, los Códigos citados *ut supra*, nota 354. En el ámbito de los principios internacionales: el art. 2:3:2.3 de los principios OHADAC: "Salvo que el representado establezca expresamente otra cosa, el representante dispondrá de poder para realizar cuantos actos sean necesarios, según las circunstancias, para el cumplimiento de su encargo"; el art. 3:201 (2) de los Principios Lando: "El representante tiene poder para llevar a cabo todos los actos que, de acuerdo con las circunstancias, sean necesarios para el cumplimiento de su encargo". También los nuevos proyectos normativos en nuestro país, como el art. 1131-6.2 del borrador de Libro I CC: "El representante tiene legitimación para realizar los actos instrumentales necesarios para ejercer las facultades para las que se le haya apoderado"; y los arts. 5111-6.5: "La autorización para actuar se entiende implícita en todos los actos necesarios para la correcta ejecución del encargo por parte del mandatario, así como a aquellos actos que permitan una ejecución más ventajosa para el mandante. En particular, las facultades de administración se extienden a todos los actos necesarios para llevar cabo la explotación ordinaria de los bienes objeto del encargo", y art. 5112-3.1: "El mandatario debe cumplir sus obligaciones dentro de los límites del mandato. Únicamente puede sobrepasar dichos límites previa autorización del mandante o cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, resulte necesario y razonable para salvaguardar sus intereses y no sea posible consultar previamente con el mandante", de la propuesta de Libros V y VI de CC.

El hecho de que la extralimitación se produzca por la transgresión de los límites formales del poder (extralimitación formal), lesionando el interés del representando (extralimitación material), nos muestra la importancia que desempeña la labor interpretativa. No basta un mero análisis literal del poder para saber si la actuación del representante se desarrolla *intra metas*, es decir, dentro del ámbito de legitimación que otorga el poder, o si por el contrario se arroga más facultades de las que le corresponden³⁷⁰. Es necesario valorar los términos del acto legitimador pero también la voluntad de quien lo otorga, al amparo de su interés, y en relación con los actos de quien hace uso del poder.

Siendo la extralimitación un acto del representante, entendemos que la labor interpretativa alcanza tanto a la voluntad del poderdante como a la de quien actúa frente a terceros: el apoderado/representante. Por lo menos en la representación voluntaria. En este sentido se ha afirmado que la voluntad del principal manifestada en las instrucciones sirve de guía en la búsqueda y hallazgo de los límites, y además resulta determinante, al ser el principal quien encarga la gestión y cuyo interés sirve de finalidad a la representación³⁷¹. En un sentido similar se expresa el TS cuando dice: “La extralimitación o no, ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, lo que aplicado al caso que nos ocupa determina el rechazo del motivo” [STS 27 enero 2000 (Roj: STS 490/2000; ECLI:ES:TS:2000:490)].

Aunque no todos los autores están conformes con el sujeto pasivo de la interpretación. Siendo el representante, no el representado, el sujeto del negocio

³⁷⁰ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 925; y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 2603, con cita de la STS 6 marzo 1943 (RJ 1943/306), afirman que la cuestión de la extensión del poder es siempre un problema de interpretación de la voluntad, porque, como dice GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del art. 1259...”, pág. 9042, “la voluntad es el título que principalmente justifica o habilita al representante para actuar eficazmente sobre la esfera jurídica de otro sujeto, el principal”. También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia [STS 8 marzo 2012 (Rec. 523/2009)].

³⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 210 y 214.

representativo y el único capaz de cometer extralimitación, es su declaración de voluntad la que merece ser interpretada³⁷².

El criterio voluntarista y los que atienden la interpretación objetiva del negocio jurídico ordinario, aun siendo de aplicación al ámbito de la interpretación de la extralimitación, adquieren matices particulares en este campo. Por un lado, la voluntad se supedita al interés: lo vemos con claridad en los supuestos de intereses especialmente protegidos³⁷³ y de conflicto de intereses. Por otro, la autorresponsabilidad del declarante y la confianza del destinatario de la declaración objetivizan la responsabilidad por culpa. La buena fe subjetiva exigida al tercero más la buena fe objetiva aludida por el art. 1258 CC “blindan” su posición jurídica frente al actuar doloso o imprudente del representante, y solo la ausencia de buena fe en el tercero abre las puertas a su exoneración.

Estos dos principios (voluntad supeditada al interés, por un lado; autorresponsabilidad y confianza, por otro) no se hallan en pie de igualdad ni están enfrentados, sino que caminan de la mano en pro de la seguridad jurídica: la actuación del representante unida a la buena fe del tercero, generan una confianza que el ordenamiento decide proteger para garantizar la debida seguridad en el tráfico jurídico. Por ello los arts. 1725 CC y 247 CCo atribuyen responsabilidad al mandatario que traspasa los límites del mandato “sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”, y que interpretado *a sensu contrario* excluye la responsabilidad en caso de que el tercero tenga pleno conocimiento de ellos, ya que la ausencia de la buena fe excluye la confianza y sin confianza no existe autorresponsabilidad³⁷⁴. Por lo menos en la relación *ad extra*, ya que

³⁷² ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 431; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 798, dice que el punto de partida en la labor interpretativa no hay que buscarlo en la declaración del representado sino en la del representante. Creemos que esta afirmación puede hacerse extensible a cualquier incidencia que surja en torno a ella, incluida la extralimitación.

³⁷³ En el caso del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente, persona afectada por una causa de discapacidad, incapaz, incapacitado o ausente, no suele haber una voluntad jurídicamente relevante que interpretar.

³⁷⁴ El art. 3:201 (3) Principios Lando exige la buena fe en el tercero: “Se entenderá que una persona ha otorgado poder de representación a un representante aparente, cuando las declaraciones o la conducta de la primera permitan deducir razonablemente a terceros de buena fe que el representante aparente tenía poder para llevar a cabo un determinado acto”. También se propone este requisito en el art. 5111-11 de la propuesta de Libros V y VI CC: “Sin perjuicio de las reglas contenidas en los artículos anteriores, el mandante no puede desvincularse de un

el poderdante puede exigirla frente al apoderado siempre que la infracción que comporta la extralimitación le hubiera ocasionado daño o perjuicio.

La DGRN recomienda cautela a la hora de interpretar el poder, cuando dice que “la interpretación del poder debe hacerse con extrema cautela y rigor, para evitar que por averiguaciones más o menos aventuradas, puedan entenderse incluidos en él, facultades que no fueron concedidas, y ello no por estricto rigor formalista, sino exclusivamente tomando en consideración los intereses del apoderado (*rectius poderante*), los cuales se verían puestos en peligro si esa libertad interpretativa condujera a la extensión del poder más allá de los supuestos que el poderdante previó y consintió... el poder no puede ser objeto de una interpretación extensiva por la cual se incluyan en él, supuestos que no estuvieran previstos en sus propios términos. Pero ello no significa que deba ser interpretado de forma restrictiva... sino estricta, es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido”³⁷⁵. Al tiempo que atiende al principio de conservación del negocio jurídico: pese a la imprecisión del poder, ha de interpretarse del modo más adecuado para que produzca efecto [RDGRN 17 enero 2005 (BOE nº 54, 4 marzo 2005, págs. 7789 a 7790)]. Estos criterios pueden –y deben- hacerse extensivos a la interpretación de la representación, con dos reservas: una, que deben atenderse todos los intereses jurídicos implicados, no solo los del poderdante³⁷⁶; dos, que no cabe identificar “sus propios términos” con una interpretación literal, ya que, partiendo

acto que una persona, actuando como mandatario en su nombre o por cuenta suya, realice frente a terceros de buena fe que hayan confiado de forma razonable en la apariencia de mandato o de sujeción del mandatario a los límites del mandato, teniendo en cuenta los actos o manifestaciones del mandante”.

³⁷⁵ RRDGRN 14 marzo 1996 (RJ 1996/1855) y 4 marzo 2009 (BOE nº 72, 25 marzo 2009, págs. 29032 a 29037). También merece ser destacada la RDGRN 18 octubre 1989 (RJ 1989/7049): “La esencia de la interpretación es la de una actividad encaminada a la averiguación de la voluntad verdaderamente reflejada en el contrato... y en materia de poderes, aquélla ha de desenvolverse en su ámbito estricto para evitar averiguaciones más o menos aventuradas que puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado”.

³⁷⁶ La STS 11 julio 1991 (RJ 1991/5571) dice que “el apoderamiento no puede verse afectado, frente a terceros, por la intención de los poderdantes al conferirlos, sino que las facultades concedidas se objetivan en los términos del poder con independencia de la finalidad perseguida por el mandato que lo sustenta. No sucede así en la relación entre poderdante y apoderado, por lo que éste quedaría obligado conforme a lo que resulte de la finalidad y ámbito del poder, pero sin que ello incida sobre los derechos de tercero con quien el apoderado contrate en representación de su mandante.” Esta afirmación no contradice lo que defendemos, ya que lo que debe atender el apoderado es al interés de su principal.

de ellos, deben entrar en juego todos los criterios interpretativos previstos por el ordenamiento jurídico.

Es difícil y quizá aventurado intentar aportar reglas generales en un campo tan diverso³⁷⁷, donde circunstancias de hecho –más que jurídicas- condicionan el modo de proceder del representante extralimitado. La agilidad del tráfico mercantil difiere del carácter más pausado del ámbito civil; la profesionalización de determinados representantes requiere un tratamiento singularizado respecto de quienes ejercen esporádicamente esa condición³⁷⁸; el tipo de contrato que incluye el poder condiciona el modo de proceder del representante.

No suelen actuar del mismo modo el apoderado ocasional encargado de un asunto concreto que el representante dedicado de forma permanente y profesional a gestionar un sector concreto de una determinada empresa³⁷⁹. El hecho de que un abogado o un agente de bolsa tengan encomendado un encargo puede conducir a extralimitación, en la creencia por parte de los apoderados de que la falta de conocimientos técnicos del poderdante les confiere mayor margen de maniobra en la defensa del interés ajeno. Mientras el contrato de obra obliga a un resultado, el arrendamiento de servicios obliga a actuar siguiendo unas instrucciones que no siempre son fáciles de distinguir del

³⁷⁷ Difícil no significa imposible. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 213, asegura, citando a MIRABELLI, G., *Dei singoli contratti*, Torino (UTET), 1960, p. 548 y ss., que la doctrina y la jurisprudencia italianas distinguen dos perspectivas: una idea relativamente estricta del exceso de mandato, que permite cierta discrecionalidad en su gestión y para la que habría exceso solo si el mandatario persigue un fin distinto e incompatible con el previsto por el mandante o al menos no determinado por este; y otra posición que exige que el contenido del mandato haya de ser respetado escrupulosamente. Critica ambas tesis porque pueden resultar extremas y dice que por ello se ha propuesto dejar comprendidos dentro de los límites del mandato –es decir, no considerar extralimitación- los actos del mandatario que se correspondan sustancialmente o parezcan justificables con el efectivo interés del mandante o atendiendo para aquélla calificación a la buena fe del mandatario en la ejecución del encargo.

³⁷⁸ GONDRA ROMERO, J.M., “La contribución del Derecho mercantil...”, págs. 195 y 196, asegura que el Derecho mercantil creó la figura del “representante profesional” caracterizado por la regulación normativa de sus funciones y por una mayor autonomía respecto del principal. El art. 2969 del CC Luisiana dice al respecto: “Los poderes que se dan a personas que ejercen una profesión, ó que desempeñan ciertas funciones para hacer alguna cosa en el curso ordinario de los negocios a que están dedicadas, no tienen necesidad de especificarse; pues están regulados por la naturaleza de las funciones que estos mandatarios llenan.”

³⁷⁹ Véase, por ejemplo, la STS 15 noviembre 2012 (RC 796/2010) que resuelve un recurso de casación en relación con unos contratos financieros celebrados por una familia en la que el padre, actuando como representante y mandatario verbal del resto de la familia y administrador de varias empresas, realizaba habitualmente este tipo de operaciones.

poder. Cuando los conocimientos en la materia encomendada son equivalentes para el representante y representado, tanto los límites como las instrucciones pueden ser más claros y la comunicación más fluida. Ambos conocen las reglas del mercado, los usos aplicables, saben el papel que cada cual tiene encomendado y, ante una duda o interpretación del poder, es fácil la comunicación porque las dos partes de la relación *ad intra* “hablan el mismo idioma”. En cambio, la especialización hace que el arrendamiento de servicios adquiera matices del de obra: las partes implicadas no están en situación de igualdad técnica y, salvo excepciones muy contadas, los resultados no se rigen por reglas exactas.

Cuando el cliente acude al abogado busca la solución a su problema. Confía su desconocimiento a la pericia del profesional y, aunque el derecho subjetivo es suyo y ostenta la última palabra, carece de los conocimientos necesarios para orientar e incluso limitar la actuación de aquél. El profesional, a su vez, debe informar y asesorar a quien le contrata, pero no puede asegurarle un resultado. Sus opiniones muchas veces condicionarán tanto la extensión y límites del poder como las instrucciones recibidas, adquiriendo una posición peculiar de apoderado y pseudo-poderdante o inductor del poder. Esta singular posición puede influir en la percepción de los derechos u obligaciones que pesan sobre el representante más allá de una habilitación que se diluye en el contenido contractual y queda protegida por el principio de buena fe y diligencia debida³⁸⁰.

No se pueden establecer reglas generales al respecto. Habrá que analizar caso por caso para determinar si en un supuesto dado el representante ha actuado dentro de los límites del poder o se ha excedido.

IV. 6 Conclusión

³⁸⁰ Véase la STS 22 abril 2013 (Roj: STS 3013/2013; ECLI:ES:TS:2013:3013), en la que el tribunal declara que cuando un abogado acepta un encargo, corresponde a este, en el desempeño diligente de su profesión, poner todos los medios jurídicos precisos para obtener el resultado perseguido por su cliente. Y aunque no toda deficiencia en el cumplimiento del encargo recibido puede ser determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, del examen de los hechos declarados probados resulta que la abogada no desplegó la diligencia que le era exigible en el cumplimiento del encargo profesional que asumió de su cliente.

El TS ha afirmado que para que el mandatario pueda ser acusado de haber traspasado los límites del poder se requiere, obviamente, que éste los tenga³⁸¹. Sin embargo, creemos que todo poder está sometido a límites, aunque no consten expresamente. Su identificación en este caso es una cuestión de interpretación del interés de su otorgante. Por ello, a pesar de que se habla de “poderes ilimitados” para referirse a aquellos que conceden una amplia libertad de actuación al apoderado, creemos que no existen como tales. Todo poder está sometido a ciertos límites intrínsecos, como el interés que justifica la representación, la buena fe o los usos, y es de vital importancia que el representante sepa identificarlos con exactitud.

La gestión o actividad del representante vendrá condicionada, por tanto, por el contenido volitivo que aporta la voluntad del poderdante, por el contenido normativo que presta la ley –directamente o a través de la integración- y por el interés que ha motivado la representación. Todo poder tiene unos límites consustanciales, determinados por el tipo de negocio, por los usos del comercio, por la voluntad o el interés del poderdante, etc., aunque no siempre se expresen.

La regulación que ofrecen los arts. 1259, segundo párrafo, 1714 y 1715 CC, perfilan los límites de la extralimitación, pero pueden coartar *ab initio* el margen de discrecionalidad exigido al representante y constreñir la confianza que inspira el poder de representación. Parece lógico pensar que se prohíba a alguien inmiscuirse en los asuntos de otro, salvo en casos de necesidad o urgencia – como sucede con la gestión de negocios ajenos sin mandato-, pero existiendo un poder válido y eficaz, que descansa en las ideas de confianza –derivada de relaciones personales, familiares o profesionales- y cooperación entre sujetos de derecho, y muy especialmente cuando al representante se exige la capacidad de obrar necesaria para celebrar el concreto negocio representativo, y discrecionalidad en la toma de decisiones –uno de los motivos de distinción frente al nuncio-, los límites pueden acabar convirtiéndose en una cortapisa a la finalidad última de la representación, que es la satisfacción del interés ajeno. La

³⁸¹ SSTS 30 mayo 1978 (Roj: STS 4211/1978; ECLI:ES:TS:1978:4211) y 8 marzo 2012 (Rec. 523/2009).

utilidad y el interés se comprueban a *posteriori* y son susceptibles de valoración bajo criterios no siempre coincidentes, lo que puede limitar la iniciativa, en un escenario donde lo que prima es el resultado (*utiliter gestio* y *utiliter gestum*) sobre la intención (*utiliter coeptum*). Constituyen una garantía para el representado pero pueden coartar la voluntad del representante en la asunción de un riesgo, que como *dominus negotii*, queda reservado al representado y pueden frenar la predisposición del tercero.

La extralimitación exige el traspaso de los límites formales del poder, siempre que resulte lesionado el interés del *dominus negotii*. El ejercicio del poder más allá de lo legítimamente permitido siempre que, al menos, una parte del acto o negocio representativo quede amparada por el acto o negocio de apoderamiento. Si todo el negocio *ad extra* queda deslegitimado objetiva o subjetivamente, habría inexistencia de poder; y si lo es temporalmente, extinción. Por lo que la extralimitación *stricto sensu* requiere la suma de la infracción parcial de los límites objetivos o subjetivos en concurrencia con la transgresión de los límites sustanciales, sin que se vea afectada por la infracción de las instrucciones de gestión.

En cualquier caso, como la literalidad del poder se supedita al interés que da origen a la representación, no basta un mero análisis formal del supuesto de hecho para llegar a una conclusión válida en materia de extralimitación. Habrá que valorar el contenido del poder (extensión y límites) a la luz de los datos que arroje todo cuanto sirva al intérprete para concretar si el acto del representante respeta o no los intereses del representado; y en este contexto puede jugar un papel importante el contenido de las instrucciones de gestión.

V. MARCO SUBJETIVO DE LA EXTRALIMITACIÓN. CASOS CONTROVERTIDOS

El desarrollo económico del último siglo y medio ha creado nuevas realidades desconocidas para el Derecho romano, como las personas jurídicas o el concurso, surgiendo nuevas clasificaciones –representación orgánica y/o

necesaria- con los consiguientes posicionamientos a favor y en contra. Aquellos que aseguran que las personas jurídicas no actúan por medio de representantes sino de órganos y quienes los consideran auténticos representantes sociales. Quienes niegan que los síndicos del concurso y de la quiebra –actuales administradores concursales- sean representantes del concursado ni del quebrado, y los que admiten tal posibilidad.

Desde un punto de vista amplio Díez Picazo –al que sigue Lacruz en este aspecto³⁸²- admite como supuestos representativos la representación legal y la voluntaria, la directa e indirecta³⁸³, la activa y pasiva, la representación orgánica,

³⁸² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, I, Vol. tercero...*, pág. 274.

³⁸³ También llamadas, respectivamente, según VIDAL RAMÍREZ, F., *El Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica, Edit. el Búho, Séptima Edición, Lima, Perú, pág. 282, representación de personas y de intereses. También denomina representación de intereses a la representación indirecta PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 358; SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 541. constituye una clasificación controvertida. Dentro de nuestras fronteras admiten ambas modalidades DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 476 y 498; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, págs. 283 Y 313. Albaladejo cambia de criterio: así mientras en ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 769, considera que no lo es; en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, págs. 386 y 435 y ss., opina que sí. En la primera obra dice que “quien acepte lo contrario –es decir, que la representación indirecta o *impropia* es verdadera representación- habrá de suprimir del concepto de representación el requisito de que el representante obre *en nombre* del representado, admitiendo que sólo es de esencia el obrar *por cuenta ajena*”. En la segunda, reconoce expresamente su cambio de opinión en la nota al pie de la página 435, aunque identifica la representación indirecta con aquella en que el representante oculta al tercero la identidad del representado. Otros, en cambio, no consideran a la indirecta verdadera representación: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. Primero, Vol. II...*, pág. 856; GARCÍA VALDECASAS, G., “La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)”, RDP, 1957, pág. 623. También los hay que, a pesar de admitirla formalmente, sustancialmente la rechazan. En este sentido LEÓN ALONSO, J., *Derecho Civil...*, pág. 4, para quien fue “la categoría convencional de los mandatos representativos y no, -la- que dio lugar a la poca rigurosa distinción entre una representación directa y otra indirecta u oblicua.” Pese a la aparente admisión, considera a la directa como la verdadera representación. Esta discusión se traslada a otros países, siendo aceptada por CAPITANT, H., *Introduction à l'étude du Droit Civil*, Paris, 1897; y rechazada por DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil...*, págs. 277 y 278, o por STITCHKIN BRANOVER, D., *La representación en los actos jurídicos*, Memoria de Prueba, Imprenta La Gratitud Nacional, Santiago, 1936, pág. 67. MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 125, apunta que el BGB alemán solo admite la representación directa, ya que la ley habla de declaraciones de voluntad “en nombre de otro” y los plenos efectos del negocio no pueden producirse mientras quede indeterminada la persona del representado y la correspondiente vinculación de la parte contraria. Quienes niegan que la indirecta sea verdadera representación dicen de ella que es un supuesto de interposición gestoría, y radican en su patrimonio los derechos y obligaciones emanados del contrato que celebra, sin perjuicio de que el intermediario pueda estar obligado a transferir más tarde a otro esos derechos y obligaciones en virtud de la relación jurídica que los une. Por este motivo, asegura COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil...”, pág. 1960, denominan mandato no representativo al que utiliza el esquema indirecto. Quizá para acabar con una discusión que viene de antiguo, el art. 5111-7.1 de la propuesta de Libros V y VI CC habla de “mandato representativo indirecto”: “El mandante puede otorgar un

la del nuncio, -no así la del concursado (o concursado y quebrado, según la legislación de la época)-, etc. *Colin y Capitant* aceptan también la representación en todos los órdenes, excepto en el matrimonio y en el testamento³⁸⁴. Otros, en cambio, adoptan un criterio muy restrictivo. En el apartado correspondiente veremos las posibilidades más cuestionadas por la doctrina, pero ahora nos centraremos en las clasificaciones tradicionales. Uno y otro permitirán centrar el escenario y las personas capaces de cometer extralimitación, al ser un concepto ligado a la propia representación.

Pérez Martín dice que la distinción que suscita mayor interés en la materia es la que distingue entre representación “directa, perfecta o inmediata” y representación “indirecta, imperfecta o mediata”³⁸⁵. No comparte esta idea Lacruz Berdejo, para quien “la única distinción efectiva en materia de representación desde el punto de vista práctico, es la que distingue entre representación voluntaria y legal, ya que la diferenciación entre representación directa e indirecta es más teórica que práctica”³⁸⁶. En cualquier caso, es un tema controvertido.

La doble concepción, amplia y estricta, sobre la representación, nos permite defender una postura flexible en relación con los sujetos que pueden asumir la condición de representantes y, por tanto, ser susceptibles de cometer extralimitación. No interesa analizar si un sujeto dado tiene la consideración de representante legal o voluntario –como sería el caso del presidente de una comunidad de propietarios-, porque una vez reconocida su condición y asumido que ejerce un cargo representativo, queda admitida la posibilidad de extralimitación. Las peculiaridades que pueda ofrecer vendrán determinadas por el régimen jurídico al que quede sometido. Lo que nos interesa analizar es la aptitud para incurrir en extralimitación en los supuestos más controvertidos para

poder mandatario para actuar en su nombre (mandato con poder de representación directa), o autorizarlo únicamente para actuar en nombre propio, pero por cuenta suya (mandato representativo indirecto)”.

³⁸⁴ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, pág. 214.

³⁸⁵ PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación...*, pág. 206.

³⁸⁶ DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 265.

la doctrina, aquellos donde no queda clara la representación con que se desempeña la función o cargo.

V. 1.- La cuestionada consideración del *nuntius* como representante

Desde un punto de vista legal no está claro el concepto de nuncio, porque no viene definido por nuestro ordenamiento jurídico³⁸⁷.

La mayor parte de la doctrina niega al nuncio la condición de representante, aunque esta idea no es totalmente compartida. Para Rivero Hernández actualmente se discute en materia representativa “hasta la clásica distinción entre representante y nuncio, distinción que ya no es tan neta ni decisiva en este campo como se creía”³⁸⁸.

Un grupo de autores abogan por la equiparación entre ambas figuras o por la ineficacia práctica de su distinción. Creen que es representante todo el que actúa legítimamente en interés de otro. Niegan la existencia de una línea divisoria clara entre la voluntad propia y la transmisión de la voluntad ajena, sobre todo en aquellos apoderamientos especialísimos que no dejan margen de maniobra al representante. Y opinan que el *nuntius* es algo más que un mero portador o servidor del *dominus* porque, de ser así, nada lo distinguiría de un correo o de un ser inanimado; emite una declaración propia pese a que la voluntad sea ajena; posee un régimen jurídico idéntico al del representante; no existe utilidad práctica en su distinción y de optar por la teoría mayoritaria sería necesario crear una regulación específica que no existe³⁸⁹.

³⁸⁷ Solo el art. 1282, segundo párrafo, PMCC, alude a él, al decir que no es representante “la persona encargada únicamente de transmitir o comunicar a otra una declaración de voluntad enteramente formada”. Sin embargo, hablamos solo de una propuesta normativa.

³⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1065.

³⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 53 a 55. En el mismo sentido se postulan, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 272; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 220; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 Código Civil...”, art. 1709, pág. 11673, entre otros. Desde una posición actualmente superada, *Savigny* va más allá y atribuye a todo representante el carácter de simple mensajero y considera que el verdadero sujeto del negocio representativo es el representado.

Pero lo cierto es que la mayoría doctrinal rechaza esta equiparación, aunque sea a efectos prácticos. *Ferrara* dice que la intervención de otros sujetos cooperando *con* o sustituyendo *al* titular (nuncio, amanuense, intérprete, asesor o mediador), no los convierte en partes negociales ya que actúan en la fase previa a la formación del negocio. Y aclara que su calificación no depende del tipo de actividad desarrollada, pues los hay que realizan labores plenamente jurídicas (testigos, notarios, curadores, etc.). Lo verdaderamente importante es que su manifestación de voluntad “se añade o une” a la del interesado, pero no ocupa el lugar de ésta³⁹⁰. No parece que el hecho de negar el carácter representativo sirva de argumento para agrupar supuestos heterogéneos (nada tiene que ver el nuncio con el testigo) y por ello hay autores que distinguen entre auxiliares y mensajeros³⁹¹.

Las razones aducidas por la doctrina para rechazar la representación del nuncio son de dos tipos: ausencia de discrecionalidad y carácter material de su actuación³⁹². Si el presupuesto necesario de la extralimitación que nos ocupa es la existencia de representación, habría que negarle también la posibilidad de transgredirla. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. El problema al que nos enfrentamos no son las posiciones encontradas de los autores sino la falta de claridad en torno a su figura, donde se entremezclan conceptos y crean asociaciones, a nuestro parecer, erróneas. Por tanto, antes de abordar el tema de su aptitud para la extralimitación, resulta de vital importancia aclarar qué es un nuncio.

- Dentro de nuestras fronteras, hay autores que parten del carácter material de su actuación sobre la base de que el nuncio transmite la voluntad de otro.

³⁹⁰ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 577.

³⁹¹ Para MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil...*, Tomo II, págs. 405 y ss., el intérprete y el traductor también desempeñan el papel de nuncios o emisarios, basándose en su condición de auxiliares, pues traducen a otra lengua declaraciones de voluntad ajenas. ACEDO PENCO, *La representación...*, distingue dos supuestos que, sin ser representativos, permiten a una persona actuar para otra: el nuncio, mensajero o emisario y el auxiliar, asesor, mediador, comisionista o intérprete.

³⁹² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, págs. 219 y 221, distingue a estos efectos dos tipos de nuncios: el mensajero o emisario, persona que se ocupa de transportar materialmente la declaración de otra persona y cuya misión es únicamente servir de canal de comunicación; y el representante que reproduce la voluntad del principal.

Aseguran de él que no es ejecutor de un acto jurídico sino de un elemento físico de transmisión de la voluntad ajena. A consecuencia de ello, la ejecución del acto y su eficacia discrepan en el tiempo, a diferencia del actuar del verdadero representante³⁹³. El representante es quien obra, quien declara su voluntad, sin perjuicio de que su voluntad valga como voluntad del representado para quien indudablemente se produce el efecto jurídico; el nuncio se limita a transmitir la voluntad ajena. Si se rechaza esta construcción quedaría sin explicación posible el fenómeno de la representación de los incapaces de voluntad³⁹⁴.

En el mismo sentido *Hupka*, desde Alemania, afirma que “no es posible atribuir por eso a estas personas una participación jurídica en la declaración procurada por ellas”; en estos casos “será el principal solo quien concluya el negocio jurídico”³⁹⁵. El autor germano también argumenta su inaplicación al campo de la representación legal y de la representación sin poder. En Italia, *Caringella* sostiene que “no interviene con una propia declaración de voluntad sino que se limita a referir la voluntad ajena”, motivo por el que “establece una forma de cooperación puramente material y no jurídica”³⁹⁶.

Aunque expresado con términos imprecisos, entendemos que lo que se cuestiona no es tanto la existencia en el nuncio de un consentimiento propio sino la titularidad del consentimiento interno necesario para la validez y eficacia del negocio representativo. Quien defiende que el consentimiento declarado por el nuncio es del principal, solo incide en el origen foráneo de la voluntad negocial. Otra interpretación nos conduciría a tesis ya superadas en sede de representación y obviar el hecho de que, como cualidad íntima y personal del ser

³⁹³ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 353.

³⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, pág. 859. Esta idea es compartida por ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 768, quien considera verdadero representante al que con su recepción perfecciona la declaración ajena, no siendo necesario que llegue a conocimiento de su destinatario, mientras que el *nuntius* (en la recepción) sería quien después de recibirla debe comunicarla a otro, no perfeccionándose hasta que éste la recibe. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Lecciones de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2010, dice de él que es “una mera correa de transmisión de la voluntad ajena”.

³⁹⁵ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 44.

³⁹⁶ CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Civile...*, pág. 477. DIEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 54, recuerda que de él se defiende su actuación material limitándose a intervenir en la fase declarativa de una voluntad ya formada, siendo un “representante en la declaración”.

humano, el consentimiento es siempre propio. El consentimiento se forma por la suma de voluntad más declaración y, como es inescindible, tanto la voluntad como la declaración que la exterioriza también lo son. Igual da que hablemos de nuncio que de representante. Prueba de ello es que tanto uno como otro son libres de prestarlo o no, y quedan sometidos a reglas propias de capacidad y de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Lo que se aprecia en la actuación del nuncio es la voluntad de un sujeto (el principal) y la manifestación o declaración de otro (el mensajero). Pero presuponen un pacto basado en la libre voluntad de ambos, que se traduce en la posterior declaración del nuncio basada en una voluntad condicionada por el acuerdo alcanzado con el principal. En esto se diferencia de la actuación inanimada del correo u otros medios que sirven al mismo fin. Si una notificación no llega a destino y, en consecuencia, se frustra el negocio jurídico, el emisor podrá exigir responsabilidad al correo por el incumplimiento de su deber pero no cabe imputarle extralimitación. Si se emplea a un sujeto de derecho como intermediario sí es posible, ya que puede transgredir el límite de sus funciones e infringir el acuerdo. Sin embargo, esta postura entiende que quien así actúa se limita a transcribir la declaración de voluntad ajena. Así, de las dos declaraciones, una es la que posee valor jurídico –emisor- y la otra material –intermediario-. Aunque el mensajero, como titular de una voluntad y de una capacidad propias, decidiera cometer o cometiera extralimitación, al no ser verdadero representante habría incurrido en extralimitación pero no en la representación.

- La consideración de la voluntad del representante como elemento esencial de participación jurídica en el negocio representativo ha sido otro de los temas que ha mantenido dividida a la doctrina. Quienes defienden esta tesis entienden que el representante goza de cierto margen de maniobra en la negociación frente al tercero, lo que comporta su participación con voluntad propia; el *nuntius*, en cambio, actúa totalmente condicionado por la voluntad ajena³⁹⁷. La defensa de

³⁹⁷ Aunque para ACEDO PENCO, La representación..., págs. 2 y 3, el nuncio no es técnicamente representante, al carecer de capacidad decisoria, “tampoco puede desconocerse que cuando no actúa el *dominus negotii*, sino que lo hace el *nuntius* en tal gestión, desde luego, éste <<se

este criterio como delimitador permite, a nuestro juicio, atribuirle el carácter de representante.

La exigencia de la discrecionalidad en el representante está asentada en el Derecho privado, aunque no existe norma que la requiera más allá de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Dada su dimensión multidisciplinar, existen otros campos jurídicos que no la exigen, e incluso dentro del ámbito privado no parece razonable la medida. Existiendo una amplia clasificación de poderes, que permiten gestionar desde la persona y el patrimonio del representado hasta la realización de un acto simple, que pueden conceder amplias facultades de administración y disposición o autorizaciones muy específicas, que otorgan amplios márgenes de discrecionalidad o vienen totalmente condicionados, y, especialmente, desde el momento en que un mismo sujeto puede asumir todos esos roles, ni queda clara la línea divisoria entre representante y nuncio, ni existe respuesta para las situaciones híbridas. Si analizamos el artículo 26 LEC y del Estatuto de la Procuraduría, que regulan la actuación del procurador de los tribunales, comprobamos que en la práctica ejerce una actividad decisoria limitada –en ocasiones nula, al quedar sometido a las instrucciones que de ordinario le transmite su abogado- y a pesar de ello el estatuto es claro cuando dice que la representación en juicio la asume el procurador “en exclusiva”, o la LEC, cuando en su art. 24 habla del “poder en que la parte otorgue su representación al procurador”. O el caso del presidente de la comunidad de propietarios que interviene en representación de la misma sobre acuerdos adoptados en junta de propietarios y sin posibilidad de decidir por sí solo. O incluso apoderados generales, como el factor mercantil, que obrando con plena discrecionalidad, pueden recibir instrucciones precisas para un asunto dado.

A pesar de defender que los conceptos de extensión y límites son distintos al de instrucciones, éstas pueden condicionar el modo de actuar del apoderado/representante. No pueden alterar sustancialmente el pacto inicial pero sí guiar el modo de actuar y su incumplimiento obliga a responder *ad intra*

presenta por él>>.

frente al poderdante. Si el poder es especialísimo o se condiciona con las instrucciones hasta tal punto que anula el margen de discrecionalidad, o bien desaparecen las diferencias o el inicial representante acaba convertido en posterior nuncio. También puede ocurrir que el representante actúe unas veces como tal y otras como mero transmisor de la voluntad ajena. Pero la condición de representante no puede consistir en un botón de encendido/apagado, para acabar definiéndose en la práctica dependiendo del tipo de actos o negocios que desempeñe.

No parece sostenerse la idea de que el procurador –dentro del mismo proceso-, el presidente de la comunidad o el factor mercantil, siendo legalmente representantes, unas veces actúen como tales y otras como nuncios, ya que esto exigiría aplicarles regímenes jurídicos diferentes y no existe previsión legal al respecto.

Este modelo de nuncio, además de venir amparado por un poder, no realiza una actividad material sino jurídica, ya que con ella declara, crea, modifica o extingue una determinada situación jurídica³⁹⁸. La existencia de otro tipo de nuncio, el que

³⁹⁸ Pensemos el caso del apoderado para contraer matrimonio, denominado *procurator ad nuptias* y considerado el único supuesto legalmente previsto de *nuntius* o mensajero en nuestro ordenamiento jurídico. DE BUEN, D., notas a COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil, Tomo I, Introducción -Estado Civil -Domicilio y Ausencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, nota 78, pág. 249, entiende que en España el art. 100 CC permite celebrar el matrimonio por medio de representante, que necesita poder especial. Este artículo, similar al actual art. 55 CC, decía así: “Se celebrará el casamiento compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle...”. En el mismo sentido se postula López Alarcón en LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico...*, pág. 141, cuando dice que al admitir el canon 1104 del CDC que los contrayentes estén presentes en la celebración del matrimonio canónico por medio de procurador, la manifestación del consentimiento puede hacerse personalmente o por medio de representante. Además, citamos en la nota 170, que si los dos cónyuges se valen de procurador, no pueden apoderar a la misma persona, y si es un solo contrayente el que otorga poder no puede designar mandatario al otro cónyuge, ya que tanto en un caso como en otro se produciría un fenómeno de autocontratación no contemplado en los cánones 1104 y 1105. Desde esta perspectiva el matrimonio por poderes vendría a ser una excepción a la regla general en cuya virtud los actos personalísimos no admiten representación. Sea como fuere, este tipo de matrimonio requiere el otorgamiento de un poder, de carácter especial, que conste en escritura pública, que establezca “la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad”, las causas específicas de extinción, el tiempo y la notificación inmediata de su revocación, la asistencia personal del otro contrayente y la intervención del “Juez, Alcalde o funcionario autorizante”. El consentimiento prestado a través de este poder no tiene carácter material sino jurídico porque modifica el estado civil del poderdante, y no es discrecional pero sí libre, lo que le confiere la aptitud de ser extralimitado. Ahora bien, que sea el único supuesto “legalmente previsto” no quiere decir que sea el único “legalmente admisible”. Así COBACHO

realiza una actividad material, como el caso de quien transmite o recibe la declaración ajena para alcanzar un acuerdo extrajurídico, no impide la existencia de quien, con su propia declaración, interviene en una relación jurídica ajena, cooperando con el principal.

Respecto de las otras razones aducidas para excluirlo de la condición de representante (inadmisibilidad de la figura del nuncio en el campo de la representación legal y de la representación sin poder), podemos afirmar dos cosas: primera, que tampoco cabe representación indirecta en la representación legal y no por ello se niega a aquélla su naturaleza representativa; segunda, no cabe hablar de nuncio en la representación aparente, pero tampoco de representante.

Si este fuera el verdadero sentido del término *nuntius* se trataría de una reminiscencia del pasado, procedente de una época en la que el fenómeno representativo se hallaba poco y mal regulado, limitado a supuestos carentes de la complejidad actual, influido por el criterio romano de la deshonra en el hecho de que un tercero se encargara de los asuntos propios, y que no ha evolucionado parejo al resto de la institución por cuestiones meramente pragmáticas: la representación ha sido una figura jurídica pensada para la ampliación de las posibilidades que ofrece la capacidad de obrar del individuo, superando sus limitaciones físicas, con fines principalmente comerciales, donde lo habitual ha sido la formación de la voluntad y la toma de decisiones en interés de otro, más que un simple vehículo transmisor, y donde otras figuras –como el correo- han servido a tal fin. Y desde esta perspectiva parece claro que, si bien existen tipos dispares bajo el amparo de una misma nomenclatura, no puede equipararse el nuncio al elemento despersonalizado del correo sino al volitivo de la representación. Esta premisa tiene influencia en la esfera de la responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las instrucciones recibidas o por la infracción de los límites del poder.

GÓMEZ, J.A., “Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor”, Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº 2, 1985, pág. 25, asegura que el complemento de capacidad del menor para el establecimiento del régimen económico matrimonial se presta mediante licencia para el otorgamiento de los capítulos, bien sea por comparecencia física ante notario, bien por medio de *nuntius* con poder suficiente.

Desde este punto de vista habría que admitir un consentimiento propio –donde confluyen voluntad y declaración personal-, y la posibilidad de que con él se influya en las relaciones jurídicas de otro, dejando abierta la posibilidad de concebir al *nuntius* como representante del *dominus negotii*. Especial sí, pero representante al fin y al cabo. Y así cabe imaginar la posible extralimitación en su modo de proceder: “este” nuncio actúa bajo poder del principal; se compromete con la defensa de un interés ajeno, pudiendo ejercer una *potestas*; en virtud de un consentimiento propio, basado en una voluntad y una declaración también propias, puede decidir colaborar con el principal o no hacerlo; si decide actuar, deberá atender al interés del principal, de acuerdo con los principios generales del derecho, que le obligan a hacerlo de buena fe y con la debida diligencia, y el fin de la representación; no podrá abusar de la confianza depositada o trasgredir los límites de lo permitido; y, por último, tanto la capacidad como la responsabilidad en las que incurra son personales, al margen de las que pudieran ostentar otros sujetos intervinientes.

Visto que teóricamente cabe la posibilidad de que sea sujeto de extralimitación representativa, ¿puede en la práctica cometer extralimitación si tiene tan acotadas sus facultades?. También creemos que sí. Siempre que existe la posibilidad teórica existe el germen, cuanto menos, de su aplicación práctica, y en este sentido, sirva de confirmación el siguiente ejemplo: si un sujeto recibe poder para firmar un contrato en nombre e interés de otro por el que obliga al principal al pago de una cantidad y firma un segundo contrato que por error le ha presentado el tercero donde se duplica el importe, se habrá extralimitado en su función, a pesar de ser un mero ejecutor de la voluntad ajena. En este caso, las normas con las que cuenta el ordenamiento español obligarían a acudir a la responsabilidad propia del representante extralimitado.

Por tanto, la concepción del *nuntius* como sujeto activo de la extralimitación dependerá del punto de vista con el que nos acerquemos a la figura. La prolífica subdivisión de los sujetos intermedios no representativos -auxiliar, mediador,

comisionista o intérprete³⁹⁹ - choca frontalmente con la confusión conceptual que se maneja, especialmente en esas figuras que, aunque reconocidas formalmente, carecen de una sólida regulación legal. Podemos concluir diciendo que cabe extralimitación en los dos casos planteados, con la salvedad de que en el primero no será de representación mientras que en el segundo sí.

V. 2.- El representante pasivo

Representante pasivo es aquel que recibe la declaración ajena, perfeccionando con su recepción el negocio jurídico representativo, sin necesidad de dar traslado al representado para que lo consienta⁴⁰⁰. Su carácter meramente receptor contraría la teoría de que el representante ha de poseer necesariamente margen de discrecionalidad, ya que se limita a recibir un consentimiento ajeno. Según el esquema directo dibujado por el *BGB* alemán en materia de representación, igual que en la representación activa la declaración debe emitirse en nombre del representado, en la pasiva el representante debe estar en condición de conocer que la declaración de voluntad que se dirige a él está destinada al representado –art. 164 II-⁴⁰¹. España sigue el mismo criterio en materia de representación pasiva, con la salvedad de que la activa admite el mecanismo directo e indirecto.

³⁹⁹ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil...*, pág. 121, engloba a todos los empleados bajo la denominación “colaboradores del empresario”, distinguiéndolos de acuerdo a tres criterios: permanencia o temporalidad, contenido mercantil o no de su colaboración, y actuación dentro o fuera de la empresa; acaba creando una subdivisión entre auxiliares o colaboradores dependientes e independientes. Este criterio de clasificación también es seguido por SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, págs. 140 a 149. Como pone de manifiesto ARPIO SANTACRUZ, J., “El ámbito del poder de representación...”, págs. 370 y 371, nuestro actual C.Co. dedica el art. 283 a la regulación del apoderado general del empresario o factor, el art. 292 a la figura del dependiente y el art. 294 a la del mancebo. Todos ellos son apoderados del principal, lo único que cambia es la extensión del poder, legalmente atribuida (en el mismo sentido Broseta Pont, pág. 125). Sin embargo, el anteproyecto de Ley para el futuro CCo reduce a dos las categorías de auxiliares del empresario: apoderados generales y singulares. Será apoderado general, según el art. 122-1, apartado 1, el auxiliar del empresario con poder para realizar, en nombre y por cuenta de éste, las actividades constitutivas del giro y tráfico de la empresa. Será apoderado singular, a tenor del art. 123-1, el auxiliar del empresario con poder para realizar en nombre y por cuenta de éste actos determinados del giro o tráfico de la empresa. Se deja, por tanto, de considerar a los mancebos como una categoría autónoma y se les somete a la disciplina de los apoderados singulares.

⁴⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, págs. 767 y 768.

⁴⁰¹ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 129. Creemos que esta circunstancia no deriva del mecanismo directo o indirecto sino de la consideración de la *contemplatio domini* como elemento esencial de la representación, incluida la indirecta. Este

En Italia, *Ferrara* acepta la representación pasiva, a la que denomina receptiva, negándole la naturaleza sustitutiva de la voluntad negocial que admite en la activa, al tiempo que rechaza su equiparación con la figura del nuncio, sin aportar argumentos en defensa de su postura⁴⁰².

El representante pasivo puede cometer extralimitación, ya que ostenta la condición de representante y posee capacidad volitiva, bastando que se exceda en el uso de sus atribuciones. Lo que no puede es extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, es decir, en su calidad de representante pasivo, ya que esta condición es incompatible con la necesaria acción que comporta toda extralimitación. Cuando alguien está facultado para recibir la declaración de otro y decide intervenir arrogándose más funciones de las que posee, se habrá extralimitado pero no como representante pasivo en el negocio ajeno sino como representante pasivo que asume una legitimación activa que no le corresponde.

V. 3.- El liquidador de patrimonios ajenos

La representación atiende a la defensa de la persona o del patrimonio del representado, y tiene en su interés la guía que marca la actuación del representante. Existen situaciones donde un sujeto también se encarga legítimamente de la administración o gestión del patrimonio ajeno, que revisten cierto parecido pero no pueden catalogarse como representativas. No obstante, la existencia de un patrimonio y la necesidad de dar cumplimiento a ciertos intereses públicos, exigen el nombramiento de personas encargadas de gestionarlo o ejecutarlo. Estos sujetos actúan con plena independencia del titular del patrimonio, lo que no significa necesariamente ausencia de voluntad. Así, y a pesar de que puedan cometer extralimitación en los actos o negocios jurídicos que les están encomendados, como sujetos de derecho con capacidad de obrar, no son considerados supuestos de extralimitación en la representación.

conocimiento sirve para configurar el consentimiento del tercero y garantiza su posición en materia de responsabilidad.

⁴⁰² CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 583.

Tras el fallecimiento, el patrimonio del causante puede pasar al Estado o repartirse entre sus herederos, según la voluntad del fallecido o, a falta de ella, aplicando las normas de la sucesión intestada. La ley crea los mecanismos adecuados para asegurar que el patrimonio de un sujeto trascienda más allá de su vida y pueda conservarse dentro del núcleo familiar –por ello se establecen las legítimas, arts. 806 y ss. CC- y, dentro de ciertos límites, repartirse de acuerdo con su voluntad. La doctrina niega con carácter general la admisibilidad de la representación en la sucesión *mortis causa* (arts. 670, 830 CC), aunque admite casos excepcionales, como ocurre con los arts. 671, 831, 1056 y 1057 CC⁴⁰³ o con el administrador de la herencia (arts. 801 y ss. y 1026 CC, arts. 797 a 805 LEC)⁴⁰⁴.

La confusión conceptual que para algunos comporta este subgrupo llega a interpretaciones curiosas. Galindo Garfias admite la representación del albacea, circunscrita estrictamente a la naturaleza y objeto que corresponde a la entidad sucesoria. Asegura que la representación hereditaria no es en último término sino la administración del interés de los herederos y legatarios. Y culmina su argumentación diciendo que la representación sucesoria es el instrumento legal de ejecución de la voluntad del testador o de lo dispuesto en la ley, para realizar el propósito del testador o, en su caso, la distribución de los bienes a los herederos legales en la sucesión legítima⁴⁰⁵.

⁴⁰³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, págs. 775 y 776; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, págs. 865 y 866; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T. I, V. I, 2º parte...*, págs. 930 y 931, la rechaza con carácter general aunque, siguiendo a Albaladejo, la admite para la aceptación o repudiación de la herencia que se defiera al representado; DIEZ PICAZO, L., *La representación...*, págs. 89 y 90; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. Tercero...*, pág. 277, que admite “el juego de la representación en los actos y negocios relativos a la herencia (es decir, una vez abierta la sucesión), llevados a cabo por heredero, legatario u otros interesados (aceptación y repudiación, partición, etc.)”.

⁴⁰⁴ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 124, afirma que el ejecutor testamentario y el administrador de la herencia son representantes del heredero, aunque la misión de estas personas no consista en cuidar de los intereses del heredero, sino de otras tareas, esto es, la ejecución de la voluntad del testador (en el mismo sentido, respecto del síndico de la quiebra y los intereses de los acreedores del quebrado). También nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. La STS 11 abril 1967 (RJ 1967/2207) dice que el comisario en la partición hereditaria a quien representa “en cierto modo” es al testador, no a los coherederos.

⁴⁰⁵ GALINDO GARFIAS, I., “Representación, mandato y poder”, Biblioteca Jurídica Virtual, InfoJus, Publicaciones Periódicas, RDP, n° 1, pág. 18.

Hemos preferido utilizar la expresión “liquidador de patrimonios ajenos” para denominar a un nutrido conjunto de cargos, designados por el testador o por la Ley, cuya misión es ejecutar la última voluntad del fallecido: el administrador de la herencia (arts. 1020 y 1026 CC), el árbitro designado para resolver controversias entre herederos forzosos y legatarios (Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003), el cónyuge viudo facultado para mejorar (art. 831 CC), el contador-partidor designado por el testador (art. 1057 CC), el contador-partidor dativo (arts. 92 LJV y 66 LN), el contador-partidor designado en el procedimiento de división de la herencia (arts. 783 y ss. LEC) y el albacea (arts. 892 a 911 CC). Como decimos, ninguno de ellos representa al causante porque no cabe representar a personas fallecidas. La representación exige, cuanto menos, un sujeto de derecho con capacidad jurídica a quien reviertan los efectos de los actos o negocios jurídicos representativos. El albacea, además, tampoco representa a unos herederos que no lo han designado y cuyas actuaciones pueden resultar contrarias a los intereses de estos. En este sentido se pronuncia la DGRN en la resolución 18 marzo 2005 (BOE 20 mayo 2005, págs. 17099 a 17100).

Lo que se forma tras el fallecimiento del causante es una comunidad de intereses entre los llamados a la herencia, que carece de personalidad jurídica y necesita de un representante para ejercer sus derechos. Este representante no es un administrador orgánico de la comunidad y su poder se otorga para asuntos ordinarios o de administración, no para asuntos extraordinarios [STS 12 junio 2015 (Rec. 1291/2013)]. En la STS 314/2015, 12 junio, el Alto Tribunal reitera su doctrina, respecto al ejercicio por parte de una comunidad hereditaria de los derechos asignados por el art. 90 TRLSC, considerando actos de carácter extraordinario la modificación del tipo social o el cambio del objeto social.

Es evidente que el representante así designado puede extralimitarse en su función, con la particularidad de que los actos realizados como representante (y como comunero, ya que ostenta la doble cualidad) le perjudican solo a él ⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ SSTS 3 julio 1981 (Tol 1739575), 28 octubre 1991 (Tol 1728072), 8 julio 1997 (Tol 215260).

Como tampoco pueden ser representantes ni cometer extralimitación en los términos indicados, el administrador de legal ni los síndicos del concurso y de la quiebra (en la actualidad, administradores concursales)⁴⁰⁷. El primero de ellos, regulado en los arts. 630 a 633 LEC, (y como liquidador social, en los arts. 374 y ss. TRLSC) porque tanto el administrador como el interventor representan a la sociedad misma, no a los socios⁴⁰⁸.

Los segundos, a pesar de que el art. 1732 CC considera causa de extinción del contrato de mandato “el concurso o la insolvencia del mandante o del mandatario”, que el art. 35.1 LC favorezca la confusión al decir que “los administradores concursales y auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”, y de que haya autores que admitan este tipo dentro de la representación legal⁴⁰⁹, porque, como indica Díez-Picazo, “la *ratio* de la limitación de la capacidad del concursado y del quebrado, no es otra que la protección del interés de los acreedores concursales”⁴¹⁰. A diferencia de la representación, el concurso no se constituye en interés del concursado.

⁴⁰⁷ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 352, niega que el administrador legal de la herencia pueda ser representante del fallecido aunque tiene poderes de administración y disposición; niega también que puedan serlo los síndicos, respecto del concursado y del quebrado.

⁴⁰⁸ Como reconoce la SAP Alicante, Sección 7ª, 3 abril 2003 (La Ley 65027/2003), el liquidador es el órgano gestor y representativo de las sociedades disueltas.

⁴⁰⁹ DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 239.

⁴¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 78. En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, 2ª parte...*, pág. 964.

(SECCIÓN SEGUNDA)

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRALIMITACIÓN

VII.- TIPO DE INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EXTRALIMITADO

VII. 1.- Planteamiento inicial

El art. 1259, segundo párrafo, CC dice que “el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”⁴¹¹.

⁴¹¹ En el Bajo Imperio romano la extralimitación no siempre acarrea la nulidad de las gestiones realizadas por el mandatario (PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación...*, pág. 211). El gestor quedaba obligado frente a terceros cuando había hecho creer dolosamente que estaba autorizado a actuar por cuenta del *dominus* y no existía *ratihabitio*. El tercero podía ejercer, entre otras, la *conditio sine causa*, si creía hacer el pago a persona autorizada para recibirlo, y la *conditio causa data causa non secuta*, si sabía que pagaba a persona no autorizada esperando una ratificación que no llegaba a otorgarse (RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 995). En el Derecho visigodo, compuesto por el Breviario de Alarico y por el *Liber Iudiciorum*, la extralimitación del mandatario no podía perjudicar al mandante: “et quod extra mandatum egit non preiudicet mandatori”. Si el mandatario vendía una cosa por precio menor al fijado por el mandante, las Sentencias de Paulo consideraban válida la venta y el mandatario estaba obligado a devolver al mandante no sólo el precio pagado sino también la diferencia entre el precio establecido y el precio pagado. Y como el mandante no quedaba vinculado por la extralimitación, tanto el lucro como el daño causado al mandatario en su gestión repercutían en aquél, excepto en lo que el mandatario se hubiera excedido. En la época del Derecho Común, formado por las glosas y comentarios que los juristas medievales dedicaron a las fuentes romanas, y los textos canónicos, como el Decreto, las Decretales de Gregorio IX y el Libro Sexto, con sus glosas, si el mandatario se extralimitaba en la cantidad los juristas aceptaban la validez del acto, pero si era en la calidad, era inválido salvo que el mandante conociera su actuación y no se opusiera. En el Derecho castellano, integrado por el Fuero Real, Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, más las glosas y comentarios a dichos textos, el mandatario o personero debía cumplir bien y lealmente, de acuerdo con los poderes conferidos, y si se extralimitaba, su actuación era inválida. En Las Partidas, cuando la extralimitación redundaba en detrimento del mandante, podía ejercer la *actio mandati* contra el mandatario para recuperar lo que perdió y éste contra aquél, para que le pagara los gastos generados por la ejecución del mandato. ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla...*, pág. 548, asegura que para evitar la extralimitación se recomendaba en la práctica la instrumentación del mandato en escritura pública o, en su defecto, en escritura privada ante testigos.

Varias son las cuestiones que suscita la lectura del precepto, que pone en evidencia la compleja interpretación que encierra. En opinión de García Vicente “posiblemente sea esta regla –la segunda parte del artículo- en la que confluyan las principales dificultades interpretativas del precepto”⁴¹². Nos llama la atención que declare la nulidad del negocio extralimitado al tiempo que permite su ratificación; exija la revocación del tercero para privar de eficacia definitiva a lo que, en principio, nulos efectos produce; emplee el término revocación para describir el remedio jurídico con que cuenta el tercero para desligarse del negocio extralimitado; carezca de un límite temporal objetivo para ejercer la nulidad y la ratificación; no regule el régimen de responsabilidad en que incurran las partes que así procedan; o contraponga autorización a representación legal.

Tampoco puede pasarse por alto las carencias que presenta y que, solo parcialmente, consiguen salvarse aplicando por analogía las normas del contrato de mandato. El precepto se completa, en sede de representación voluntaria, con los arts. 1714, 1715, 1717, 1719, 1725 y 1727 CC, amén de otros preceptos que lo afectan incidentalmente (arts. 1718, 1721, 1722, 1723, 1726 o 1731 CC), más el art. 1698 CC, a propósito del contrato de sociedad⁴¹³, y arts. 256 y 286 CCo, respecto de la comisión mercantil⁴¹⁴.

En la etapa codificadora, los Códigos establecían un limitado, y casi siempre inadecuado, abanico de soluciones.

⁴¹² GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del art. 1259 del Código Civil...”, pág. 9041.

⁴¹³ Estos artículos proscriben el traspaso de los límites del poder; determinan cuándo no se consideran traspasados; aluden a la posibilidad que tienen mandante –representado-, mandatario –representante- y tercero de ejercer acciones entre sí; cuándo queda obligado el mandante –representado- y cuándo no responde el mandatario –representante-. En el ámbito societario, se dice, la sociedad no queda obligada *ad intra* frente al socio extralimitado y *ad extra* solo lo estará cuando el acto haya redundado en su provecho.

⁴¹⁴ También tratan el tema los arts. 1288 y 1290 PMCC, el art. 5112-3.2 de la propuesta de Libros V y VI CC y el art. 1132-3 del borrador de Libro I CC de la APDC.

- En Francia, el art. 1989 del Código de Napoleón sancionaba la nulidad de la obligación si el mandatario traspasaba sus poderes. Además, a instancia de *Domat y Pothier*, si el *falsus procurator* que carece de poder prometía la ratificación por parte de su principal, quedaba responsable de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la promesa⁴¹⁵. El art. 1997 declaraba la responsabilidad del mandatario extralimitado frente al tercero cuando éste no tuviera conocimiento suficiente de sus poderes o se hubiera obligado a ello personalmente.

- En Alemania, el *BGB* no declaraba la nulidad del negocio, permitiendo la aprobación del *dominus* antes de su celebración (poder) o con posterioridad (ratificación). Declaraba la responsabilidad del representante en el parágrafo 179, cuyo origen se encuentra, según *Laband*, en la *culpa in contrahendo*⁴¹⁶.

- El art. 397 del Código Revisado de las Obligaciones (Suiza), de 3 de marzo de 1911 (con entrada en vigor el 1 de enero de 1912), decía que si el mandatario quebrantaba las instrucciones que hubiere recibido en detrimento del mandante, no se reputaba cumplido el mandato sino tomando el mandatario el perjuicio a su cargo.

- Para el art. 1398 del *Codice* italiano, el representante extralimitado era responsable del daño ocasionado al tercero por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato; pudiendo ser ratificado por el interesado antes de la resolución por el tercero, quien podría a su vez requerir al principal para que se pronunciara acerca de la ratificación en un plazo, transcurrido el cual la ratificación se entendía denegada (art. 1399).

⁴¹⁵ POTHIER, Tratado de las obligaciones..., número 75, pág. 58.

⁴¹⁶ La referencia a Laband procede de RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", pág. 997.

En América latina fueron muchos los códigos que regularon esta materia, apoyándose en las soluciones ofrecidas por los textos europeos⁴¹⁷. Aunque de todos ellos, el que sin duda abordó mejor las consecuencias del negocio jurídico extralimitado fue el Código argentino de 1869⁴¹⁸.

En la actualidad se ha avanzado muy poco en la regulación de las consecuencias del negocio extralimitado, con alguna excepción. En Francia, tras la Ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, sobre la reforma de la ley de contratos y el esquema general de obligaciones de prueba, que dedica una sección específica a la representación, el art. 1156 del *Code* dice que “el acto realizado por un agente sin autoridad o que excede su autoridad es inoponible frente al representado, a menos que el tercero contratante crea legítimamente en la realidad de los poderes de representación, sobre todo a causa de la conducta o declaraciones de los representados”. Pese a valorar positivamente los esfuerzos del legislador galo para separar normativamente la representación del mandato, y la opción de la inoponibilidad frente a la nulidad, consideramos que sigue resultando insuficiente.

⁴¹⁷ Como es el caso de Chile o Federal de Méjico, entre otros. El primero, de 22 de noviembre de 1855, arts. 2122 y 2154; el segundo, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, arts. 2565 y 2568.

⁴¹⁸ Los arts. 63 a 65 del Capítulo 1ª, título IX, Libro Segundo, del CC argentino de 1869, distinguían dos supuestos: si el tercero conocía los poderes dados por el mandante, el mandatario traspasaba los límites del mandato y el mandante no ratificaba, el contrato era nulo –pudiendo, no obstante, quedar personalmente obligado el mandatario para con el tercero si se obligó por sí mismo por medio de escrito o a presentar ratificación del mandante-; si ante la misma situación, el tercero ignoraba los poderes dados por el mandante, el mandatario quedaba personalmente obligado con el tercero, pudiendo ser demandado por incumplimiento contractual o por indemnización de pérdidas e intereses. Esta regulación pasó al Código aprobado por la Ley 340 (arts. 1931 a 1933), en vigor hasta que fue sustituido por el actual Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, cuyos arts. 361 y 362 dicen que los límites son oponibles al tercero si los conocía o debieron conocerlos con cuidado y previsión. El principal puede ratificar en cualquier tiempo, aunque los interesados pueden requerirle para que se pronuncie en un plazo máximo de quince días (tres meses si la ratificación depende de la autoridad administrativa o judicial), transcurrido el cual el silencio se interpreta en sentido negativo. Y si el tercero no ha requerido la ratificación puede revocar su consentimiento sin esperar el vencimiento de estos términos (art. 370). Por último, el art. 376 declara la responsabilidad de quien actúa como representante por los daños que la otra parte sufra, sin culpa suya, en la validez del acto y solo cuando el tercero desconociera la deficiencia de poder.

E igual ocurre en el ámbito internacional, con Convenios de limitada aplicación⁴¹⁹ y proyectos o propuestas normativas de escasa concreción⁴²⁰.

VII. 2.- La calificación del negocio extralimitado

Nuestro ordenamiento declara en el art. 1259, párrafo segundo, la nulidad de lo actuado, completado por los arts. 272, 1698 segundo párrafo, 1715 y 1725 a 1727, todos ellos del Código Civil. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo respecto de la calificación del negocio extralimitado.

El problema planteado por el contrato otorgado por el mandatario extralimitado queda resuelto por la jurisprudencia de tres formas distintas: denegándole eficacia si hay indicios de sospecha, valorando la responsabilidad del mandante en la apariencia creada y con la posibilidad del mandante de pedir la nulidad del negocio o solicitar al mandatario la indemnización de daños⁴²¹.

No obstante, la jurisprudencia es vacilante con la terminología empleada. Unas veces acude a la *nulidad* como sinónimo de negocio *inexistente*⁴²²; otras veces

⁴¹⁹ Como la Convención sobre la Representación, celebrada en Ginebra en el año 1983, cuyo art. 14.1 dice que los actos extralimitados no vinculan ni al *dominus* ni al tercero.

⁴²⁰ Según el art. 2.3.5 de los principios OHADAC, los actos no afectarán a la esfera jurídica del representando, y declara la responsabilidad del representante cuando el tercero sea de buena fe; el art. 3:204 *PECL* declara la inoponibilidad del acto frente al representado y frente al tercero, y regula con mayor detalle que los anteriores la responsabilidad del representante, exigiendo también la buena fe del tercero; el art. 64.1 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (o Código Pavía) solo declara la responsabilidad del representante extralimitado frente al tercero de buena fe, salvo si el tercero recurre a la facultad de considerar el contrato concluido con el propio representante.

⁴²¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1714, pág. 2981.

⁴²² SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940/1135), 7 julio 1944 (RJ 1944/908), 25 julio 1946 (JC, 2ª serie, T. XV, nº 33), 11 junio 1966 (RJ 1966/3406), 1 octubre 1990 (Roj: STS 6763/1990; ECLI:ES:TS:1990:6763 y también Roj: STS 10953/1990; ECLI:ES:TS:1990:10953), 2 octubre 1995 (RJ 1995/6976), 10 septiembre 1997 (RJ 1997/6402), 3 noviembre 2000 (RJ 2000/9208), 2 octubre 2001 (RJ 2001/8723), 6 marzo 2002 (RJ 2002/2662), 14 marzo 2002 (Roj: STS 1846/2002; ECLI:ES:TS:2002:1846), 5 diciembre 2003 (Roj: STS 7788/2003; ECLI:ES:TS:2003:7788).

alude a una *nulidad no absoluta*, “que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita del *dominus negotii*”⁴²³; niega que pueda calificarse como nulo de pleno derecho al amparo del art. 6.3 CC o de inexistente⁴²⁴; acude al instituto de la *anulabilidad*, confundiendo los conceptos de ratificación y convalidación⁴²⁵; emplea indistintamente los conceptos *nulidad* y *anulabilidad* en una misma resolución⁴²⁶; y, por último, habla de “negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera al negocio como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél”⁴²⁷.

Tampoco la DGRN ha mantenido una postura clara al respecto. La resolución de 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10481) dice: “Ahora bien, de conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 del Código Civil, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado... Del mismo modo que sin ratificación expresa o tácita, lo actuado por el representante con poder insuficiente no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad de un acto que hasta entonces se reputaría válido (cfr. artículos 1725 y 1727 del Código Civil), tampoco puede pretenderse, en perjuicio de tercero, una eficacia retroactiva por la ratificación; se opone a ello no sólo el

⁴²³ SSTS 30 octubre 1906 (CL, T. 105, nº. 94), 12 junio 1997 (RJ 1997/4765), 18 marzo 1999 (RJ 1999/1858), 25 junio 2004 (Roj: STS 4485/2004; ECLI:ES:TS:2004:4485).

⁴²⁴ SSTS 29 enero 1945 (RJ 1945/121), 17 mayo 1968 (RJ 1968/2480), 5 febrero 1969 (RJ 1969/586), 12 diciembre 1989 (RJ 1989/8189), 13 mayo 1991 (RJ 1991/3664), 3 diciembre 2001 (RJ 2002/2198), SAP Málaga de 9 de octubre de 2003 (Roj: SAP MA 4068/2003; ECLI:ES:APMA:2003:4068), SAP Madrid de 26 de abril 2006 (Roj: SAP M 5489/2006; ECLI:ES:APM:2006:5489).

⁴²⁵ SSTS 31 enero 1978 (RJ 1978/229), 12 junio 1991 (RJ 1991/4765), 12 junio 1997 (RJ 1997/4765), 10 junio 2002 (RJ 2002/4982), 7 abril 2004 (RJ 2005/3845), SAP Jaén de 20 de febrero de 2006 (Roj: SAP J 84/2006; ECLI:ES:AP J:2006:84).

⁴²⁶ SSTS 12 junio 1997 (RJ 1997/4765), 29 abril 2000 (Roj: STS 3589/2000; ECLI:ES:TS:2000:3589), 11 diciembre 2000 (Roj: STS 9054/2000; ECLI:ES:TS:2000:9054), 10 junio 2002 (RJ 2002/4884).

⁴²⁷ SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940/1135), 7 julio 1944 (RJ 1944/908), 29 enero 1945 (RJ 1945/121), 5 abril 1950 (RJ 1950/990), 16 abril 1952 (RJ 1952/2103), 27 mayo 1958 (RJ 1958/2103), 13 diciembre 1965 (RJ 1965/5814), 11 junio 1966 (RJ 1966/3406), 25 octubre 1975 (RJ 1975/3774), 15 noviembre 1977 (RJ 1977/4558), 23 octubre 1980 (RJ 1980/3635), 18 septiembre 1987 (RJ 1987/6067), 11 octubre 1990 (RJ 1990/7856), 28 mayo 1991 (RJ 1991/3937), 22 octubre 1999 (RJ 1999/7621), 6 noviembre 2013 (Rec. 2007/2011).

rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado sino, sobre todo, la regla básica de inexistencia de contrato sino desde que media, entre otros elementos sustanciales, el consentimiento de los contratantes (cfr. artículos 1261 y 1262 del Código Civil), produciéndose sus efectos a partir del momento de su perfección (cfr. artículo 1258 del Código Civil)⁴²⁸. En la resolución de 3 de marzo de 1953 (RJ 1953/1682) el centro directivo sostiene la teoría de la *conditio iuris*, que mantiene en otras resoluciones que la refieren⁴²⁹.

Rivero Hernández clasifica todas estas teorías en dos grandes grupos contrapuestos: en un extremo, las que ponen de relieve su inexistencia o nulidad, y en el otro, las que sostienen una integridad negocial, explicando su ineficacia como dependiente de la falta de un elemento externo al negocio⁴³⁰. Efectivamente, creemos que existen dos tipos de teorías, las que se refieren a la validez o eficacia del negocio extralimitado (nulidad, anulabilidad, inoponibilidad) y las que sirven para calificarlo (*conditio iuris*, negocio incompleto). Pero en contra de lo comúnmente sostenido defendemos la compatibilidad entre alguno de los modelos, enfrentados por la doctrina. Sirva de avance, y al mismo tiempo de ejemplo, la consideración del negocio extralimitado como incompleto hasta que concurre la ratificación por el *dominus*, y que solo en ausencia de legitimación deviene nulo.

VII. 2.1.- Teoría del negocio incompleto o en estado de formación

⁴²⁸ Resolución citada por otras, como las de 7 mayo 2013 (BOE 3 junio 2013) y 8 mayo 2013 (BOE 6 junio 2013).

⁴²⁹ RRDGRN 25 mayo 2007 (BOE 22 junio 2007), 28 mayo 2013 (BOE 1 julio 2013), 2 noviembre 2016 (BOE 22 noviembre 2016).

⁴³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Naturaleza y situación...", págs. 1068 y 1078.

Aunque son muchas las teorías que tratan de explicar la naturaleza del negocio extralimitado, quizá la calificación más precisa sea la de negocio incompleto, imperfecto o en vías de formación.

Esta teoría fue formulada por *Graziani* en su obra “La rappresentanza senza procura”, en el año 1927⁴³¹, y ha sido seguida en Italia por el CC de 1942 y por gran parte de la doctrina⁴³². Es la posición mayoritaria en nuestro país⁴³³. Con arreglo a esta teoría, el negocio representativo extralimitado estaría incompleto, pendiente de integración. Le faltaría un elemento esencial, como es el consentimiento del principal, que llegaría a través de la ratificación por parte del *dominus negotii*.

No olvidemos que la representación es una institución compleja formada por dos negocios jurídicos interconectados: el que otorga legitimación y el negocio representativo. Aunque cada uno de ellos goce de autonomía no poseen total independencia y deben analizarse conjuntamente. Salvando las diferencias que existen entre la representación y el negocio fiduciario, comparten el hecho de ser negocios complejos, formados por dos negocios distintos [STS 28 octubre 1988 (RJ 1988/7746)]. Es perfectamente aplicable tanto al uno como al otro lo que el Tribunal Supremo dice respecto del fiduciario: “no cabe considerar fraccionadamente la total operación realizada,... al contrario, no hay sino un negocio unitario que debe ser valorado globalmente en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, de modo que sus determinaciones han de contemplarse como íntimamente vinculadas e integradas entre sí y cuyo alcance

⁴³¹ Como él mismo refiere en GRAZIANI, A., *Studi di Diritto Civile e Commerciale, Casa Editrice, Napoli*, 1953, págs. 55 a 60, donde distingue entre “negozio rappresentativo e negozio medio tempore”.

⁴³² PUGLIATTI, S., *Studi sulla rappresentanza...*, págs. 284 a 311, en especial, 301 y 302. GIORDANO, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto esimatorio, T. I, Riv. Dir. Comm.* 1949, págs. 174 y ss.

⁴³³ Entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 302. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, págs. 1103 y 1104; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Sobre el acceso al Registro de la Propiedad del contrato del representante sin poder (con ocasión de la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2013)”, ID vLex: 512008338, pág. 541; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad del falsus procurator...*, pág. 994. DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, págs. 262 y 263, para quien es la “posición más acorde con el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia en general”.

ha de ser decidido de conformidad con la causa unitaria” [STS 30 junio 1987 (RJ 1987/4843)]. Así, aunque el negocio representativo sea un negocio válido por reunir los requisitos legalmente exigidos, se halla inserto en otro más amplio y cumple una finalidad específica: la defensa del interés del principal. Mientras no exista causa legitimadora, a través del previo apoderamiento o autorización, o, en su caso, de la ratificación posterior, la representación se encuentra en fase de formación. Si concurre antes de la revocación por parte del tercero, el negocio representativo será válido y eficaz, haciendo suyos el *dominus* los efectos de un contrato o negocio concluido en su nombre o en su interés [STS 10 junio 2002 (RJ 2002/4884)]; en otro caso, será nulo e ineficaz para aquél [STS 7 abril 2004 (RJ 2005/3845)], que recoge la doctrina sentada por la STS 7 julio 1944 (RJ 1944/908)]⁴³⁴.

VII. 2.2.- Teoría de la nulidad

VII. 2.2.1.- Distinción conceptual previa

La ineficacia del negocio jurídico comprende una serie de conceptos confusos que han llegado a nuestro ordenamiento jurídico carentes de una adecuada regulación legal y afectados por una defectuosa transposición de normas heredadas de otros ordenamientos. Se emplean de forma imprecisa términos como inexistencia, invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, revocación, renuncia, rescisión o resolución, en cuyo análisis no nos vamos a detener al no constituir objeto de nuestro estudio, pero que conviene tener presente para comprender las incoherencias del legislador y de la doctrina⁴³⁵.

⁴³⁴ También se ha decantado el TS por la teoría del negocio incompleto en la sentencia de 17 noviembre 2010 (RJ 2010/9163).

⁴³⁵ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 440, habla además de *irrelevancia*.

A veces se emplean como sinónimos los conceptos de nulidad e inexistencia. Teóricamente decimos que la nulidad se produce cuando el acto es contrario a la norma imperativa o prohibitiva –salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art. 6.3 CC-, mientras que habrá *negotium non existens* en ausencia de alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico y que, en sede contractual, vienen regulados por el art. 1261 CC (consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación)⁴³⁶.

Pero la cuestión no es tan sencilla, ya que algunos autores no establecen distinción de ningún tipo entre ambos conceptos⁴³⁷ y otros introducen términos que interfieren en las categorías tradicionales⁴³⁸.

Federico de Castro, a pesar de distinguir conceptualmente la nulidad de la inexistencia, aplica una categoría global de ineficacia, la nulidad, donde incluye los actos o negocios inexistentes⁴³⁹. Y, como subcategorías dentro de la inexistencia, regula los negocios incompletos, los defectuosos y los aparentes. A su vez, divide los negocios incompletos en tres grupos: los negocios en formación (por ejemplo, la oferta de contrato), los carentes de la forma necesaria (véanse los arts. 632, 633, 1669 o 1875 CC) y los realizados por quien carece de poder suficiente, es decir, los extralimitados, aludiendo expresamente a los arts. 1259 y 1714 CC. De modo que para el insigne jurista, parece que el negocio

⁴³⁶ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico...*, pág. 464.

⁴³⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Parte general. Teoría general del contrato*, cuarta edición, revisada por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 538 y ss., recuerda que los términos “nulidad” y “nulo” generalmente son utilizados en nuestro Código y en otras leyes en sentido amplio, comprensivos de todas las formas de invalidez e incluso de otros tipos de ineficacia

⁴³⁸ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, pág. 190, confunden nulidad relativa y anulabilidad. Así hablan de inexistencia, cuando falta un elemento esencial; nulidad absoluta, cuando se viola una prescripción legal; y nulidad relativa o anulabilidad, cuando la manifestación de voluntad es imperfecta. Aseguran que el Derecho romano no distinguió entre inexistencia y nulidad absoluta, y que la anulabilidad apareció después que aquélla. Aunque la distinción entre los distintos grados de imperfección de un acto jurídico jamás se perdió de vista en el antiguo Derecho francés.

⁴³⁹ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico...*, pág. 472.

representativo extralimitado es a la vez nulo, inexistente y en formación o incompleto, sin que se vea afectado en sus efectos por esta circunstancia.

Delgado Echevarría y Parra Lucán, por su parte, defienden que “el art. 1259 configura un régimen de invalidez (mejor, de mera ineficacia, aunque hable de nulidad) que no coincide con las categorías típicas de nulidad y anulabilidad, y otros más o menos similares que pueden encontrarse”⁴⁴⁰.

La legislación presenta deficiencias técnicas, al regularse en los arts. 1300 y ss. CC la nulidad de pleno derecho –arts. 1300 a 1309 CC, ambos inclusive, a la que se añade el art. 6.3- y la anulabilidad –arts. 1310 y ss. CC- sin fijar un criterio definido que permita diferenciar una de otra⁴⁴¹.

La jurisprudencia es tan vacilante en la terminología como en la calificación del negocio extralimitado. Gil Cortiella recuerda lo “diáfana y de fácil entendimiento” que es la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la nulidad, cuando se actúa en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, y su conceptualización jurídica “como supuestos de inexistencia, por falta de consentimiento”⁴⁴². Un ejemplo de “claridad” lo encontramos en la STSJ Andalucía de 5 junio 1989 que, antes de la ratificación prometida por mandatarios verbales, dice que “el acto, en aquel momento, estaba viciado de

⁴⁴⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 35. En la pág. 361 hablan indistintamente de “ineficaz” o “irrelevante” para el *dominus*.

⁴⁴¹ A esta confusión alude DE PABLO CONTRERAS, P., “Ineficacia e invalidez”, en *Curso de Derecho Civil II*, op. cit., pág. 493. En el campo del Derecho procesal, el art. 225 LEC regula las causas de nulidad de pleno derecho de los actos procesales. Entre otras encontramos el que se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, “haya podido producirse indefensión” (3º). Sin embargo, el art. 227.1 LEC, al regular el trámite procesal, exige “efectiva indefensión”. Estos preceptos encuentran su correlativo en los arts. 238.3º y 240.1 LOPJ. De modo que, en puridad, si bien el acto que haya podido producir indefensión es nulo, solo podrá hacerse valer el que la haya provocado verdaderamente.

⁴⁴² GIL CORTIELLA, A., “Del mandatario verbal”, *Diario La Ley*, 1990, Tomo 2, Editorial La Ley 16005/2001, págs. 1066 y ss., pág. 1068.

causa de nulidad radical y absoluta, es decir, era inexistente por faltarle uno de los elementos esenciales: el consentimiento”.

Sin embargo, creemos que este problema carece de trascendencia práctica pues en ambos casos las consecuencias son las mismas: el negocio es insubsanable, y carece de validez con eficacia *ex tunc*.

VII. 2.2.2.- La nulidad absoluta del negocio extralimitado

La doctrina se divide entre quienes defienden la nulidad absoluta y la nulidad relativa, ofreciendo una variada amalgama de razonamientos:

- La ratificación se compagina mal con la nulidad, de manera que habría que considerar la nulidad como radical y absoluta⁴⁴³.

- Haciendo uso de la categoría de la nulidad relativa para explicar el fenómeno que se produce en el art. 1259 cuando, tras declarar la nulidad de los contratos, afirma que tales contratos podrán ser ratificados por la persona a cuyo nombre se otorguen; “forma parte –asegura- de un tercer tipo que podemos encajar bajo la denominación de nulidad relativa pues corresponde exclusivamente al interesado asumir el contrato o exige su nulidad”⁴⁴⁴.

⁴⁴³ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 439; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 491.

⁴⁴⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 45. En el mismo sentido, ROCCO, A., *Principii di diritto commerciale...*, pág. 333; ROCCO, A., *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art 137 Cod. Comm., II, Riv. Dir. Comm.*, 1910; ROCCO, A., *Corso di Diritto Commerciale*, Padua, 1921, también sostiene una nulidad parcial o relativa por falta del elemento interno, aunque los efectos de la nulidad sean *erga omnes*.

Este planteamiento ha sido defendido en Italia por *Betti* y por *De Martini*, entre otros. En España, Gordillo Cañas es uno de sus principales defensores: en el exceso de representación no hay poder, lo actuado es nulo y todos los efectos del negocio pseudo-representativo parten de la ley o de la protección de la apariencia.

Aunque también encuentra numerosos detractores: la palabra nulidad “evidentemente” no está empleada con precisión en el 1259, segundo párrafo⁴⁴⁵, mientras que la variante de la inexistencia no ha sido defendida por nadie, más que para rebatirla⁴⁴⁶.

Serna Meroño expone la teoría de la nulidad diciendo que el contrato es nulo de pleno derecho en cuanto le falta el consentimiento del representado, por lo que ni produce ningún efecto ni requiere impugnación por parte del representado⁴⁴⁷. Además, desde el punto de vista práctico puede chocar frontalmente con los intereses de las partes –al no permitir la sanación o complemento- y casa mal – en principio- con la posibilidad de ratificación.

A la vista de lo indicado cabría preguntarse:

⁴⁴⁵ NUÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 36.

⁴⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1069, alude a *Murgeaud-Larion*, citado a su vez por *Pacchioni (Della gestione degli affari altrui*, Padua, 1935, pág. 402). No obstante, rechaza esta teoría porque, “qué duda cabe que lo realizado por el *falsus procurator*, no obstante su frágil situación, es <<algo>> jurídico, produce ciertos efectos, hasta el punto de que basta el sí del *dominus*, su ratificación, para que produzca los plenos efectos de un contrato”. Para el autor francés, en palabras no traducidas por Rivero, antes de la ratificación los contratos no son anulables “sino inexistentes en derecho, porque un elemento nuevo es necesario para su eficacia”.

⁴⁴⁷ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 521.

1.- Si es necesario el ejercicio de la acción para no resultar afectado por el negocio extralimitado.

2.- La justificación de la nulidad en el esquema del art. 1259 CC.

1.- La primera pregunta no encuentra una respuesta unívoca:

- Para un sector de la doctrina no es necesario que el mandante emita una declaración específica en el sentido de rechazar su vinculación al negocio concluido por el mandatario; por el contrario, cuando el mandante desee aceptar las consecuencias de la indebida ejecución del mandato, será necesario que emita una declaración en tal sentido⁴⁴⁸.

- En cambio, otros autores refutan la afirmación de que el acto nulo no requiere acción judicial porque la nulidad no resulta de la decisión judicial sino de la ley. Creen errónea esta afirmación, y aseguran que el ejercicio de la acción judicial siempre es necesario para la persona interesada en la ineficacia del acto jurídico: primero, porque el ordenamiento jurídico prohíbe la vía de hecho, que obligaría al interesado a tomarse la justicia por su mano; y segundo, porque la validez provisional del acto se debe al título, es decir, presenta caracteres aparentes de regularidad y produce sus efectos provisionalmente mientras no se ha demostrado la invalidez⁴⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista todo dependerá del modo de proceder de las partes, aunque creemos acertada la observación formulada por quienes sostienen que la ineficacia del negocio nulo no requiere declaración judicial de nulidad, opera *ipso iure* y *erga omnes*, “aunque esta afirmación que seguramente

⁴⁴⁸ MINERVINI, G., *El mandato...*, pág. 321.

⁴⁴⁹ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, pág.193.

es cierta desde el punto de vista dogmático, en la práctica, si ha surgido una cierta apariencia negocial (como sucede frecuentemente) será conveniente (e incluso necesario si alguien sostiene su validez), solicitar la intervención judicial, teniendo que ser probada la causa de nulidad por quien la mantenga”⁴⁵⁰.

El negocio representativo extralimitado crea una apariencia negocial evidente y, salvo acuerdo de las partes, será necesaria una declaración judicial que destruya la apariencia creada y los efectos derivados del negocio irregular. En cualquier caso, el ejercicio de la acción de nulidad dota de seguridad jurídica (el ordenamiento español, a diferencia de otros como el alemán, no prevé plazo de caducidad). Además, se convierte en mecanismo de defensa que encuentran el *dominus* y el tercero para protegerse frente a la actuación del otro (además del requerimiento *inter partes*, que aunque no previsto en nuestra ley puede emplearse en el ejercicio de la autonomía privada).

2.- La segunda cuestión viene condicionada, a su vez, por la calificación jurídica del negocio extralimitado.

Desde nuestro punto de vista el negocio así realizado es incompleto, imperfecto o en estado de formación. Mientras no concurra el elemento legitimador carece de validez, aunque produzca ciertos efectos en el ínterin. No existe en nuestra legislación un plazo legal para la perfección, tan solo un estadio difuso enmarcado por la actuación de las partes: ratificación y revocación. Antes de que el *dominus* ratifique, el tercero puede revocar; antes de que el tercero revoque, el principal puede ratificar. Producida la ratificación, no cabe revocación y el negocio es válido y eficaz; producida la revocación, no cabe la ratificación y el negocio es nulo.

⁴⁵⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad de los contratos...*, págs. 30 y 31. En el mismo sentido se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, P., “Ineficacia e invalidez...”, pág. 490.

La revocación del tercero, exigida por el ordenamiento jurídico para que pueda desligarse de los efectos derivados del negocio incompleto, va en contra de la mera inacción de las partes como vía para reponer la situación jurídica previa al negocio extralimitado. Entendemos esta revocación como la declaración de voluntad privada dirigida por el tercero cocontratante al *dominus* o al representante para desvincularse de lo pactado. A partir de este momento se producen los efectos propios de la nulidad negocial, según la máxima *quod nullum est, nullum effectum producit*: los actos y negocios nulos no producen efectos ni cabe subsanarlos, completarlos o convalidarlos⁴⁵¹. En caso de oposición del principal, el tercero se verá avocado a acudir a la vía judicial en el ejercicio de la acción de nulidad. En cualquier caso, a través de la revocación o de la nulidad, es necesario un acto de parte para destruir los efectos derivados del negocio extralimitado y no ratificado, y las consecuencias que produce ese acto son las derivadas de la nulidad.

Concebidos como términos contrapuestos, la nulidad es incompatible con la ratificación, pero entendidos de este modo⁴⁵², la nulidad es compatible con la ratificación y la revocación contempladas en el art. 1259 CC y puede desplegar sus efectos negativos.

VII. 2.3.- Teoría de la anulabilidad

⁴⁵¹ Sin embargo, esta regla general no es totalmente cierta, ya que a veces el acto o negocio nulo sí los produce. Por ejemplo en la nulidad matrimonial, donde se mantienen los efectos del matrimonio en relación con los hijos y el contrayente o contrayentes de buena fe –art. 79 CC-. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos...*, págs. 34 y 35, dice que el negocio nulo no produce consecuencias en comparación con las que ese mismo negocio hubiera producido de ser válido, pero eso no significa exactamente que el contrato nulo carezca de consecuencias jurídicas. El contrato nulo ha existido y el derecho no puede ignorar esta realidad. De hecho, uno de sus efectos es la obligación de restitución; además de los problemas que genera la denominada “nulidad en cadena”.

⁴⁵² El negocio incompleto es válido si se presta el consentimiento ratificador. En otro caso es nulo por adolecer de un vicio esencial, que se hace valer con la acción del tercero, calificada de “revocación” por el Código.

Es la más antigua de las que han pretendido explicar dentro de la técnica jurídica moderna la situación del contrato que estudiamos y hoy apenas tiene seguidores. Fue seguida por *Labbé*⁴⁵³. Aunque también ha sido rechazada, asegurando que la ley no atribuye al *dominus* un poder especial de impugnación del acto, ni tiene por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Y aunque así lo hiciera no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores⁴⁵⁴.

Se ha afirmado que la anulabilidad favorece al particular más que la nulidad absoluta, ya que él mismo podrá disponer de la eficacia del contrato: “Si el contrato lo satisface podrá darlo por firme expresa o tácitamente. En cambio, si supone para el principal un resultado indeseable, éste podrá desvincularse de él sin demostrar una lesión o daño, sino simplemente el conflicto de intereses que afectaba a su agente”⁴⁵⁵.

En nuestro Código no tiene acogida expresa en materia representativa, más allá de las interpretaciones doctrinales que puedan preferirla a la nulidad absoluta. Los arts. 1291 PMCC, 5111-10 del proyecto de Libros V y VI CC y 1132-2 del borrador de Libro I CC hablan de la anulación que puede instar el representado frente al tercero en caso de conflicto de intereses, aunque sin aclarar si se trata de una nulidad absoluta o de una anulabilidad.

Podemos tacharla de inadecuada porque descansa en la errónea equiparación entre ratificación y confirmación. La anulabilidad parte de un negocio perfecto y

⁴⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1069. Entre estos seguidores apunta a *Labbé*, *Minervini* (en su obra *Ecceso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus*, 1947) y la etapa inicial de *Betti*. Sin embargo, MINERVINI, en *El mandato...*, op. cit., se presenta como claro defensor de la teoría de la oferta, según queda explicado más adelante.

⁴⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 440. En el mismo sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1714, pág. 1854, quien también rechaza la teoría de la nulidad, siguiendo en ambos casos a Rivero Hernández.

⁴⁵⁵ JÉREZ DELGADO, C., Comentario a la tesis doctoral de RODRÍGUEZ PINTO, M.S., “Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho privado español, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, 430 pp”, ADC, Fascículo 1, 2007, pág. 317.

válido. Cuenta con todos sus elementos y produce efectos igual que otro, aunque adolece de un defecto no esencial y, por tanto, subsanable. Quien subsana es la misma parte negocial a través de la confirmación. Y con ella no se añade nada nuevo al negocio, tan solo se confirman como definitivos unos efectos que hasta ese momento no lo eran por el vicio. Con la ratificación se añade un elemento nuevo y necesario al negocio, hasta ese momento pseudo-representativo, no válido ni eficaz (aunque produzca ciertos efectos vinculantes en el ínterin), se ejerce por persona distinta a quien es parte y no se sule con el tiempo (prescripción sanatoria).

VII. 2.4.- Teoría de la oferta

Avanzada por *Wächter*, fue seguida por *Ruhstat*, *Hellman*, *Hölder*, *Bekker*, *Baudry-Lacantiniere* y por *Wahl*⁴⁵⁶. *Wächter* da respuesta al problema planteado como si se tratara de una contratación entre ausentes. Mientras no concurre la ratificación no surge vínculo jurídico entre las partes ya que no existe verdadero contrato y, por tanto, tanto el tercero como el *falsus procurator* son libres para revocar el acuerdo alcanzado⁴⁵⁷.

Esta teoría ha sido seguida en Italia por *Minervini*, que clasifica el negocio pseudo-representativo dentro de la categoría de las prestaciones sustitutivas del cumplimiento y entiende la ratificación del mandante como la aceptación por parte del mismo de la propuesta hecha por el mandatario⁴⁵⁸.

El principal escollo que presenta esta teoría radica en la posición que asume el representante. Si se encarga de transmitir la oferta al potencial aceptante y la aceptación al oferente inicial, estará actuando como intermediario tanto del

⁴⁵⁶ GRAZIANI, A., *Studi di Diritto Civile...*, pág. 5.

⁴⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Naturaleza y situación...", pág. 1093.

⁴⁵⁸ MINERVINI, G., *El mandato...*, pág. 322.

principal como del tercero. Si carece de capacidad decisoria se convierte en un nuncio, y si la posee provoca una doble oferta o aceptación. Además de colocar al tercero en una posición privilegiada y desigual, ya que mientras el representante actúa con intención de vincular al principal, el tercero se puede desvincular libremente hasta que concurra la aceptación de la oferta.

La relación entre el representante extralimitado y el tercero constituyen la oferta que aquél, como apoderado del principal, le hace llegar. Según esta teoría solo habría negocio con la aceptación del principal mediante la ratificación.

Para Menéndez Mato el mandato es propuesto por el futuro mandatario (oferta) y la aceptación corresponde al mandante⁴⁵⁹. Entendemos que la aceptación puede ser tanto inicial como posterior, mediante la ratificación.

El principal escollo que vemos en esta teoría es el papel que asume el apoderado/representante/mandatario, pero sirve de claro ejemplo acerca de la dificultad que ofrece un concepto consensuado sobre la voluntad del representante.

Los que niegan que pueda serlo quien carece de capacidad de decisión encontrarán aquí razones para defender el carácter de intermediario en el oferente; cualificado quizá, ya que puede prenegociar, pero sin capacidad decisoria final. Y un argumento para quienes sostienen la inconsistencia e inconveniencia de mantener una línea divisoria y excluyente entre la intermediación y la representación.

⁴⁵⁹ MENÉNDEZ MATO, J.C., "La oferta tácita de mandato", Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1999, Ref. XIX, Tomo 1, Editorial La Ley 1910/2001, pág. 326.

VII. 2.5.- Teoría de la *conditio iuris*

Suele señalarse a *Zimmermann* como primer seguidor de esta corriente doctrinal, aunque existe algún precedente en la obra de *Laband*⁴⁶⁰.

Para *Zimmermann*, el negocio representativo es completo y perfecto aun antes de la ratificación. No obstante, no es una perfección plena, ya que carece de la virtualidad para producir los efectos propios de su clase. No aclara qué tipo de imperfección le afecta, pero sí que es distinta a aquellas que afectan a la existencia y a la esencia del negocio. La ratificación opera como condición legal o *conditio iuris*, necesaria para la producción de efectos y no viene impuesta ni prevista por las partes.

Esta teoría gozó de amplio predicamento a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, influyendo en los arts. 177 y ss. *BGB*. En el Derecho alemán, los contratos del representante extralimitado producen un estado de pendencia, donde la eficacia depende de su aprobación; mientras no se aprueben, no nacen los derechos y deberes que le son propios, aunque la contraparte no podrá frustrar las obligaciones que podrían nacer de él en virtud de la aprobación (177 I *BGB*)⁴⁶¹.

Entre sus más importantes defensores cabe citar a *Oertmann* y a *Ruggiero*⁴⁶², aunque también recibió duras críticas: para *Mitteis* la participación volitiva o consentimiento del principal es fundamental, por lo que no puede considerarse negocio completo y perfecto aquél al que falta la voluntad de una de las partes negociales, expresada a través de la ratificación; en un sentido similar se expresa *Windscheid*, para quien la validez del negocio jurídico requiere el

⁴⁶⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Naturaleza y situación...", pág. 1078.

⁴⁶¹ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., "La representación en el Derecho Civil...", pág. 149.

⁴⁶² DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil...*, pág. 277, también habla de "estado de pendencia".

consentimiento del *dominus negotii*, al que denomina tercero, aunque admite la sanación del negocio inválido mediante el consentimiento posterior en forma de ratificación⁴⁶³.

En España ha gozado de cierto predicamento por parte de un sector doctrinal⁴⁶⁴ y ha sido incorporada a alguna resolución de la DGRN⁴⁶⁵ y sentencias del TS⁴⁶⁶.

El negocio existe, es perfecto y válido, pero queda pendiente de eficacia.

Se han distinguido dos supuestos: cuando el falso representante pone en conocimiento del tercero la insuficiencia de poder y ambos deciden de común acuerdo la creación del negocio, conscientes de que le falta un elemento fundamental, en cuyo caso el negocio proyectado es concebido por representante y tercero como un negocio sometido a *conditio iuris* y se extingue cuando se tiene conocimiento de que dicha condición no tendrá lugar (art. 1117 CC); cuando ante el conocimiento de esa falta, el representante se obliga frente al tercero a que el representado ratifique, donde la negativa a ratificar desencadena la obligación del representante frente al tercero en virtud de la promesa de un hecho ajeno, que depende del acuerdo al que hubieran llegado las partes⁴⁶⁷.

⁴⁶³ WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette, Volumen IV, tomo I*, trad. y notas de FADDA, C., y BENZA, P.E., Editorial *Unione Tipografico-Editrice Torinese*, 1930, pág. 460.

⁴⁶⁴ SANTOS BRIZ, J., "Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...", pág. 922. Este autor cita la STS 10 octubre 1963.

⁴⁶⁵ Ver *ut supra* nota 427.

⁴⁶⁶ Ver *ut supra* nota 425.

⁴⁶⁷ SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", págs. 524 y 525. Sin embargo, su argumentación resulta contradictoria con lo manifestado en la página 537 de su obra, cuando dice que "el efecto más importante de la ratificación es que, una vez realizada, dota al negocio de perfecta validez y plena eficacia frente al representado", ya que conforme a la teoría de la *conditio* el negocio ya sería válido y lo único que alcanzaría con la ratificación sería eficacia.

Sin embargo, creemos más acertada la posición defendida por Rivero Hernández, para quien el principal fallo de esta teoría no está tanto en hablar de negocio condicionado sino en considerar perfecto y completo el negocio del falso representante⁴⁶⁸. Analizado desde el prisma individualista del negocio representativo así podría entenderse, pero no si lo estudiamos en el contexto donde se inserta: la representación. Como parte de un todo, este negocio viene impulsado por una causa común que lo liga al negocio legitimador. Y aunque el representante extralimitado se obligue personalmente frente a tercero, estaría creando un nuevo negocio (entre el representante y el tercero) distinto al representativo, con un consentimiento, una causa y unas partes diferentes, respetando tan solo el objeto.

No se puede confundir con el negocio *per relationem*⁴⁶⁹, aunque ambos se conciban como válidos e ineficaces. Porque lo que caracteriza a este negocio es que contenga una *relatio*, es decir, que la determinación de los elementos indeterminados se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio jurídico (por ejemplo, venta de cosa futura, venta con remisión para la determinación del precio a una cosa cierta o a un tercero, testamento en los términos del art. 671 CC, la mejora del art. 831 CC, etc.). La *relatio*, que puede ser un hecho, el arbitrio de un tercero o la declaración de una parte, es un elemento cierto y existente pero indeterminado: existe un precio pero se ignora el importe, hay objeto aunque no se precise, o es alternativo. Por el contrario, la teoría de la *conditio iuris* parte de la inexistencia de un elemento esencial, que curiosamente solo priva de eficacia al negocio extralimitado pero no de validez.

VII. 2.6.- Teoría de la irrelevancia

⁴⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Naturaleza y situación...", pág. 1083.

⁴⁶⁹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a.D., *El negocio jurídico "per relationem" en el Código Civil*, Editorial Colex, Madrid, 1982, págs. 42 y 43.

Responde a la máxima “res inter alios acta”. El negocio es irrelevante para el *dominus*, como si no hubiera ocurrido, a menos que sea ratificado.

Al igual que hiciera Serna Meroño, Díez-Picazo, que utiliza el término “ineficacia relativa o irrelevancia”, distingue otras dos situaciones: cuando representante y tercero son conscientes de la falta de poder, que este autor califica como negocio incompleto pendiente del advenimiento de la *conditio iuris*, que es la ratificación; y cuando el tercero cree que el representante tiene poder suficiente y va a producir efectos inmediatos, donde la posición del tercero requiere alguna especial protección, aplicando el art. 1725 y haciendo al representante personalmente responsable. Duda acerca de si esta responsabilidad se refiere al interés positivo o al negativo y defiende que cuando el error recae sobre la condición de representante de la contraparte, invalidará a su instancia el contrato⁴⁷⁰.

Esta postura es la seguida por *Cariota Ferrara* para quien el negocio, *inter partes*, no es ni nulo ni anulable sino ineficaz, pudiendo llegar a ser más tarde relevante respecto del *dominus* por varias causas, como la sucesión en calidad de heredero del representante o su ratificación⁴⁷¹.

VII. 2.7.- Teoría de la inoponibilidad

Se parte de un negocio válido y eficaz *inter partes*, que no puede oponerse frente a otra persona que tuviera algún derecho adquirido con anterioridad a la celebración del contrato y que pudiera verse afectado por éste⁴⁷². El principal no pretende que el acto sea inválido sino que le sea inoponible a él. Es decir, que

⁴⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 440.

⁴⁷¹ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 599.

⁴⁷² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos...*, pág. 48.

el negocio extralimitado sea válido y eficaz entre pseudo-representante y tercero, pero inoponible frente al pseudo-representado.

La inoponibilidad es un mecanismo jurídico por el que se priva de efectos a un acto jurídico frente a un tercero cuando no se han cumplido determinadas formalidades establecidas por la ley. Pero una ineficacia relativa, es decir, frente a determinados sujetos⁴⁷³. Se ejercita para obtener la declaración de ineficacia de los efectos del acto jurídico, no atacando al acto en sí, ya que esta figura no vicia el acto como lo hace la nulidad. Y puede ser invocada por quienes no han participado en el acto pero están relacionados jurídicamente con las partes, por propia voluntad o por ministerio de la ley⁴⁷⁴.

En Italia, se ha defendido que el negocio concluso por el falso representante es un negocio válido pero ineficaz. No produce efectos respecto al representado y se encuentra en un estado de pendencia hasta que sobrevenga la ratificación o concorra alguna formalidad necesaria para ejercer la representación del incapaz. Si el negocio jurídico es concluido por el tercero sin tener conocimiento de la falta de representación de la otra parte, tiene derecho a desvincularse del compromiso adquirido, considerar el negocio como no hecho (inoponibilidad) y a resarcirse frente al representante por los daños sufridos. Pero si conocía su falta de poder, se entiende que el representante sin poder actuó como si fuera verdadero representante, es decir, bajo la esperanza de ratificación (comentario al art. 1751 CC italiano). En este caso el negocio es unilateralmente vinculante y vinculará al tercero desde el momento en que declaró su propia voluntad, no la voluntad del representante, que no actúa en interés propio sino de un representado que no habrá conferido poder de representación. Cuando el tercero conozca la falta de poder no podrá revocar el compromiso a su gusto, sino

⁴⁷³ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos...*, pág. 22. DE PABLO CONTRERAS, P., "Ineficacia e invalidez...", pág. 489, dice que respecto de los terceros y frente al acto válido, la inoponibilidad se presenta como una ineficacia relativa de dicho acto; y, frente al inválido o ineficaz, como una eficacia relativa.

⁴⁷⁴ ROJAS LABRA, C., *Introducción al Derecho*, Universidad de Los Lagos, Primera Edición, Puerto Montt, Chile, agosto 2004, págs. 195 y 196.

transcurrido el término expreso o tácito en que la ratificación de la parte interesada es posible⁴⁷⁵.

En nuestro país, como se ha afirmado, los conceptos oponibilidad/inoponibilidad gozan de escaso consenso doctrinal sobre su significado y alcance, siendo objeto de tardía incorporación al Código –año 1983⁴⁷⁶-. La inoponibilidad es “una facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida para que, sin necesidad de impugnarla, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido”⁴⁷⁷.

Gullón Ballesteros dice que el art. 1259 CC considera nulo el negocio sobre el que ha de recaer la ratificación, aunque “en realidad ha de considerarse ineficaz, inoponible, frente al *dominus*: no tiene ninguna necesidad de ejercitar su nulidad”⁴⁷⁸. Aunque no parece conveniente reducir la inoponibilidad a un tipo de ineficacia, por no derivar de una intrínseca impotencia del negocio. Sería más adecuado encuadrarla dentro de una figura más general como es el valor relativo de los negocios jurídicos⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ COVIELLO, L., *Manuale di Diritto civile italiano...*, págs. 404 y 405.

⁴⁷⁶ Hasta la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la doctrina basaba la responsabilidad civil del menor y del incapaz en el art. 32 CC, cuyo párrafo segundo decía: “La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en algunos de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y de un tercero”. Este artículo se utilizaba como complemento de los arts. 1902 y 1903 CC, amparando la responsabilidad civil de menores e incapacitados. Con la eliminación del art. 32 por la reforma de 1983, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil, Títulos IX y X del Libro I*, editorial ICAI, Madrid, 1984, págs. 162 a 164, asegura que se acaba con la más clara cobertura legal del principio de responsabilidad civil extracontractual de los incapaces en nuestro Ordenamiento jurídico.

⁴⁷⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La inoponibilidad”, *Boletín de Actualidad de Derecho Civil, Estudios*, 2007.

⁴⁷⁸ GULLÓN BALLESTEROS, *El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pág. 226.

⁴⁷⁹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 523, quien sigue en este punto al profesor De Castro. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La inoponibilidad...”, habla de eficacia indirecta de los actos jurídicos.

El principal escollo que encontramos a esta teoría es su falta de previsión legal, pues si bien existen preceptos que acogen el principio de inoponibilidad –arts. 218, 606 y 1473 CC, 32 y 34 LH⁴⁸⁰-, no está previsto para la extralimitación en la representación.

VII. 2.8.- Teoría de la falta de legitimación

Según esta teoría, el negocio pseudo-representativo carece de validez y eficacia por falta de legitimación, que consigue sanar la ratificación posterior.

Partiendo de la importancia que la legitimación ostenta en el ámbito de la representación, *Betti* llega a calificar de inválido y nulo el contrato del representante sin poder⁴⁸¹. En España, De Pablo Contreras estudia la representación conjuntamente con la legitimación, algo indicativo de la interrelación que encuentra entre ambas figuras⁴⁸². De hecho, este autor tilda de extraordinaria la legitimación del guardador de hecho para realizar actos de disposición en interés del guardado, al no ser su representante legal⁴⁸³.

⁴⁸⁰ GORDILLO CAÑAS, A., “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral”, ADC, Fascículo 2, 2004, págs. 403 y 410, opina que el art. 32 LH tiene origen latino o francés, donde la inscripción se reduce a elemento de oponibilidad del derecho frente a terceros; mientras que el art. 34 LH posee origen germánico, convirtiendo la inscripción en condición de existencia del derecho inscrito.

⁴⁸¹ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico...*, pág. 522.

⁴⁸² DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (I)*..., págs. 271 y ss. Expresamente señala en la pág. 282 que “la declaración de voluntad por él emitida –referida al representante- no podrá producir efecto alguno en la esfera jurídica del dominus, al faltar la legitimación, presupuesto imprescindible para su manifestación eficaz”.

⁴⁸³ DE PABLO CONTRERAS, P., “La patria potestad”, en *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen VI, Las relaciones paterno-filiales (II), La protección penal de la familia*, Directores Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 445.

Rivero Hernández, aunque próximo a estos planteamientos, critica la teoría en cuanto centra su atención en la situación jurídica del falso representante, más que en el negocio en sí⁴⁸⁴.

No podemos decir que el negocio extralimitado sea inexistente ya que si bien no produce los efectos que le son propios si genera otros, como los siguientes: cierta vinculación que obliga al tercero a revocar para desligarse de lo hecho por el representante, queda delimitado el contenido objetivo del negocio hasta la revocación o la ratificación, queda delimitado el alcance personal de esa vinculación y efectos, y si no hay ratificación el representante extralimitado puede haber incurrido en responsabilidad⁴⁸⁵.

Rivero Hernández reconoce como indiscutible la relevancia que para el Derecho tiene lo hecho por el *falsus procurator*, otorgándole un “status” particular, creando o reconociéndole unas determinadas consecuencias jurídicas, una cierta y especial vinculación por débil que sea, manteniendo como viable y susceptible de ser completado algo que, de otro modo, no sería nada⁴⁸⁶.

Pero igual que cabe deslindar la injerencia patológica o antijurídica, de la no autorizada pero justificable –entre las que cabe incluir tanto la representación no autorizada inicialmente como la gestión de negocios ajenos-, sería necesario diferenciar la existencia o la ausencia de vínculos entre poderdante y apoderado. Ya que mientras el mantenimiento del vínculo permite hacer descansar la protección jurídica en razones de solidaridad y utilidad, en el carácter interino o

⁴⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1108.

⁴⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 303. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 1870.

⁴⁸⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1111. En RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 995, habla de efectos provisionales, que para Ihering y Fitting, eran “efectos preliminares”.

provisional de determinadas situaciones o en la expectativa jurídica; la ausencia total de poder solo se justifica por razón de la apariencia.

El ordenamiento jurídico establece expresamente notas acerca de la responsabilidad del representante extralimitado: art. 1698 CC (la falta de poder aludida en el precepto puede interpretarse como falta total, inexistencia, o parcial, extralimitación), art. 1725 CC, art. 247 CCo. Y en el mismo sentido se pronuncian otras compilaciones⁴⁸⁷ y propuestas normativas internacionales⁴⁸⁸.

VII. 3.- Conclusión

Tras el estudio de las anteriores teorías podemos concluir diciendo que el negocio extralimitado es un negocio incompleto por falta del elemento legitimador. Mientras no se otorga la ratificación por parte del *dominus*, el tercero puede revocarlo; mientras éste no revoca, aquél puede ratificar. Si concurre la ratificación, el negocio se perfecciona y, una vez constan todos sus elementos, deviene válido y eficaz. En caso contrario, es necesario el ejercicio de un acto privado (revocación) o de una acción judicial de nulidad para destruir los efectos derivados de la irregularidad del negocio en formación.

⁴⁸⁷ Parágrafo 179 BGB: “La persona que haya celebrado un contrato como representante, si no acredita su poder de representación, se obliga frente a la otra parte, a elección de ésta, a ejecutar el contrato o a abonarle los daños, siempre que el principal no ratifique el contrato. Si el representante desconocía su falta de poder de representación, estará obligado a indemnizar únicamente el daño que sufra la otra parte como consecuencia del error, aunque su importe no podrá superar el interés que la otra parte hubiera podido obtener en caso de existir poder suficiente. El representante no es responsable si la otra parte sabía o debía saber la falta de poder. Tampoco será responsable si tuviera capacidad limitada para contratar, a menos que actuara con el consentimiento de su representante legal”.

⁴⁸⁸ Art. 3:204 (2) PECL: “Si el representado no ratifica la actuación del representante como prevé el artículo 3:207, el representante responde del pago de los daños causados al tercero, hasta devolverle a la situación en que se encontraría si el representante hubiera actuado conforme a su poder de representación. Esta norma no será de aplicación si el tercero sabía o no podía ignorar que el representante no gozaba del correspondiente poder”.

La situación que generan las negociaciones llevadas a cabo entre representante y tercero producen ciertos efectos, como queda de manifiesto con la vinculación que para el principal y el tercero tienen durante el estado de pendencia las condiciones pactadas, y por los efectos retroactivos de la ratificación. De modo que esa situación, que trasciende la mera expectativa, no puede desconocerse sin más, sino que precisa de una declaración formal que le ponga fin, ya sea por acuerdo (mutuo disenso), ya sea por resolución judicial (tras el ejercicio de la acción correspondiente).

VIII. LA RATIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EXTRALIMITADO

La figura de la ratificación tiene su origen en la antigua *ratihabitio* romana – *ratihabitio mandato equiparatur*-, y su concepto ha sido elaborado por la doctrina y desarrollado por la jurisprudencia a partir de la STS de 7 de mayo de 1897 (Roj: STS 173/1897; ECLI:ES:TS:1897:173)⁴⁸⁹, con notas peculiares que deslindan ambas instituciones –representación y ratificación- y señalan sus características, si bien reconocen la analogía de algunos de sus efectos⁴⁹⁰.

Se recoge en Las Partidas (Partida VII, Ley 10), en el art. 980 del Anteproyecto de Código Civil español de 1851, y de ahí pasa al actual texto vigente: arts. 439, 1259 segundo párrafo, 1727 segundo párrafo⁴⁹¹, 1892, 1893 CC. También está regulada en la ley 561 CDCFN, en el párrafo 184 *BGB*, en el art. 1156 último

⁴⁸⁹ Resuelve un recurso de casación interpuesto por D. Manuel Rodríguez Compán, contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Madrid a favor de la casa *Benj Winstone and Sons*, representada por don José Gómez Acebo, y donde se discutía acerca de una tercería de mejor derecho frente a los bienes de don Ricardo Mestre. Considera la sala que “la ratificación o confirmación de un contrato hecho por la persona en cuyo nombre se hubiere celebrado por un tercero sin poderes para celebrarlo (o sin poderes suficientes), convalida al contrato desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación, porque ésta recae sobre el acto ya ejecutado, dándolo por bueno y eficaz”. Deduce la ratificación no tan solo de los poderes dados y de otros elementos de prueba no impugnados por el recurrente sino, además, del ejercicio en juicio de las acciones creadas a su favor en virtud del contrato por la persona que debía ratificar el mismo. La expresión entre paréntesis es del doctorando.

⁴⁹⁰ RDGRN 25 mayo 2007, FD segundo, (La Ley 41935/2007).

⁴⁹¹ Este precepto solo se refiere al supuesto de extralimitación aunque la jurisprudencia lo aplica, igual que al resto, tanto a la falta como al exceso de poder.

párrafo del *Code* francés, art. 1399 segundo párrafo del *Codice* italiano y en los arts. 369 y 370 CC argentino, entre otros.

Es una figura de gran utilidad en el ámbito de la representación y le confiere su matiz más peculiar y llamativo. A pesar de la prohibición del primer párrafo del art. 1259 CC, si cabe la ratificación posterior no será requisito necesario el otorgamiento del poder para poder inmiscuirse en los asuntos ajenos⁴⁹².

Núñez Lagos no solo defiende sus virtudes sino que antepone su valor al del poder, cuando asegura que el otorgamiento de poderes cada vez se hace “más inútil y peligroso: el poder especial, por menos de nada, se queda corto e insuficiente; peligroso porque el poder general se presta a abusos de confianza, si no de momento, a la larga, por su absurda duración indefinida, dado que la revocación no es habitual. Con la ratificación, el *dominus* sabe exactamente a qué se obliga y cómo ha interpretado el gestor sus deseos e instrucciones; con el poder lo sabe cuando ya no tiene remedio. Con el poder el *dominus* anticipa una firma en blanco... No en balde, en las relaciones internacionales todavía se sigue el viejo sistema de la ratificación de tratados”⁴⁹³. Albaladejo reconoce estas ventajas para el *dominus*, pero desde el punto de vista del representante y del tercero cree preferible el poder, “ya que asegura que el negocio será del *dominus*, mientras que la ratificación deja inseguro este extremo, hasta que se otorga”⁴⁹⁴. Así concebida opera como instrumento para la representación.

En el polo opuesto se sitúa Gordillo Cañas, para quien la ratificación “no exige ni permite el recurso al mecanismo representativo”⁴⁹⁵. Dicho de otro modo: a pesar de aceptar la figura de la ratificación, considera que no cabe en el ámbito de la

⁴⁹² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, págs. 861 y 862, cuando habla de los requisitos esenciales de la representación, afirma que “el requisito del título no es esencial para la eficacia del negocio celebrado a nombre de otro, porque su falta o insuficiencia puede ser suplida o subsanada... por la ratificación subsiguiente”.

⁴⁹³ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 19 y 20.

⁴⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 794.

⁴⁹⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 41 y 43.

representación, ya que ante un negocio pseudo-representativo por falta o insuficiencia de poder, el consentimiento posterior por parte del *dominus* (ratificación) supone un acto propio. El negocio se perfecciona entre el principal y el tercero, no entre el supuesto representante y el tercero.

No compartimos este criterio ya que el negocio extralimitado se perfecciona entre el representado y el tercero sobre el pacto alcanzado con el representante. Mientras no concurren todos sus elementos, el negocio no produce los efectos que le son propios pero sí los de un negocio irregular o en formación. Negar todo valor a la actuación del representante extralimitado supone equiparar una actuación irregular con otra inexistente. El consentimiento prestado sobre un poder cierto (con su extensión y sus límites), o sea, dentro del marco plenamente representativo, puede tener relevancia en la responsabilidad jurídica y en las obligaciones asumidas. De hecho, el art. 1727 CC dice que el mandante que ratifica el negocio extralimitado se obliga “en lo que el mandatario se haya excedido”, no en cosa distinta.

Por ello creemos compatible la ratificación y la representación, que en el ámbito específico de la extralimitación juega un papel fundamental, porque la posibilidad de ratificar es lo que permite considerar al negocio extralimitado en estado de formación. Si fueran incompatibles, no podrían admitirse las teorías que defienden la integridad negocial⁴⁹⁶. Y si no cupiera la ratificación del negocio extralimitado habría que valorar otras posibilidades de calificación, como la nulidad, por infracción de los límites del poder. Esta vía ulterior mantiene abiertas las puertas a la validez y eficacia de un negocio irregular.

La ratificación podrá ser prestada por el propio representado que posea la capacidad exigida para el negocio que se vaya a ratificar, directamente o a través

⁴⁹⁶ Ver *ut supra* teoría del negocio incompleto, teoría de la *conditio iuris*, teoría de la oferta.

de representante voluntario con poder suficiente, al no exigirse que sea un acto personalísimo, no concurrir norma legal que lo impida ni causa que lo excluya⁴⁹⁷.

Según Álvarez Caperochipi dos son los requisitos de la ratificación: la garantía de autenticidad [STS 30 septiembre 1992 (RJ 1992/7421)] y el conocimiento de su contenido [STS 3 julio 1962 (RJ 1962/3113), 23 diciembre 1992 (RJ 1992/10687)]⁴⁹⁸. Solo aquella declaración de la que quede constancia fehaciente acerca de la identidad del emisor, la realidad de su prestación y fecha, puede ser ratificación. Igual que solo se puede ratificar lo que se conoce, al ser un acto de voluntad.

Rivero Hernández exige, además, legitimación en el momento de su otorgamiento y que se preste en tiempo idóneo: si el dueño del bien objeto del negocio representativo y sobre el que debe recaer la ratificación ha dejado de serlo, la ratificación será ineficaz por falta de legitimación⁴⁹⁹. Este autor plantea el requisito al hilo del acceso de un bien al Registro de la Propiedad, pero el TS amplía el abanico a los casos de sociedad de gananciales, donde actúa como legítimo titular de un bien quien no lo es y, por lo tanto, no puede ratificar⁵⁰⁰. Como la ratificación puede quedar sometida a término, plazo o condición por voluntad de las partes, por los usos o por la naturaleza del negocio representativo, si no se presta en tiempo idóneo –prescripción, caducidad, plazo convencional esencial-, será improcedente.

La lectura de otras sentencias del Tribunal Supremo sugieren también un presupuesto previo: la certeza del contrato de mandato en que se asiente el

⁴⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 236; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 492; SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", pág. 535.

⁴⁹⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1727, pág. 3000.

⁴⁹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Sobre el acceso al Registro de la Propiedad...", pág. 534.

⁵⁰⁰ SSTS 30 septiembre 1992 (Roj: STS 7356/1992; ECLI:ES:TS:1992:7356), (Roj: STS 7418/1992; ECLI:ES:TS:1992:7418) y (Roj: STS 17759/1992; ECLI:ES:TS:1992:17759).

negocio extralimitado susceptible de ratificación. Tres SSTS 30 septiembre 1992⁵⁰¹ contemplan el mismo escenario con diferentes actores: un marido sin poder suficiente que contrata obras en una finca privativa de su mujer con base en un supuesto mandato verbal del que no queda constancia. En este caso lo importante no es tanto el *nomen iuris* del contrato de gestión, ni siquiera la existencia de un negocio bilateral previo, sino tan solo del negocio legitimador (poder) que pueda ser extralimitado y sirva de base a la ratificación ulterior.

VIII. 1.- Naturaleza jurídica

Existen varias teorías en torno a la naturaleza jurídica de la ratificación: quienes la consideran como un apoderamiento *ex post facto* y aquellos que la conciben como forma de asunción del negocio o de sus efectos.

- La primera teoría, es decir, aquella que ve en la ratificación un mandato a *posteriori*, considera que a través de ella se transforma retroactivamente la gestión ajena en contrato⁵⁰². Algunos de los primeros Códigos establecían esta equiparación entre poder y ratificación⁵⁰³.

Hay autores que atribuyen a la ratificación una eficacia mayor que al apoderamiento, ya que mientras el poder es una autorización genérica para la celebración de un acto o negocio ulterior, la ratificación establece una relación

⁵⁰¹ SSTS 30 septiembre 1992 (Roj: STS 7340/1992; ECLI:ES:TS:1992:7340), (Roj: STS 7359/1992; ECLI:ES:TS:1992:7359) y (Roj: STS 17756/1992; ECLI:ES:TS:1992:17756).

⁵⁰² A este grupo pertenecen, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 491; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 220. TRAVIESAS, M., “La representación voluntaria”, RDP volumen 11, 1922, pág. 205, afirma que la representación voluntaria reposa en un negocio jurídico: el apoderamiento o la ratificación. COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., “La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones, Sociedades, etc.)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 15/2001, Pamplona, 2001, pág. 1. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, pág. 212, no hablan expresamente de apoderamiento posterior sino de que la ratificación equivale al poder.

⁵⁰³ Es el caso del CC argentino de 1869, cuyo art. 68 establecía que la ratificación equivale al mandato; o del art. 269 CC de la República Socialista Federativa de los Soviets.

contractual⁵⁰⁴. Para otros el poder sería, en todo caso, una ratificación a *priori*, ya que históricamente la *ratihabitio* fue anterior al poder⁵⁰⁵.

Una variante de ésta, es la teoría que defiende la ratificación como un acto distinto y autónomo respecto del poder, pero que produce el mismo efecto de convertir el título en cuya virtud actúa el gestor, transformándolo en mandato con carácter *ex tunc*⁵⁰⁶.

Tanto el poder como la ratificación son dos negocios jurídicos de carácter unilateral que aportan a la representación el elemento interno, causal o justificativo. Pero mientras uno se ejerce a través de intermediario (el apoderado), la otra se presta directamente por el titular de la relación jurídica (el *dominus*). Se ha dicho que mediante el poder el representado confiere facultades de representación y con la ratificación hace suyos los efectos de un negocio celebrado sin poder⁵⁰⁷. No obstante, para que esto sea así, es decir, para que el *dominus* pueda asumir los efectos del negocio representativo, es necesario que preste un consentimiento que lo perfeccione, transformando el negocio incompleto en válido y eficaz. No los asume sin más. Y teniendo en cuenta que la extralimitación comporta un poder infringido, la ratificación en la extralimitación exige un doble acto legitimador por parte del principal: el previo del poder y el posterior de la ratificación.

El apoderamiento se otorga con carácter previo al negocio jurídico representativo, tiene una vocación de futuro, confiere al apoderado la facultad y legitimación (o la obligación, si nace de un contrato bilateral) para gestionar sus intereses de forma más o menos genérica y comporta el riesgo de extralimitación. La ratificación, en cambio, participa de la naturaleza de la

⁵⁰⁴ ROCA SASTRE, R.M^a., y PUIG BRUTAU, J., “La ratificación”, en *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos, Tomo I*, Madrid, 1948, pág. 471.

⁵⁰⁵ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 47.

⁵⁰⁶ Según NÚÑEZ LAGOS, R., *ut supra*, pág. 45, a este grupo pertenece *Sanfilipo*.

⁵⁰⁷ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “La representación sin poder...”, pág. 40.

aprobación y se dirige al pasado, recae sobre un negocio ya celebrado y los riesgos se minimizan –quedan a salvo los negocios jurídicos de tracto sucesivo o que produzcan efectos futuros-. Por este motivo solo cabe extralimitar el poder, nunca la ratificación.

- La segunda teoría entiende la ratificación como un modo de asumir el negocio o sus efectos por parte del *dominus*, incluida la responsabilidad. Admite, por tanto, dos subgrupos: al primero de ellos está formado por quienes ven en la ratificación una figura jurídica distinta al apoderamiento, mediante la que una persona hace suyo un negocio que ha sido concluido por otra⁵⁰⁸. Con el poder el *dominus* autoriza a otra persona para que interfiera sobre su esfera jurídica privada; con la ratificación el supuestamente representado ejercita directamente y por sí mismo su autonomía privada admitiendo como propia la actuación ajena. El primer caso es un fenómeno de heteroeficacia representativa, pero en el segundo el principal directamente (sin heteroeficacia) hace suyos los efectos de un acto que hasta ese momento podía ser considerado ineficaz. Esta posición ha sido defendida por la DGRN⁵⁰⁹.

Al segundo subgrupo, quienes ven en ella la asunción de unos efectos, pertenece Díez-Picazo⁵¹⁰, que la concibe como una declaración de voluntad por la que el *dominus*, a través de su consentimiento, acepta en su provecho los actos realizados por el representante sin autorización, completando así un

⁵⁰⁸ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 533; HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010, pág. 1376; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 359. Aunque RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 994, reconoce idéntica función negocial al poder y a la ratificación; BÁDENAS CARPIO, J.M., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 2159; En GALGANO, F., y VISINTINI, G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, Editore Bologna, Il Foro Italiano, Roma, 1993, arts. 1398-1399, pág. 327; ROCA SASTRE, J.M^a, y PUIG BRUTAU, J., “La gestión de negocios ajenos sin mandato”, en *Estudios de Derecho privado*, op. cit., pág. 470. Definen la ratificación como declaración unilateral por la que una persona hace suyo un negocio jurídico que, sin poder o con extralimitación, otra persona ha concluido por él.

⁵⁰⁹ RRDGRN 7 mayo 2013 (BOE 3 junio 2013), 8 mayo 2013 (BOE 6 junio 2013), 28 mayo 2013 (BOE 1 julio 2013), 2 noviembre 2016 (BOE 22 noviembre 2016).

⁵¹⁰ DíEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 440.

negocio con eficacia provisional. León Alonso, para quien supone también la prestación *ex post facto* del elemento consensual [STS 18 marzo 1993 (RJ 1993/2024)], lo que permite asumir “como propios unos efectos que sin ella no dejarían de ser claudicantes”⁵¹¹. O Núñez Lagos, quien defiende la “asunción retroactiva (por el *dominus*) de los efectos de un contrato concluido por otro (*procurator*)”⁵¹².

Gordillo Cañas critica las anteriores teorías, especialmente la doctrina de la asunción del negocio o de sus efectos, ya que no se puede asumir un negocio que en realidad no existe, ni tampoco los efectos que de él derivan⁵¹³.

Otros autores defienden posturas más eclécticas:

- Asegurando que la ratificación “es la declaración unilateral de voluntad recepticia del representado, de querer para sí el negocio que se celebró en su nombre sin poder”, al tiempo que sostienen su equiparación al apoderamiento “consistiendo su peculiaridad en ser otorgada a *posteriori*”⁵¹⁴.

- Defendiendo que la ratificación es una aprobación *ex post facto* por el dueño del negocio de lo hecho por otro a nombre suyo, sin poder o excediéndose de los poderes recibidos⁵¹⁵. Para asumir un negocio o sus efectos es necesario partir de su validez. Y para que esto suceda hace falta, cuanto menos, la concurrencia de todos sus elementos. Con la aprobación el representado completa el negocio celebrado entre representante y tercero aportando su consentimiento. De este modo la ratificación es el acto legitimador que da validez

⁵¹¹ LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil..., pág. 7. También GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9042.

⁵¹² NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 20.

⁵¹³ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 337.

⁵¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, págs. 793 y 794; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 427.

⁵¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. 1, Vol. II...*, pág. 863.

y eficacia al negocio representativo, aunque no llegan a identificarla con el apoderamiento.

- Al concebirla como un mecanismo legal para el aprovechamiento de la actuación ajena. Viendo en ella un medio que “realísticamente, el ordenamiento pone a disposición del *dominus* para que aproveche, si quiere, la actuación –con relevancia hasta entonces de mero hecho- del pseudo-representante”⁵¹⁶.

- Con posturas intermedias, al decir de ella que es un mecanismo jurídico que perfecciona y completa el negocio. Aporta al negocio representativo la voluntad del *dominus*, que es precisamente lo que le faltaba y lo hacía incompleto, imperfecto y, por tanto, ineficaz⁵¹⁷.

Fuera de nuestras fronteras, se ha dicho que es “el acto posterior del mandante por el cual este le da validez a lo actuado en exceso por el mandatario”⁵¹⁸. *Milazzo* habla de “procura successiva”, que sana el defecto inicial impidiendo el efecto de la ineficacia derivado de la falsa representación, pero no sirve para crear un mandato⁵¹⁹.

⁵¹⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 339, que alude también a *Betti*.

⁵¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, págs. 304 y 305, a medio camino entre Castán y Gordillo. Describe gráficamente el papel que desempeña la ratificación diciendo: “la ratificación es, así, una especie de clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo negocial y perfecto el negocio (complejo, de formación sucesiva); sin ella todo lo demás se viene abajo, pues lo preparado antes queda sin titular que lo recoja, sin destino, sin valor trascendente”.

⁵¹⁸ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 109.

⁵¹⁹ MILAZZO, A., *Falsus procurator...*, págs. 27, 158 y 159. Asegura que viene a ser una forma de reconducir el comportamiento del sujeto ratificante.

¿Qué dicen los tribunales al respecto? Pues como regla general defienden la teoría de la *conditio iuris*⁵²⁰, aunque hay resoluciones peculiares que la denominan “acto de declaración de conformidad”⁵²¹.

Desde nuestro punto de vista, la ratificación es un negocio jurídico con el que se perfecciona otro negocio jurídico –el representativo-, que se asemeja al poder en la concesión de legitimación, pero acusa marcadas diferencias. En principio, el orden natural de la institución propiciado por el art. 1259.1 CC, dice que la representación se forma a través de un acto legitimador previo y de otro representativo posterior, pero nada empuja la inversión de la fórmula⁵²². Lo importante es la concurrencia de la voluntad del *dominus* en el acto o negocio jurídico realizado por otro y que va a afectar a su esfera personal o patrimonial, no rigiendo el principio de unidad de acto y siendo secundario el orden en que las voluntades concurrentes -representante, representado y tercero cocontratante- se presten. El negocio representativo precisa de la voluntad del principal, del tercero y, según la mayor parte de la doctrina, del representante; es decir, tres consentimientos derivados de su naturaleza compleja. En caso de que el consentimiento sea previo al negocio representativo, el apoderamiento exige el consentimiento del representado, un objeto cierto y una causa lícita; posteriormente es necesario el consentimiento de representante y tercero cocontratante, objeto cierto y causa lícita en el negocio representativo; aunque para que este negocio sea para el poderdante y no para el apoderado, ha de estar guiado por otra causa mediata, superior, que actúa como un principio inmanente sobre ambos negocios jurídicos individuales.

⁵²⁰ Ver *ut supra* nota 425.

⁵²¹ ATACP (Rec. 77/2013), La Ley 189485/2013, si bien se trata de un órgano de naturaleza administrativa comentando una teoría civil.

⁵²² RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, págs. 1115 y 1123, considera que lo importante es la concurrencia del elemento volitivo, siendo indiferente que se otorgue antes del negocio representativo (poder) o sea posterior (ratificación), ya que el ordenamiento jurídico prevé como algo norma el negocio en espera de ratificación. De este modo la ratificación actúa como clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo y perfecto el negocio.

En la extralimitación ratificada, el negocio celebrado entre representante (hasta ese momento, pseudo-representante en el exceso) y tercero cocontratante no solo necesita del consentimiento del principal sino también de la causa que llamábamos mediata; solo así los efectos repercutirán en él y no en el representante, que es la verdadera parte negocial. Sin esta causa no cabría –ni sería necesario- el consentimiento de quien no es parte en el negocio representativo. Si se admite es precisamente porque el negocio no es para quien contrató con el tercero, sino para quien presta el consentimiento guiado por una causa cierta y lícita –art. 1275 CC-.

Podría pensarse que, a diferencia de la inexistencia de poder, por no haber existido nunca o por extinción, esta teoría no sería de aplicación a la extralimitación, que cuenta con un poder aunque insuficiente. Este poder le dotaría de esa causa legitimadora y mediata a la que aludimos. Pero incluso, en este supuesto, la causa sigue al poder y tiene su mismo alcance, es decir, que tanto el poder como la causa quedan cortos y el nuevo consentimiento que trate de completar el anterior debe ir presidido por una causa complementaria. El consentimiento sin causa no produce efecto alguno (art. 1275 CC). Cuestión distinta es la consideración que cada cual mantenga acerca de un elemento tan difuso como la causa, pero que no puede obviarse en tanto el Código siga manteniéndolo como esencial en el contrato.

Gordillo cuestiona la asunción de un negocio que no existe o de sus efectos, al entender que el pretendido negocio representativo no es tal. Estamos de acuerdo en que no existe verdadero negocio representativo, desde el momento en que el fin que guía al contrato celebrado en nombre e interés propio difiere del que se celebra en nombre y/o en interés de otro, sin la debida legitimación. No compartimos la idea defendida por esta teoría, que limita la ratificación a una mera declaración de voluntad, donde el principal pasa a ocupar la posición de parte –más ficticia que real- en el negocio representativo, asumiendo para sí lo hecho por otro en su interés. Pero tampoco aceptamos la tesis de Gordillo, quien siguiendo los postulados de la protección de la apariencia, relega la actuación

privada, primando su condición de mecanismo legal que permite al particular servirse de los efectos de lo actuado por otro.

En cualquier caso, la ratificación debe ser inequívoca. La simple demora o transcurso del tiempo para el ejercicio de la acción no puede suponer nunca consentimiento⁵²³. Lo que no impide la admisibilidad de la ratificación tácita o que el negocio causal sea verbal –por ejemplo, mandato verbal⁵²⁴; véanse las SSTs 11 octubre 1990 (RJ 1990/7856) y 28 mayo 1991 (RJ 1991/3937), entre otras-.

VIII. 2.- Clasificación

Núñez Lagos distingue entre ratificación propia o ratificación de negocios jurídicos (a la que se refieren los arts. 1259 y 1892 CC) y ratificación de gestión o aprobación (regulada en los arts. 1727 y 1893 CC) Para este autor la ratificación propia afecta a las relaciones externas (o representativas) mientras que la aprobación se dirige al gestor y queda, por tanto, en el ámbito interno. En el primer supuesto, dice, el negocio ratificable existe antes de la ratificación, pero únicamente entre procurador y su contraparte; no con el *dominus*, pero sí para el *dominus*⁵²⁵. También admite la distinción entre voluntaria, derivada de la voluntad del principal (arts. 1259, 1727 y 1892 CC), y forzosa, fundada en razones de utilidad o *utiliter coeptum* (arts. 1715 y 1893 CC)⁵²⁶.

⁵²³ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 922.

⁵²⁴ GIL CORTIELLA, A., “Del mandatario verbal...”, pág. 2.

⁵²⁵ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 10 y 21.

⁵²⁶ También distingue entre expresa y tácita LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 305.

La mayor parte de la doctrina habla de ratificación expresa y tácita⁵²⁷. También la jurisprudencia⁵²⁸ y la DGRN⁵²⁹ han asumido esta clasificación.

Colás Escandón diferencia entre la ratificación voluntaria, otorgada por la propia voluntad del representado –arts. 1259, 1727 y 1892 CC-, y ratificación legal o forzosa –art. 1893 CC-⁵³⁰; así como entre expresa y tácita⁵³¹.

Para Castán, la ratificación puede ser voluntaria y forzosa o legal, expresa o tácita, dándose esta última cuando el poderdante se aprovecha de los actos celebrados con extralimitación del poder y, en general, siempre que se desprenda de actos concluyentes de carácter inequívoco⁵³².

El empleo de esta terminología y las distinciones apuntadas nos llevan a acometer un doble examen: por un lado, tratar de distinguir la ratificación de otros conceptos afines; por otro, a analizar los supuestos más conflictivos.

⁵²⁷ Díez Picazo, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, págs. 491 y 492; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 794; SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 536; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1727, pág. 1870; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 3000.

⁵²⁸ SSTS 7 mayo 1897, 20 junio 1947 (RJ 1947/446), 5 abril 1950 (RJ 1950/990), 16 marzo 1954, 25 marzo 1968 (RJ 1968/3408), 22 diciembre 1977 (RJ 1977/4837), 6 abril 1990 (RJ 1990/2703), 23 octubre 1990 (RJ 1990/8040), 13 mayo 1991 (RJ 1991/3664), 3 marzo 1992 (RJ 1992/2155), 25 abril 1992 (RJ 1992/3413), 5 noviembre 1993 (RJ 1993/8968), 25 febrero 1994 (RJ 1994/1263), 17 julio 1995 (RJ 1995/5708), 2 octubre 1995 (RJ 1995/6976), 7 abril 1998 (RJ 1998/2316), 14 octubre 1998 (RJ 1998/8374), 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10481), 6 febrero 1999 (RJ 1999/640), 18 marzo 1999 (RJ 1999/1858), 18 mayo 1999, 26 octubre 1999 (RJ 1999/7625), 26 julio 2001 (RJ 2001/8428), 22 octubre 2002 (RJ 2002/10060), SAP Alicante 13 octubre 1981 (La Ley 12735-JF/0000).

⁵²⁹ RRDGRN 11 diciembre 1997 (RJ 1997/8822) –que se remite a otra anterior de 26 julio 1905- y 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10481), entre otras.

⁵³⁰ COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., “La incidencia de la ratificación en diversas figuras...”, pág. 2

⁵³¹ COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., *La ratificación*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 369 y 370.

⁵³² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, págs. 863 y 864.

VIII. 2.1.- Diferencias entre ratificación y otros conceptos afines

A pesar de que a veces se emplean como términos sinónimos, conviene distinguir la ratificación de otras figuras análogas, con el fin de perfilar sus contornos y precisar su concepto.

VIII. 2.1.1.- Aprobación

Los tratadistas de la gestión de negocios sin mandato refieren la aprobación a la relación interna de gestión mientras que la ratificación se emplea en las relaciones externas⁵³³, lo que permite que puedan operar con independencia: cabe ratificar frente a terceros contratos concluidos por el gestor en interés del principal sin aprobar la gestión interna. Por ejemplo, el gestor contrata en nombre del principal diversos arrendamientos, que el *dominus* acepta frente a los nuevos inquilinos, pero no así el modo de proceder, exigiéndole por ello responsabilidad.

El Derecho alemán denomina aprobación a la ratificación, que “convalida” los negocios celebrados sin representación o con extralimitación del poder, y puede ser tanto interna –dirigida al representante-, como externa –dirigida al tercero- (parágrafo 166 aplicado por analogía y 182, ambos del *BGB*)⁵³⁴.

⁵³³ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 21 a 23; PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 207; ANDRÉS SANTOS, Fº.J., “Comentario de los artículos 1888 a 1894 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010, art. 1892, pág. 2034.

⁵³⁴ MORÓN KAVANAGH, Mª.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 150. No obstante, también es cierto que el *BGB* denomina aprobación previa al poder (parágrafo 183).

En cambio, para otros autores el objeto de la ratificación es el negocio y no la aprobación de la gestión del representante como algo independiente⁵³⁵.

Desde nuestro punto de vista, el esquema extraído de la gestión de negocios ajenos no puede aplicarse sin más a la representación. El poder, como tal, solo está sometido a límites, que determinan lo que el representante está facultado a hacer. Si el apoderado decide hacer uso del poder solo queda sujeto a las obligaciones derivadas de la buena fe en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, pero no infringe unas instrucciones inexistentes. De ahí que no quepa la aprobación interna o la exigencia de responsabilidad por algo que no se pactó o que no es legalmente exigible. En caso de extralimitación, el *dominus* solo puede ratificar o negarse a hacerlo.

Solo cuando este poder se inserta en un contrato de gestión, el principal puede exigir al representante que cumpla su encargo y, si dicta instrucciones, que actúe de una determinada forma. Aquí el *dominus* sí se puede distinguir la ratificación frente al tercero de la aprobación interna. La primera, referida a los límites y que recae sobre el negocio representativo; la segunda, relativa a las instrucciones y que afecta a la gestión. Aunque también puede entenderse que esta posibilidad no es legalmente admisible porque asumir *ad extra* todos los derechos y obligaciones derivados del negocio representativo, compensando sus efectos con los derechos reclamados *ad intra* al gestor por su mal proceder, equivaldría a una ratificación parcial del negocio extralimitado.

De admitir la distinción aprobación interna/ratificación externa, tampoco cabría copiar el esquema de la gestión de negocios porque mientras el gestor actúa espontáneamente y queda sujeto a los derechos y deberes impuestos por los arts. 1888 a 1891 CC; la extralimitación, como representación insuficiente, surge de una actuación legítima y, a menudo, contractual. Aunque los arts. 1726 y 1889

⁵³⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil...", art. 1727, pág. 1870.

CC permiten a los tribunales moderar la responsabilidad del mandatario – representante- y del gestor con base en las circunstancias del caso, parten de posiciones desiguales frente al *dominus*.

VIII. 2.1.2.- Convalidación

La convalidación es el fenómeno por el cual las partes quedan vinculadas por un contrato originariamente inválido, en virtud de un hecho posterior⁵³⁶. Hay autores que identifican, aunque sea parcialmente, convalidación y ratificación⁵³⁷. Santos Briz dice que si los padres celebran un contrato de venta de bienes inmuebles en nombre del menor sin recabar autorización judicial, el contrato es, según el artículo 166 CC, “nulo y puede convalidarse cuando aquél llegue a la mayoría de edad, pero no a través de autorización judicial posterior a la venta, pues esta autorización ha de preceder al contrato”⁵³⁸.

Nuestra jurisprudencia, a pesar de haber confundido en ocasiones convalidación y ratificación⁵³⁹, otras veces las distingue⁵⁴⁰.

⁵³⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos...*, pág. 335.

⁵³⁷ HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 1376.

⁵³⁸ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 922.

⁵³⁹ Véanse las SSTS 7 mayo 1897, 25 junio 1946 (RJ 1946/838), 16 abril 1952 (RJ 1952/2103), 31 enero 1978 (RJ 1978/229), 23 octubre 1980 (RJ 1980/3635), 12 diciembre 1989 (RJ 1989/8821) -en este caso por omisión, ya que la recurrente identifica la ratificación con la convalidación y el tribunal no se pronuncia acerca de este extremo, hablando en todo momento de ratificación), 28 mayo 1991 (Roj: STS 2758/1991; ECLI:ES:TS:1991:2758) y (Roj: STS 16067/1991; ECLI:ES:TS:1991:16067).

⁵⁴⁰ SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940/1135), 25 junio 1946 (RJ 1946/838). Ver la STS 6 marzo 1909 (JC, 1^a serie, parte 3^a, T. XXXII, Vol. II, n.º 11), cuando declara la nulidad de los contratos celebrados entre padres e hijos, no susceptible de confirmación; rechaza los argumentos ofrecidos por la parte en los motivos octavo, noveno, décimo y undécimo, al confundir confirmación y ratificación, “suponiendo confirmable un contrato en el que faltan en absoluto sus esenciales condiciones” y “porque además se establece en ellos una confusión inadmisibles de casos perfectamente distintos –que un padre contrate con su hijo, que el padre represente al hijo para contratar con un tercero, que padre e hijo defiendan intereses comunes, que los menores que contratan con terceros puedan en su día consolidar los contratos defectuosos, que uno se arrogue la representación de un extraño para contratar y la existencia de defectos personalísimos susceptibles de subsanación complementaria-”. La STS 22 octubre 1999 (RJ 1999/7621), FD 2º, tercer párrafo, dice : “No cabe confundir la ratificación del párrafo 2º del artículo 1259 (artículos 1309 y siguientes) con la confirmación de los contratos anulables”.

VIII. 2.1.3.- Confirmación

La confirmación es la única modalidad de convalidación de los contratos regulada en el Código. Opera mediante una declaración de voluntad de quien podría invocar la causa de invalidez. Sólo son confirmables los contratos anulables⁵⁴¹.

Hay autores que confunden confirmación y ratificación o bien, ante una extralimitación, se decantan por el primer concepto. Es el caso de Mariño Pardo, quien a propósito del carácter recepticio de la ratificación, sostiene que participa “de la misma naturaleza, al menos en esta cuestión, de la confirmación de un contrato anulable”⁵⁴². León Alonso, para quien ante una actuación conscientemente excesiva o abusiva, más que ratificar el mandante estaría confirmando lo que de otro modo podría constituir un negocio nulo, al menos parcialmente, ex art. 1259⁵⁴³. O De Pablo Contreras, al asegurar que los representantes del incapaz que, “como sabemos” –dice-, pueden ejercitar la acción –referida a la anulabilidad-, pueden también confirmar el contrato⁵⁴⁴.

Sin embargo, y aun admitiendo su similitud en algunos aspectos⁵⁴⁵, desde nuestro punto de vista no son conceptos sinónimos ni cabe establecer entre ellos una relación de género-especie. La confirmación exige la existencia de un negocio perfecto que adolece de un vicio no esencial, mientras que la ratificación

⁵⁴¹ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos...*, pág. 333.

⁵⁴² MARIÑO PARDO, F., La ratificación de la actuación sin poder. Sus efectos frente a terceros, en <http://www.iurisprudente.com/2014/06>, pág. 2.

⁵⁴³ LEÓN ALONSO, J., *Derecho Civil...*, pág. 7.

⁵⁴⁴ DE PABLO CONTRERAS, P., “Ineficacia e invalidez...”, pág. 497.

⁵⁴⁵ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos...*, pág. 361.

implica un negocio jurídico no perfecto, al que falta uno de sus elementos esenciales⁵⁴⁶.

La jurisprudencia apunta que la ratificación supone un saneamiento posterior de los negocios, que les viene por tanto a dar plena validez, como si se hubieran celebrado con apoderamientos legales y suficientes; mientras que la actividad confirmatoria purifica los posibles pactos anulables, bien convalidando los vicios originarios de que adolecen, bien mediante la denegación y renuncia de las acciones de anulabilidad que asisten a los interesados [STS 17 junio 1991 (RJ 1991/4469)].

VIII. 2.1.4.- *Utiliter*

La ratificación parte de una declaración o de un comportamiento basados en la voluntad expresa o tácita del principal y, por ello, su justificación es de naturaleza subjetiva⁵⁴⁷; recae sobre todo el negocio –no se admite la ratificación parcial- y comporta la asunción de los derechos y obligaciones, tanto en lo que favorezca como en lo que perjudique el principal.

La *utiliter* deriva “de un automatismo superior”⁵⁴⁸, atiende al interés y el ordenamiento jurídico la objetiviza con la finalidad de solventar las discrepancias que puedan surgir en su percepción; solo obliga a asumir las ventajas de lo actuado y solo por ellas se contraerán las obligaciones⁵⁴⁹. Se ha dicho de la

⁵⁴⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, pág. 1840.

⁵⁴⁷ En palabras de BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Derecho civil. Contratos. Los cuasicontratos. La gestión de negocios sin mandato*, pág. 12, la ratificación “da vida, ex voluntate a una obligación”. Para PARRA LUCÁN, M^a. A., “La gestión de negocios ajenos”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, pág. 844, la gestión útil y provechosa (o *utiliter*) no es una ratificación tácita, por lo que no es precisa ninguna manifestación de voluntad.

⁵⁴⁸ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 504.

⁵⁴⁹ En la “gestión de indemnidad” de la que habla BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Derecho civil...*, pág. 12, contemplada en el segundo párrafo del art. 1893 CC, se obliga al “dueño de los bienes o negocios” cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y

actuación ventajosa (o *utiliter*) es una exigencia propia de la relación representativa en virtud de los arts. 7.1, 1258 y 1715 *ad maiorem* CC⁵⁵⁰.

VIII. 2.2.- Supuestos controvertidos

Con este epígrafe queremos poner de manifiesto no tanto la admisibilidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de ciertas modalidades de ratificación sino el empleo que a veces se hace de ellas, ya que pese al mayor o menor consenso conceptual se utilizan de forma poco precisa.

VIII. 2.2.1.- Ratificación tácita⁵⁵¹

Se ha dicho de ella que no es propiamente ratificación sino hechos consumados por el *dominus* que justifican la gestión e implican la aprobación de la intromisión y de la gestión asumida⁵⁵².

Lacruz cree que la ratificación tácita se deduce de hechos concluyentes⁵⁵³, entre los que puede darse como caso más frecuente en la práctica, el

manifiesto, "aunque de ella no resultase provecho alguno". No obstante, la evitación de un perjuicio es equiparable a la obtención de una ventaja.

⁵⁵⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., "Comentario del artículo 1259 del Código Civil...", pág. 9043.

⁵⁵¹ Dentro de este grupo podemos incluir tanto la ratificación tácita como la presunta. La primera, deducida de un hecho que no podría realizarse sin el consentimiento del *dominus*. La segunda, a través de un proceso intelectual que trata de sacar unas consecuencias de unos hechos, es decir, descubrir hechos desconocidos partiendo de otros posteriores que sí son conocidos. Desde este punto de vista, en este apartado nos referimos a toda ratificación que derive de actos inequívocos respecto de la voluntad del principal, sean o no necesarios para la perfección del negocio jurídico extralimitado.

⁵⁵² NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 25.

⁵⁵³ LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. Tercero...*, pág. 305, y ofrece en apoyo de su tesis las SSTS 6 abril 1934 (Roj: STS 1246/1934; ECLI:ES:TS:1934:1246), 15 junio 1966 (RJ 1966/3108), 23 octubre 1990 (RJ 1990/8040), 5 noviembre 1993 (RJ 1993/8968) y 2 octubre 1995 (RJ 1995/6976). En este sentido también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 492. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1715, pág. 2982, más que de ratificación tácita habla de ratificación presunta, aunque en las

aprovechamiento por el *dominus* de los efectos del acto realizado por el gestor sin poder. Mientras que Busto Lago incluye como supuestos de ratificación tácita, aquellos donde el mandante se aprovecha de los actos celebrados por el mandatario extralimitándose de las facultades conferidas, así como aquellos otros derivados de sus actos concluyentes y de sus actos inequívocos⁵⁵⁴.

Para el TS la expresión más elemental de ratificación tácita es aprovechar los efectos de lo convenido en el contrato⁵⁵⁵.

El CC español admite la ratificación tácita en el art. 1727, también recogida por el art. 1998 CC francés y por el art. 371 del Código Civil y Comercial argentino. Otros no aluden a ella sino que la engloban dentro del concepto genérico de “ratificación” (art. 1399 del Código italiano), los que parecen excluirla (parágrafo 177 *BGB*) y los que sustituyen el concepto de ratificación tácita por el de presunta (como es el caso del art. 1163 del Código portugués⁵⁵⁶).

Los cambios normativos previstos en el art. 1288 tercer párrafo PMCC, en el art. 5112-3.3 de la propuesta de Libros V y VI CC y en el art. 1132-3.2 el borrador de Libro I CC, también recogen esta posibilidad; si bien el primero y el último son

págs. 2968 y 2969, a propósito del comentario al art. 1710, confunde el mandato tácito y el mandato presunto (punto 3), reiterando esta analogía en la pág. 2970.

⁵⁵⁴ BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3508. Cita las SSTS 14 junio 1974 (RJ 2637/1974), 23 octubre 1990 (RJ 8040/1990), 27 diciembre 1999 (RJ 9377/1999) y 13 junio 2002 (RJ 4891/2002).

⁵⁵⁵ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 504 y 505. LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, art. 1715, págs. 1539 y 1540, quien alude a la STS 5 febrero 1982. De Amunátegui Rodríguez cita las SSTS 18 diciembre 2007 (RJ 2007/9040) y 6 junio 2008 (RJ 2008/4241). A estas podemos añadir otras más recientes: SSTS 7 octubre 2014 (Roj: STS 4241/2014; ECLI:ES:TS:2014:4241); 20 mayo 2016 (Roj: STS 2361/2016; ECLI:ES:TS:2016:2361), en esta sentencia el TS habla de ratificación o confirmación tácita; o 21 noviembre 2016 (Roj: STS 5125/2016; ECLI:ES:TS:2016:5125).

⁵⁵⁶ Art. 1.163: “Comunicado el cumplimiento o incumplimiento del mandato, el silencio del mandante por tiempo superior a aquél al que tendría que pronunciarse según los usos, o a falta de estos, de acuerdo con la naturaleza del asunto, vale como aprobación de la conducta del mandatario, aun cuando éste haya excedido los límites del mandato o incumplido las instrucciones del mandate, salvo pacto en contrario”.

más explícitos, al identificar la ratificación tácita con los actos concluyentes del principal y exigir el aprovechamiento de ventajas⁵⁵⁷.

VIII. 2.2.2.- Ratificación forzosa

Junto a la ratificación voluntaria, que es aquella surgida de la voluntad, consciente y libre, del *dominus*, encontramos la ratificación forzosa. Este concepto admite dos acepciones:

Aquella que la ley impone al *dominus* cuando la gestión haya sido emprendida *utiliter coeptum* o *utiliter gestio*. Como ocurre con el caso contemplado en el art. 1893 CC⁵⁵⁸.

Y la que se produce cuando el representado tenía obligación de conferir poder al representante, en cuyo caso éste tiene derecho a exigir de aquél el otorgamiento de la aprobación y aun forzarla, en caso de negativa. Es el supuesto contemplado en el art. 894 del Código Procesal alemán⁵⁵⁹.

El aprovechamiento de ventajas puede estar presente tanto en la ratificación forzosa como en la tácita, pero no debemos confundir ambos supuestos. Esta se basa en la voluntad del principal deducida de hechos concluyentes; aquélla, en cambio, se impone al *dominus* y sus efectos se aplican aún en contra de su voluntad. De modo que si ante una situación dada el representante se ha extralimitado, el principal ha hecho uso del negocio representativo así concluido, cumpliendo también las obligaciones que le corresponden, habrá ratificación

⁵⁵⁷ Art. 1288 PMCC: “La ratificación puede ser expresa o resultar de actos concluyentes. Se entiende que hay ratificación si el representado aprovecha las ventajas derivadas de las obligaciones contraídas en su interés”. Art. 1132-3.2 del borrador: “Se entienden ratificados los actos cuyos efectos aprovecha la persona en cuyo nombre se han celebrado”.

⁵⁵⁸ STS 13 mayo 1991 (RJ 1991/3664).

⁵⁵⁹ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 151.

tácita; pero si se sirve del negocio extralimitado (aprovechamiento de ventajas) oponiendo la extralimitación para tratar de eludir el cumplimiento de lo debido, la contraparte puede exigirle que cumpla y, el representante, el abono de los gastos necesarios y útiles y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su encargo.

El segundo supuesto pone de relieve que no cabe confundir ratificación forzosa con legal, ya que mientras ésta tiene su origen en la ley, aquélla puede surgir de la voluntad de las partes (arts. 1091, 1255 a 1258 CC).

Para que concurra la ratificación forzosa no basta con la actuación extralimitada del representante, con la utilidad recibida por el *dominus*, o con el pacto alcanzado con el tercero o con quien le sirve de intermediario. Es necesario que el tercero actúe con buena fe y diligencia, pues en otro caso no existen razones para dar prioridad a su interés frente al del principal y aún menos forzar la voluntad jurídica de éste.

VIII. 2.2.3.- Ratificación impropia

A veces se confunde la ratificación con la renuncia a la impugnación de un acto y a la acción reivindicatoria, como sucede en la venta de cosa ajena, donde el falso representante vende algo que no le pertenece y aquél por cuya cuenta se contrató, en vez de impugnar el acto presta su consentimiento frente a la contraparte en el supuesto negocio jurídico representativo, celebrando así un nuevo negocio jurídico donde las verdaderas partes contractuales son el principal y el tercero. Aunque no comparta la idea, Núñez Lagos asegura que “en la convalidación de la venta de cosa ajena, se suele decir que el *dominus* ratifica”⁵⁶⁰. Ni defendemos, ni acabamos de comprender esta postura, desde el

⁵⁶⁰ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 23.

momento en que la ratificación exige una actitud activa tendente a dotar validez y a asumir los efectos de un negocio jurídico concluido por otro, no a utilizar las negociaciones ajenas para concluir un negocio propio.

También se ha empleado el término ratificación impropia para aludir a la que se produce en el ámbito de la representación indirecta, donde el principal queda fuera del efecto contractual que liga a representante y tercero en el negocio representativo extralimitado⁵⁶¹.

Por último están quienes hablan de ratificación impropia para referirse a la que concurre en la gestión de negocios ajenos sin mandato, para distinguirla de aquella que se produce en el ámbito de la representación⁵⁶².

VIII. 3.- Caracteres

VIII. 3.1.- El carácter recepticio

Igual que sucede con el poder⁵⁶³, la mayor parte de la doctrina considera que la ratificación es una declaración de voluntad recepticia⁵⁶⁴. No se pone de acuerdo sobre quién es el destinatario de la declaración: el representante⁵⁶⁵, el tercero

⁵⁶¹ PACCHIONI, G., *Della gestione degli affari altrui*, Ediz. Cedam, Padova, 1935, pág. 432.

⁵⁶² PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza...*, pág. 273.

⁵⁶³ Como dice CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 590, también el poder y la autorización son negocios recepticios, en los que se puede discutir si el destinatario es el representante o los terceros, aunque él se decanta por el primero.

⁵⁶⁴ PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 361; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1727, pág. 3000, dice que "la ratificación es un acto de conocimiento y no un acto de voluntad", aunque en la página anterior, 2999, defiende que la ratificación se funda solo en la voluntad; DE LEÓN ARCE, A., "La representación...", pág. 263. También la DGRN, en resolución de 25 mayo 2007, FD segundo, La Ley 41935/2007.

⁵⁶⁵ ANDRÉS SANTOS, Fº.J., "Comentario de los artículos 1888 a 1894 del Código Civil...", art. 1892, pág. 2034; SAGGESE, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1933, págs. 262 y ss.

contratante⁵⁶⁶, el representante o el tercero⁵⁶⁷, o tanto el tercero como el falso representante⁵⁶⁸. Blanco Pérez-Rubio defiende que la ratificación es recepticia, en el aspecto externo, frente al tercero, y en el aspecto interno, frente al representante⁵⁶⁹. Busto Lago distingue, a este respecto, entre representación directa y representación indirecta⁵⁷⁰.

Pero no es una opinión unánime. Algunos autores opinan, por el contrario, que el conocimiento que pueda tener el tercero no es requisito de eficacia –se entiende que tampoco puede serlo de validez, ya que para que el negocio produzca efectos ha de ser válido–, ya que concibe este conocimiento como un mero límite temporal al ejercicio de la facultad de revocación⁵⁷¹.

Creemos que la ratificación, igual que el poder, es un negocio unilateral y, como tal, válida, por sí misma, aunque no sea conocida más que por su autor, el *dominus*⁵⁷². Y, como en el poder, solo su conocimiento por el destinatario hace posible que surta efectos. Por ello se dice que posee carácter recepticio. El

⁵⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 304; GULLÓN BASTEROS, A., en DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 492; BÁDENAS CARPIO, J.M^a., *Apoderamiento y Representación Voluntaria*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 212; TRAVIESAS, M., “La representación voluntaria...”, pág. 207; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 398; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 37; COVIELLO, L., *Manuale di Diritto civile italiano...*, pág. 405, al constituirse en parte del negocio jurídico que quiere perfeccionarse.

⁵⁶⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 794; DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 441, aunque sostiene que solo la recibida por el tercero alcanza sus plenos efectos jurídicos.

⁵⁶⁸ ROCA SASTRE, R.M^a., y PUIG BRUTAU, J., “La ratificación...”, pág. 474; COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., “La incidencia de la ratificación en diversas figuras...”, pág. 1; COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., *La ratificación...*, págs. 384 y ss; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 600; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 246.

⁵⁶⁹ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “La representación sin poder...”, pág. 49.

⁵⁷⁰ BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3507, asegura que en el mandato no representativo directo (representación indirecta) la ratificación debe dirigirse al mandatario.

⁵⁷¹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 534. La autora solo alude al conocimiento por parte del tercero porque, según ella, “se sostiene –entendemos que se refiere a la doctrina– que necesariamente debe ser el tercero que celebró el negocio con el supuesto representante” el destinatario de la declaración.

⁵⁷² De hecho, la propuesta de modificación del CC en materia de obligaciones y contratos de 2009, no exige la notificación ni el conocimiento de la ratificación, que será válida por sí sola, impidiendo la revocación del negocio por el tercero.

destinatario del poder es el apoderado porque solo él está facultado para ejercerlo. La ratificación tiene por objeto perfeccionar un negocio jurídico al que falta el complemento del consentimiento. El receptor de ese complemento es el tercero cocontratante, que ha recibido otro consentimiento previo pero insuficiente del representante extralimitado. La concurrencia de su voluntad más la del principal ratificador forman el elemento volitivo exigido por los arts. 1261.1º y 1262 CC para la validez del negocio representativo. El conocimiento por el tercero marca, además, el límite temporal de su posible revocación.

Con el fin de dotar de las máximas garantías al proceso, sería conveniente que tuvieran conocimiento de la ratificación todos los intervinientes en la representación, incluido el representante. Con la ratificación se convierte en representante pleno y queda exonerado de una hipotética responsabilidad *ad extra*, pero su conocimiento no es necesario para la validez del negocio representativo inicialmente extralimitado y posteriormente ratificado, ni tampoco para que despliegue sus efectos.

VIII. 3.2.- El carácter retroactivo

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la ratificación opera con carácter *ex tunc*⁵⁷³.

Algunos códigos la regulan explícitamente, como el *BGB* –parágrafo 184-, el CC italiano –art. 1399.2-, el CC portugués –art. 268.2- o el CC argentino –art. 1.936-

⁵⁷³ SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940/1135), 7 julio 1944 (RJ 1944/908), 5 abril 1950 (RJ 1950/990), 27 mayo 1958 (RJ 1958/2103), 10 octubre 1963 (RJ 1963/4083), 10 octubre 1966 (RJ 1966/4083), 14 junio 1974 (RJ 1974/2637), 25 octubre 1975 (RJ 1975/3774), 15 noviembre 1977 (RJ 1977/4558), 10 mayo 1979 (RJ 1979/1765), 10 mayo 1984 (RJ 1984/2405), 11 octubre 1990 (RJ 1990/7856), 28 mayo 1991 (RJ 1991/3937), 17 junio 1991 (RJ 1991/4469), 3 marzo 1992 (RJ 1992/2155), 5 noviembre 1993 (RJ 1993/8968), 25 febrero 1994 (RJ 1994/1263), 24 octubre 1997 (RJ 1997/7163), 18 diciembre 2001 (RJ 2001/9365), entre otras.

, aunque no ocurre lo mismo con el CC francés, el italiano o el español, entre otros⁵⁷⁴.

Un sector de la doctrina opina que la eficacia del carácter retroactivo de la ratificación deriva de la ley⁵⁷⁵. Otro sector, en cambio, cree que se funda en la voluntad de quien la otorga⁵⁷⁶.

Se suelen establecer dos tipos de excepciones a la regla de la retroactividad:

- Una derivada de los efectos que el negocio pseudo-representativo produce por sí mismo.

⁵⁷⁴ Según RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Sobre el acceso al Registro de la Propiedad...”, pág. 530, el carácter retroactivo de la ratificación procede del Derecho romano. Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 2998. se recibe en el Derecho civil seguramente por la doctrina canónica de la ratificación en el matrimonio.

⁵⁷⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 43, quien defiende el origen legal tanto de la ratificación como de sus efectos.

⁵⁷⁶ Según COVIELLO, L., *Manuale di Diritto civile italiano...*, pág. 405, “tal retroactividad no encuentra su fundamento en la ley, que no regula este aspecto, sino en el carácter del acto objeto de ratificación”. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 2999, también considera que la ratificación se funda solo en la voluntad, sin perjuicio de los efectos de la apariencia frente a terceros, en los que no hay propiamente ratificación. Para LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. Tercero...*, pág. 305, la retroactividad viene reconocida en un supuesto análogo, el del art. 1120 CC, y parece lo más congruente con la naturaleza de la institución y la voluntad de las partes. Este artículo regula la obligación condicional de dar, a pesar de que para el autor la naturaleza del negocio pendiente de ratificación no sea siquiera la de la *conditio iuris* sino la del negocio incompleto. Díez-Picazo, en DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 493, también reconoce que aunque en nuestro Derecho positivo no exista base legal que permita sostener la retroactividad, es la solución más conforme con la voluntad de todos los interesados. ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 795, hace alusión tanto a la analogía mencionada por Lacruz como a la base voluntarista de la que habla Díez-Picazo y añade, además, su acogida por la jurisprudencia; destaca las siguientes SSTs: 7 mayo 1897 (Roj: STS 173/1897; ECLI:ES:TS:1897:173), 14 diciembre 1940 (RJ 1940/1135), 7 julio 1944 (RJ 1944/908), 29 enero 1495 [es de suponer que se trate de un error de transcripción y quiera referirse al año 1945, ya que, efectivamente la STS 29 enero 1945 (RJ 1945/125) alude a la retroactividad de la ratificación] y 25 junio 1946 (RJ 1946/838).

- Otra al impedir el perjuicio de los derechos adquiridos en el ínterin por los terceros de buena fe, ya sea un tercer adquirente o un acreedor del disponente que embargue el bien antes de la ratificación por el adquirente. Esto significa que sus efectos son inoponibles al tercero, que ha de ser tercero extraño al negocio. En este sentido se pronuncian algunos ordenamientos jurídicos extranjeros⁵⁷⁷, así como nuestra doctrina⁵⁷⁸, jurisprudencia⁵⁷⁹ y DGRN⁵⁸⁰.

Aunque no todos aceptan la exclusión del tercero y admiten la retroacción aunque le perjudique, basándose en el principio general de retroactividad consagrado por nuestro derecho (arts. 989, 1120, 1257 segundo párrafo y 1313 CC, y 141 LH), en la propia jurisprudencia y en la necesidad del tráfico jurídico⁵⁸¹.

Para *Cariota Ferrara*, un límite a la retroacción de la ratificación ocurre cuando *medio tempore*, es decir, entre la fecha del negocio extralimitado y la ratificación del *dominus*, éste ha realizado un negocio incompatible con el que realizó el representante sin el debido poder, posteriormente ratificado. Prevalece el primer negocio, el realizado por el *dominus*, ya que si ha dispuesto por sí, no tiene el poder de disponer una segunda vez ratificando la disposición verificada por otro en su nombre⁵⁸². Sin embargo, creemos que esta situación no comporta un límite a la retroacción de la ratificación sino a la posibilidad misma de que el negocio sea ratificado.

⁵⁷⁷ En Alemania, el parágrafo 184 II *BGB* deja a salvo las disposiciones adoptadas por el *dominus* antes de la ratificación cuando el negocio haya tenido por objeto una transacción legal, realizadas por ejecución de un embargo o por el administrador de un procedimiento de insolvencia.

⁵⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, L., "Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...", art. 1259, pág. 441; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 493. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", pág. 1026, dice que por este motivo a veces la ratificación no es absoluta.

⁵⁷⁹ SSTS 25 junio 1946 (RJ 1946/838), 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469), 10 octubre 1963 (RJ 1963/4083), 11 junio 1966 (RJ 1966/3406), 31 enero 1978 (RJ 1978/229), 23 octubre 1980 (RJ 1980/3635), 12 diciembre 1989, 3 diciembre 2001 (RJ 2002/2198).

⁵⁸⁰ RRDGRN 29 octubre 1946 (BOE nº 7, 7 enero 1947), 3 marzo 1953 (RJ 1953/1682), 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10481) y 20 septiembre 2012 (BOE nº 257, 25 octubre 2012).

⁵⁸¹ MUÑOZ DE DIOS, G., "La ratificación: retroactividad y derechos de terceros", Edit. La Ley 5784/2001, tomo 2, 1984, págs. 1163 a 1165, alude a las SSTS 9 diciembre 1940, 25 junio 1946, 10 diciembre 1956 y 31 enero 1978. También cita las RRDGRN 1 octubre 1925 y 3 marzo 1953.

⁵⁸² CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 600.

Para Serna Meroño⁵⁸³ y Albaladejo la retroacción “es siempre absoluta, sin que haya que establecer excepción particular alguna, sino simplemente aplicar las reglas generales de protección de terceros, a cuyo tenor, ciertamente, en algunos supuestos la retroacción puede ser irrelevante frente a aquéllos”⁵⁸⁴. En este sentido, Núñez Lagos explica que el aforismo *Ratihabitio non retrotrahitur in preiudicium tertii* lo único que hace es proclamar la ilección del tercero, *cuius ius intermedio tempore quaesitum fuit*, pero no limita la retroacción ni menos la ratificación, que son plenamente absolutas y eficaces *erga omnes*⁵⁸⁵.

No altera esta doctrina el hecho de que el negocio pendiente de ratificación haya sido presentado en el Registro de la Propiedad, ya que no es de aplicación la regla según la cual los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación. Según la RDRGR 28 mayo 2013 (La Ley 91519/2013), el defecto de falta de representación tiene la condición de insubsanable, de modo que cuando se ratifique habrá que practicar un nuevo asiento de presentación, que definirá la prioridad del título ratificado frente a terceros⁵⁸⁶.

Rivero Hernández, comentando la referida resolución, defiende el carácter subsanable del defecto representativo. Entiende que cuando se presenta un título en el Registro, se practica el asiento de presentación y si nada se sabe sobre una eventual ratificación, el título es merecedor de una suspensión por defecto subsanable. A la hora de calificar, si el registrador observa un defecto en la representación debe practicar una anotación preventiva de suspensión. Esta posibilidad es respetuosa con la consideración del negocio representativo extralimitado como negocio imperfecto, válido pero ineficaz, apto para su acceso –art. 2 LH- y para ser considerado a los efectos del art. 65 LH, no para su

⁵⁸³ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 538.

⁵⁸⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 795.

⁵⁸⁵ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 41.

⁵⁸⁶ MARIÑO PARDO, F., *La ratificación de la actuación...*, pág. 4. En el mismo sentido se expresan las RRDGRN 20 septiembre 2012 (BOE nº 257, 25 octubre 2012) y 7 mayo 2013 (BOE nº 132, 3 junio 2013).

inscripción, pero sí para su suspensión. Admitida la ratificación, debe ser considerada como documento complementario, bajo el mismo asiento que el acto ratificado. La calificación registral no debe influir en una cuestión de carácter material como la que nos ocupa, porque otro modo de proceder dejaría prejuzgado el conflicto de intereses subyacente dando primacía a los eventuales derechos de tercero, lo que no compete al registrador sino a los tribunales. El carácter insubsanable, que obligaría a practicar nuevo asiento de presentación con una nueva prioridad registral, cerraría el Registro a muchos contratos y perjudicaría a otros tantos contratantes. Solo merecerá una calificación negativa, como defecto insubsanable, cuando “aparezca perjuicio de tercero a la llegada de la ratificación al Registro”⁵⁸⁷.

VIII. 3.3.- El carácter integral

Un importante sector doctrinal defiende el carácter integral de la ratificación. El *dominus* debe ratificar el negocio representativo en su integridad, no pudiendo introducir modificaciones de ningún tipo, porque en ese caso habría oferta de contrato⁵⁸⁸. No es una postura pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, que a veces ha admitido la ratificación parcial⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Sobre el acceso al Registro de la Propiedad...”, págs. 538, 539, 541 y 544. Argumenta la posibilidad de subsanar en los siguientes criterios: tanto el art. 1259-2º como el art. 1727-2º CC prevén como natural la ratificación y una posible eficacia futura, lo que justifica la suspensión de la inscripción como defecto subsanable a tenor del art. 65 LH; el hecho de que se admita la inscripción del contrato sometido a condición suspensiva –art. 1120 CC–, lo que no difiere de la calificación como *conditio iuris* que el centro directivo otorga a la ratificación; su analogía con el contrato anulable posteriormente confirmado; la mejor calidad jurídica del negocio falso-representativo que el anulable; el principio de exactitud registral y publicidad hacen que la presunción deba ser favorable a la subsanabilidad del defecto. En este sentido, las RRDGRN 3 marzo 1953 (RJ 1953/1682), 11 diciembre 1997 (RJ 1997/8822), 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10481), 25 mayo 2007 (La Ley 41935/2007).

⁵⁸⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 305; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, págs. 492 y 193; NÚÑEZ LAGOS, R. *La ratificación...*, pág. 38; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1727, pág. 1870.

⁵⁸⁹ La STS 20 febrero 1897 (Roj: STS 44/1897; ECLI:ES:TS:1897:44) recoge la venta forzosa realizada por don Pedro Menéndez Arango, en su calidad de corredor y comisionista de don Federico Domenech, de determinados valores en bolsa, en virtud de relaciones profesionales previas entre ambos. Para suplir una suspensión de pagos del comitente producida por la bajada de precios, el corredor vendió más de lo debido, a pesar de que esta situación no era del todo

Desde nuestro punto de vista, la ratificación parcial del negocio supone la modificación de los términos de la negociación. Si el *dominus* acepta mediante la ratificación parte del negocio extralimitado pueden suceder dos cosas: que lo haga personalmente, en cuyo caso estará negociando directamente con el tercero, sobre la base de un contrato preexistente pero emitiendo una nueva oferta, susceptible de aceptación o rechazo por la contraparte; si lo hace a través del representante, subsistirá la representación, aunque tampoco aquí se consumará el negocio imperfecto. Prueba de cuanto decimos es que incluso en este segundo supuesto, donde coinciden los sujetos y la causa, varían el consentimiento y el objeto, más limitado que el inicialmente proyectado entre representante y tercero.

VIII. 4.- El tiempo de la ratificación

Este es un problema íntimamente conectado con el tiempo para la revocación por parte del tercero, y ni en un caso ni el otro el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta clara. Para la doctrina parece claro que esta situación no se puede mantener indefinidamente, siendo necesario que las partes –principal y tercero– gocen de un tiempo prudencial, según las circunstancias⁵⁹⁰. Dentro de este lapso se podrá ratificar antes de la revocación por el tercero y, a la inversa, el tercero podrá revocar hasta la ratificación por el principal.

inusual y el comitente siempre había acabado regularizado sus deudas. Esta conducta constituyó, a juicio del tribunal, extralimitación en el ejercicio de su función como comisionista y provocaron a Federico graves perjuicios, estimando ratificadas tan solo las operaciones derivadas de un telegrama remitido el día 3 de marzo de 1982. La STS 11 octubre 1990 (RJ 1990/7856) resuelve el supuesto de venta de una finca, perteneciente a dos personas por mitades indivisas, efectuada a través de mandatario. La compradora demandante argumenta que el vendedor actuaba en nombre y representación de los dos titulares, mientras que el demandado lo niega, asegurando haber actuado solo en nombre y representación de su madre, de quien resulta ser heredero universal. El Tribunal llega a la conclusión de que si el apoderado adquiere a título hereditario la condición de principal el contrato se entiende ratificado, aplicando los arts. 1259 y 1727 CC, pero obliga a otorgar escritura pública solo respecto de la mitad indivisa de la finca de la que el demandado aparece como titular.

⁵⁹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 493.

No queda claro qué debe entenderse por tiempo prudencial, aunque para Rivero Hernández corresponderá decidirlo a la autoridad judicial en caso de desacuerdo de las partes⁵⁹¹. Admitiendo esta postura, ya que ante la discordia es el juez quien dirime, no creemos que deba acudir de inmediato a la vía judicial; serán las circunstancias del caso y, en especial, los usos, los que marquen el margen de razonabilidad. En este escenario prelitigioso se admite el pacto entre representante y tercero en cuanto al tiempo, así como la posibilidad de que el tercero requiera al *dominus* para que se pronuncie. Si transcurre sin que el principal haya ratificado el tercero podrá quedar libre sin necesidad de revocación expresa, pero no antes y, menos aún, sin ningún tipo de actuación que cree inseguridad jurídica ante la apariencia de negocio entre representante y tercero⁵⁹².

Entendemos que el representante también puede requerir de ratificación al *dominus*, ya que con ella eludiría su responsabilidad *ad extra* y porque mientras pende la ratificación no cabe exigirle responsabilidad de ningún tipo⁵⁹³.

Según la DGRN [resolución 5 diciembre 1988 (RJ 1988/9939)] no cabe invocar la doctrina de los actos propios ante una ratificación posterior a la revocación del poder, “pues es evidente que ni la revocación del poder ni su presentación en el Registro de la Propiedad implican el rechazo de dicha actuación que, además, podría ocurrir que le fuera desconocida”.

IX.- LA UTILITER Y EL NEGOCIO EXTRALIMITADO

⁵⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 613.

⁵⁹² SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 537, sostiene por el contrario que el mero transcurso de un tiempo prudencial permite al tercero liberarse sin más del negocio celebrado con el falso representante.

⁵⁹³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1030.

IX. 1.- Concepto y naturaleza jurídica

Según el diccionario RAE utilidad es la cualidad de útil; el provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo. Conforme al diccionario jurídico, es la aptitud de un bien o servicio para satisfacer una utilidad humana, siendo útil aquello que produce utilidad, provecho material, ventaja o fruto.

La utilidad, entendida como conveniencia, puede interpretarse en sentido material o moral, ya que puede favorecer tanto la ganancia material como la retribución emocional. Y analizada desde el punto de vista del interés, puede revestir un contenido positivo o negativo: lograr un beneficio o evitar una pérdida, desde el momento en que la pérdida priva del valor (económico o sentimental) de un bien y requiere un gasto para su sustitución⁵⁹⁴.

No siempre se utiliza por el legislador de igual forma -guarda de hecho, contrato de sociedad, ratificación tácita, representación aparente⁵⁹⁵- ni cumple la misma finalidad -representación, gestión de negocios ajenos-. Un ejemplo de esta diversidad lo encontramos en Álvarez Caperochipi, cuando dice que “no es fácil establecer los límites -del mandato, léase también poder- de cuando aprovecharse de las ventajas puede interpretarse como un mandato, como una ratificación, o da lugar simplemente a restituir los gastos del gestor oficioso (art.

⁵⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1888, pág. 1944, defiende que la actividad y, por tanto, la utilidad, pueden ser tanto jurídicas como materiales, económicas y personales. LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil..., pág. 6, manifiesta que el cumplimiento más ventajoso puede obtenerse a través de un mayor beneficio patrimonial y mediante un menor daño (*lucrum y damnum*). Y a propósito del interés positivo o negativo del *dominus*, en LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715, y 1719 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 1539, dice que se traducen en una efectiva y superior ventaja patrimonial como en la evitación de un probable quebranto en la economía del mandante; puntualizando, además, que la ventaja puede ser directa o indirecta.

⁵⁹⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 367, dice que “una gestión beneficiosa desarrollada en un marco aparentemente representativo -permitirá al tercero dirigirse contra el *dominus*, tanto alegando la creencia de buena fe en la apariencia representativa, como haciendo valer su empobrecimiento, correlativo a la ganancia obtenida por el mismo *dominus*.”

1893 CC) y asumir las obligaciones en su interés⁵⁹⁶. Aunque no toda la doctrina es partidaria de su aplicación al campo de la representación⁵⁹⁷.

Creemos que este instrumento jurídico puede analizarse desde cuatro puntos de vista diferentes:

- Como medio para evitar el enriquecimiento injusto.
- Como ficción legal.
- Como fuente de la representación.
- Como presunción legal.

IX. 1.1.- Medio para evitar el enriquecimiento injusto

La representación se constituye por la conveniencia del representado o por necesidad, estando orientada a la satisfacción de un interés personal o patrimonial. El poder contiene una extensión y límites que acotan la legitimación del representante y facilitan el control de su actividad, pero está orientado a un fin.

El representante no puede traspasar los límites, aunque si al hacerlo favorece al principal la ventaja acaba imponiéndose al límite. Es decir, el interés prevalece sobre la voluntad⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 2982.

⁵⁹⁷ DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato...”, pág. 726, opina que la *utiliter gestum* referida por el art. 1715 CC es aplicable únicamente al mandato; extenderla al ámbito de la representación directa le parece excesivo.

⁵⁹⁸ En 1930 HUPKA, J., *La representación voluntaria...* pág. 379, decía que el principio supremo del moderno Derecho privado no es la protección de la voluntad de las partes sino la protección de los intereses que sean dignos de aquélla. Tanto es así que la protección –interés- del tercero llega a prevalecer sobre la publicidad formal que otorga el Registro Mercantil (tiene su origen en la 1ª Directiva CEE 68/151, 9 marzo 1968). Esto ha hecho que junto a la representación

Como el interés no se identifica con facilidad, la ley permite la ratificación por el principal. De este modo, a través de su voluntad, el *dominus* expresa un interés subjetivo. Pero, una vez puesto en marcha el mecanismo representativo, al interés inicial se suman otros que también son dignos de protección, como el del representante y el del tercero. Si estos intereses quedaran al arbitrio de la voluntad ratificadora del principal, podrían verse perjudicados desde el momento en que éste se negara a prestar su consentimiento. De este modo el *dominus* se aprovecharía de su posición frente a quien actuó de buena fe, obligándole a interponer acción para dejar sin efecto el negocio extralimitado y revertir sus efectos. No olvidemos que además de los efectos propios del negocio representativo incompleto, aparentemente es un negocio perfecto que se puede desarrollar en el tráfico jurídico como si de un negocio válido y verdadero se tratara, afectando no solo al tercero cocontratante sino a quien confíe en la apariencia jurídica⁵⁹⁹. No obstante, ante la falta de ratificación, la utilidad objetiva del negocio extralimitado se impone sobre la voluntad subjetiva del representado, dotando al negocio incompleto de todos los elementos para su perfección, y lo transforma en un negocio válido y eficaz.

La jurisprudencia ha estimado la conveniencia de la ratificación por el representado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1727, segundo párrafo, CC. Sin duda es la solución más fácil y segura, aunque no siempre posible ante la negativa del principal. Por ello reconoce que, aunque preferible, no es la única solución posible, desde el momento en que legalmente se acoge la fuerza vinculante de la *utiliter* en relación con los efectos a que podría conducir el

propia mente dicha surja la representación de intereses, para referirse a todos aquellos supuestos en los que prima el interés sobre la voluntad del principal.

⁵⁹⁹ El negocio extralimitado se celebra entre representante y tercero cocontratante. Aparentemente es un negocio válido y eficaz. Si el principal beneficiario se niega a ratificar y no existe una norma que repare la situación, el tercero de buena fe se vería perjudicado por la decisión del *dominus*, que además no ha sido parte en el negocio jurídico. Si el tercero, con el fin de evitar las pérdidas, contrata a su vez con otro sujeto, éste nuevo tercero también se vería afectado aunque la actuación de quien le transmitió el bien fuera de mala fe.

enriquecimiento injusto. Siendo este el fundamento de la utilidad, la obligación del *dominus* encontrará como límite el enriquecimiento.

Serna Meroño dice que ante la actuación extralimitada no aprobada a *posteriori* por el *dominus*, el TS ha optado por una solución objetiva: la *utiliter gestio*. Con ello pretende dotar de seguridad al tráfico jurídico, desde el momento en que la actuación del representante trasciende a la esfera jurídica del tercero⁶⁰⁰. Es cierto que nuestro Alto Tribunal y la llamada jurisprudencia menor se refieren a la utilidad en numerosas sentencias⁶⁰¹, aunque referida casi siempre a la ratificación tácita, ya que el aprovechamiento de ventajas se ha interpretado por la jurisprudencia como una verdadera presunción de mandato⁶⁰² o como una ratificación del negocio⁶⁰³. Sin embargo, no podemos confundir *utiliter* con ratificación, ya que esta se basa en la voluntad expresa o tácita del principal y aquélla se impone aun en su contra.

La doctrina llega a esta conclusión porque interpreta la utilidad referida por el art. 1715 CC como *utiliter gestio*, o aprovechamiento efectivo de las ventajas, equivalente a la empleada por el art. 1893 CC⁶⁰⁴.

IX. 1.2.- Ficción legal

⁶⁰⁰ SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", págs. 504 y 505.

⁶⁰¹ SSTS 7 mayo 1897 (Roj: STS 173/1897; ECLI:ES:TS:1897:173), 16 marzo 1954 (Roj: STS 2239/1954; ECLI:ES:TS:1954:2239), 10 noviembre 1992 (RJ 1992/9099); SAP Alicante 13 octubre 1981 (La Ley 12735-JF/0000).

⁶⁰² Ver SSTS 6 marzo 1943 (RJ 1943/306), 14 mayo 1959 (RJ 1959/2556), 19 octubre 1963 (RJ 1963/4142), 28 abril 1966 (RJ 1966/2169), 15 junio 1966 (RJ 1966/3108), 10 noviembre 1969 (RJ 1969/5135), 26 noviembre 1986 (RJ 1986/6614), 17 abril 1990 (RJ 1990/2721), 30 septiembre 1992 (RJ 1992/7476), 13 abril 1994 (RJ 1994/2797).

⁶⁰³ SSTS 29 marzo 1968 (RJ 1968/2656) y 2 octubre 1995 (RJ 1995/6976)], citadas por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", pág. 2982, art. 1715.

⁶⁰⁴ Por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1725, pág. 11788.

Antes de plantear la posible calificación de la *utiliter* como ficción legal, conviene tener presente qué es una ficción. Junto al sentido básico o etimológico de deformación, más o menos consciente, de la realidad, encontramos otro más técnico de atribución de los mismos efectos jurídicos a dos hechos o situaciones diferentes y diversos⁶⁰⁵. En palabras del profesor Hernández Marín “la expresión ‘ficción legal’ se refiere a disposiciones jurídicas que con frecuencia tienen la forma ‘los *F* se considerarán como *G* (o como no *G*)’”, aclarando después que “son disposiciones cualificadoras, disposiciones que atribuyen la cualificación de *G* (o de no *G*) a las entidades que tengan la propiedad *F* o que pertenezcan a la clase *F*” y pone como ejemplo la del concebido pero no nacido⁶⁰⁶. Es decir, se trata de una disposición que atribuye a algo que no es las cualidades de otra cosa que posee diferente naturaleza: el concebido no es nacido pero se le tiene por tal para todos los efectos que le sean favorables. Desde este punto de vista cabría entender que los actos extralimitados por infringir los límites formales del poder se entienden cumplidos *intra metas* en todo cuanto favorezca al principal.

El art. 1715 CC no niega la extralimitación, sino que considera no traspasados los límites cuando la actuación del mandatario sea útil al *dominus*. En opinión de Núñez Lagos, en ningún momento se ha tenido presente por el Derecho romano ni por el art. 1715 CC que la manera más ventajosa subsanará directamente insuficiencias del poder de representación, sino que plantea la problemática del cumplimiento o incumplimiento del contrato⁶⁰⁷. Y este planteamiento es compatible con la idea de ficción legal que, según *Colin y Capitant*, durante mucho tiempo inspiró la doctrina francesa acerca de la representación⁶⁰⁸. Como

⁶⁰⁵ LUNA SERRANO, A., “Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento”, Discurso de ingreso como académico de número en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona MMIV, 27 de enero de 2004, pág. 29.

⁶⁰⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, R., Las ficciones jurídicas, en www.biblioteca.org.ar, págs. 141 y 142. BÁDENAS CARPIO, J.M., “La representación de la propiedad horizontal”, Actualidad Civil, Sección doctrina, Ref. VIII, Tomo 1, Editorial La Ley 1637/2001, 1998, pág. 6, pone de ejemplo la persona jurídica, a la que considera “sujeto artificial creado por la ley”. LUNA SERRANO, A., *ut supra*, cita numerosos ejemplos de ficciones legales en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 10.1, 29, 45.2, 79, 82.5º, 118, 120.1º, 334, 792, 793, 796.2, 798, 989, 1005, 1116.2, 1119, 1120, 1462.1 y .2, 1463, entre otras) y algunas figuras que son ficciones pero que se enmascaran bajo la apariencia de presunciones (arts. 643.2, 1262.2 CC).

⁶⁰⁷ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 66.

⁶⁰⁸ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, págs. 212 y 213.

también lo es la postura defendida por Vázquez Iruzubieta: “no es propiamente como dice el artículo –refiriéndose al art. 1715 CC- que *no se consideran traspasados los límites del mandato*, porque en realidad tales límites sí fueron traspasados”⁶⁰⁹.

Más claro parece aún el art. 622-22.4 CCCat, que emplea la misma fórmula, cuando dice: “Los actos ratificados se entienden hechos dentro de los límites del mandato, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”. No niega la extralimitación, porque de ser así sería innecesaria la ratificación, sino que el acto extralimitado y posteriormente ratificado equivale al acto celebrado *intra metas*.

Ahora bien, no todo “procedimiento de técnica jurídica consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad para deducir de ellos unas consecuencias jurídicas” constituye ficción legal. Existen otras figuras análogas, pero no equivalentes, que no deben hacernos herrar en nuestros planteamientos (presunciones, analogía)⁶¹⁰. La ficción actúa cuando no es posible cumplir estrictamente la reglamentación legal y cuando es indispensable su existencia⁶¹¹.

IX. 1.3.- Fuente de la representación

⁶⁰⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, art. 1715, pág. 2604.

⁶¹⁰ LUNA SERRANO, A., “Las ficciones del Derecho...”, pág. 58, dice que hay determinados mecanismos, habituales en el lenguaje jurídico, que hacen equivoco el discurso del jurista, pero que en realidad son normas de carácter interpretativo que suponen en realidad soluciones legislativas, expresadas mediante fórmulas literarias ficticias, a las que recurre el ordenamiento jurídico para dar acogida a determinados juicios de valor exigidos por postulados de justicia. Y pone como ejemplo el art. 54 de la Ley reguladora de la Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. La definición entrecomillada pertenece a Henry Capitant en su *Vocabulaire juridique*, “fiction”.

⁶¹¹ El concebido no nacido, la persona jurídica, la equiparación entre filiación natural y adoptiva.

Para Núñez Lagos la representación tiene tres fuentes: la autorización o el poder, la ratificación y el denominado efecto *utiliter gestum*. De modo que, respecto del negocio concluido por el gestor, el poder preexiste a la gestión, el *utiliter gestum* coexiste y la ratificación subsigue⁶¹². Desde este punto de vista, admite que la actuación más allá de los límites formales del poder constituye extralimitación, atribuye al interés un papel preeminente en la representación (que se impone sobre la voluntad del principal manifestada a través del poder o de la ratificación) y crea una prelación en el orden de legitimidades: en primer lugar estaría la *utiliter*, por atender al interés que orienta la institución representativa; en segundo y tercer lugar, respectivamente, la ratificación, que prefiere abiertamente al poder por las razones apuntadas en su momento.

Este criterio es admisible siempre y cuando entendamos la extralimitación como una transgresión de los límites formales del poder, y es compatible con la teoría de la ficción dados los términos en que está redactado el art. 1715 CC. En cambio, es incompatible con la consideración del interés como límite sustancial del poder. El hecho de que el autor asigne a la *utiliter* tanta importancia como para equiparla al acto legitimador típico (poder o ratificación) parece incongruente con el papel que otorga al interés, ya que la utilidad descansa precisamente sobre él. En línea de principio, si el interés del principal es el fin último de la representación y la *utiliter* ocupa un lugar tan destacado, lo lógico sería pensar que sea un límite del poder (quizá el más importante) y, en consecuencia, que no puedan concurrir *utiliter* y extralimitación.

IX. 1.4.- Presunción legal

⁶¹² NÚÑEZ LAGOS, R., Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista, Colegio Notarial de Barcelona, 1942, citado por LEÓN ALONSO, "Comentario de los arts. 1714, 1715 y 1719...", art. 1715, pág. 1539, y por GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 40. Sin embargo, aunque sostiene la suficiencia de la *utiliter* sin necesidad de ratificación ni aprobación, la engloba dentro de la ratificación llamándola ratificación forzosa en NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, págs. 23 y 28.

La presunción es una suposición que hace la ley. Tiene como finalidad obtener de un hecho conocido consecuencias para deducir otro desconocido. La *utiliter* puede concebirse como una presunción *iuris et de iure* acerca del interés del *dominus* y, en el caso de la extralimitación, sirve de límite sustancial al poder de representación. Se impone a los límites formales del poder siempre que se traspasen, el exceso aproveche al principal y este se niegue a ratificar.

Asegura Vázquez Iruzubieta que cuando el mandatario se excede de los límites del mandato y de este modo beneficia al mandante no es necesaria su ratificación porque “la ley presume la extensión de las obligaciones (art. 1715 CC)”⁶¹³. La presunción se obtiene partiendo de un hecho conocido (el interés del principal)⁶¹⁴ para lograr una consecuencia jurídica: como la actuación más beneficiosa respeta el interés del *dominus*, se supone que éste la quiere tanto como si el apoderado se hubiera ajustado a los límites formales del poder; no existe un interés legítimo en el principal para rechazar la actuación representativa⁶¹⁵.

Las presunciones descansan en valores ideológicos o en el criterio de la mayor probabilidad deducible del *id quod plerumque accidit*⁶¹⁶. Como sucede en la representación aparente, tampoco aquí existe formalmente representación ni mandato, pero el interés jurídico –en este caso del mandante/poderdante, no del tercero, como ocurre en aquella- justifica la medida.

IX. 1.5.- Nuestra posición

⁶¹³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, art. 1727, pág. 2622.

⁶¹⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *ut supra...*, art. 1715, pág. 2604, afirma que la presunción se obtiene “en virtud del principio de que el interés es la medida de todas las acciones judiciales”.

⁶¹⁵ GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9046.

⁶¹⁶ LUNA SERRANO, A., “Las ficciones del Derecho...”, pág. 25.

Desde nuestro punto de vista, la *utiliter* es un efecto que la ley impone a la voluntad del *dominus negotii*, basado en la presunción del interés que presta al representado la actuación del representante (acorde con los fines que guían la institución representativa).

Si la finalidad fuera evitar el enriquecimiento sería necesario que el Código exigiera el aprovechamiento de ventajas, como ocurre con la gestión de negocios ajenos, pero solo alude a que el negocio sea cumplido de manera más ventajosa. Puede ocurrir que ante una ventaja el principal decida no ratificar (no sería necesario porque el art. 1715 CC presume la inexistencia de extralimitación, pero quizá sí conveniente para evitar conflictos *inter partes*), en cuyo caso la ley le obliga a asumir los efectos del negocio como si se hubiera producido *intra metas* (con los derechos y obligaciones, reembolso de gastos, daños y perjuicios, intereses, rendición de cuentas, etc. previstos para el contrato de mandato). En este caso no habría enriquecimiento injusto, solo una presunción legal.

También puede ocurrir que decida aprovechar lo actuado por otro (en este caso, por el representante), en cuyo caso el *dominus* tendría obligación de resarcirle de los gastos necesarios y útiles, y de los daños y perjuicios. En este supuesto la obligación sí trata de evitar un enriquecimiento injusto, el que se produciría si se aprovechara de los efectos del negocio, pero no sería necesario que este negocio le reportara utilidad ya que el mero aprovechamiento de la gestión ajena daría lugar a una actividad antijurídica.

IX. 2.- La *utiliter* en el Derecho positivo

IX. 2.1.- En el mandato

En Las Partidas, cuando el mandatario excedía los límites del mandato, se abrían dos posibilidades: que la extralimitación redundara en detrimento del mandante, que podía ejercer la *actio mandati* contra el mandatario; o que fuera en utilidad del mandante, en cuyo caso el mandato se consideraba observado y cumplido⁶¹⁷.

El art. 1715 de nuestro actual Código Civil también considera cumplido el mandato formalmente excedido pero que resulta útil al mandante⁶¹⁸. Hay quien asegura que este precepto impone al representante la obligación de actuar en beneficio o utilidad del representado⁶¹⁹.

A diferencia de la gestión de negocios, en el mandato lo importante es la obtención efectiva de una ventaja, aunque el principal decida no hacer uso de ella. Tanto si la aprovecha como si no lo hace, la actuación se considera legítima y queda sujeta al régimen de la representación no extralimitada, porque se entiende que responde al fin para el que se constituyó.

También difiere la utilidad del art. 1715 CC de la contenida en el art. 1893 en que el *dominus* podrá optar en el mandato entre abonar el importe del gasto o la plusvalía aportada a la cosa, puesto que el enriquecimiento le ha sido impuesto a costa de su libertad de elección⁶²⁰.

⁶¹⁷ ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla...*, pág. 548.

⁶¹⁸ Encuentra correlación con los art. 38 del CC argentino 1869 y art. 1.906 del Código argentino aprobado por Ley 340 (art. 38, Capítulo Tercero, Título IX, Libro II: "No se consideran traspasados los límites del mandato, cuando ha sido cumplido de una manera más ventajosa que la señalada por este"), art. 2063 del CC del Estado de Veracruz Llave (art. 2063: "No se consideran traspasados los límites del mandato, en cuanto ha sido cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este"), art. 2980 del CC de Louisiana (art. 2980: "No se considera que el mandatario ha excedido su mandato, cuando lo ha llenado de una manera más ventajosa para el mandante que la expresada en el poder"). Y muy similares también son los arts. 3, segunda parte, del Capítulo XVIII, CC sueco de 1734, y 1016 CC austriaco, respecto a la obligación del mandante ante los beneficios derivados de un acto extralimitado.

⁶¹⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, pág. 942.

⁶²⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1715, pág. 11728.

Del mismo modo, la utilidad y el interés del representado guían el criterio interpretativo de la doctrina y la jurisprudencia en la actuación de los que intervienen, si no como mandatarios, sí como auxiliares de éste. Emplean una interpretación *contra legem* en el caso del art. 1721 CC, que permite al mandatario nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido. La sanción impuesta por el precepto para la infracción de la prohibición es la nulidad, sin embargo, se interpreta como anulabilidad, con el fin de que los actos puedan ser ratificados por el mandante si le son beneficiosos⁶²¹.

IX. 2.2.- En la gestión de negocios ajenos

La gestión de negocios ajenos está prohibida por el art. 1259.1 CC, aunque se permite excepcionalmente por razón de la utilidad que comporta. Una vez ratificada la labor del gestor, la actuación unilateral e ilegítima produce los derechos y obligaciones recíprocos propios del mandato expreso –art. 1892 CC-. E incluso sin necesidad de ratificación, por el aprovechamiento de ventajas o la intención de evitar un perjuicio inminente y manifiesto –art. 1893 CC-⁶²².

Ya dijimos que ratificación y utilidad son conceptos distintos, aunque para Castán y Núñez Lagos el hecho de que la obligación surja de la ley sea motivo suficiente para entender que este precepto recoge un supuesto de ratificación forzosa o legal⁶²³; o que Gordillo Cañas defienda el papel de la ratificación como “remedio voluntario de una actuación determinante de una obligación *ex lege* para el

⁶²¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, art. 1721, pág. 2614.

⁶²² El art. 1893 CC dice que “aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno.”

⁶²³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, pág. 863; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 23.

dominus solo en caso de que se cumplan los requisitos del art. 1893⁶²⁴. Es decir, que de cumplirse los presupuestos legales el *dominus* podría, por voluntad propia, ratificar la gestión ajena.

Sostiene también el autor sevillano que gestión y representación son distintas en su ser, en su función y en su significado; ambas, no obstante, son igualmente ratificables. No obstante, no es cuestión pacífica. Opina Rivero Hernández que “frente a posiciones de signo contrario de otro tiempo, es hoy idea predominante la proximidad y hasta parentesco entre representación y gestión de negocios ajenos”, aunque sea difícil concretar en qué sentido se relacionan⁶²⁵. En este contexto merece ser tratado el diferente régimen de la ratificación, la utilidad y la voluntad de las partes negociales.

Ciertamente, gestión de negocios ajenos y contrato de gestión son conceptos distintos⁶²⁶, a pesar de que al gestor que ha rebasado los límites fijados por el mandante, por el contratante de los servicios ajenos, por el socio, por el comitente o por la ley (extralimitación), se le haya considerado gestor oficioso en cuanto al exceso⁶²⁷. Y con independencia de que la posterior ratificación, común a ambas figuras, reconduzca el acto o negocio jurídico al mandato (arts. 1727, segundo párrafo, y 1892 CC). El representante extralimitado no es gestor en cuanto al exceso, ni tampoco un falso representante, sino un representante que no ha cumplido debidamente los deberes inherentes a su función. Esto determina, a nuestro entender, que gestor y mandatario ocupen una diferente posición jurídica.

⁶²⁴ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 367.

⁶²⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1054.

⁶²⁶ En contra COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil...*, pág. 212, para quienes la gestión de negocios ajenos es representación.

⁶²⁷ STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 20 febrero 1997 (La Ley 11908/1997).

El gestor actúa espontáneamente, sin encargo previo. El art. 1893 CC distingue el aprovechamiento efectivo de las ventajas y la gestión de indemnidad⁶²⁸. Si el *dominus* obtiene una ventaja no está obligado a aprovecharla, ya que no la ha autorizado ni contratado, pero si lo hace debe resarcirla y asumir las obligaciones inherentes, como el artículo anterior prescribe para los efectos del mandato expreso por la ratificación de la gestión. En otro caso habría un enriquecimiento injusto. Si no obtiene ventaja, la razón de su vinculación radica en el esfuerzo ejercido por el gestor para evitarle un perjuicio. Esta consecuencia normativa se impone a la voluntad pero, como contrapartida, solo obliga bajo determinados presupuestos. No sería justo que, siendo obligada, vinculara más allá del beneficio efectivamente disfrutado o del perjuicio evitado, siempre que en este último supuesto fuera inminente y manifiesto, fácilmente detectable por el hombre medio. Aunque no exista encargo ni obligación, la conducta noble del gestor (aun motivada por intereses concurrentes, como cuando se interviene sobre el piso superior para evitar que el agua cale en el propio) justifica la obligación del principal.

La representación no contempla esta alternativa en los mismos términos. A través del mandato (art. 1714 CC), del contrato de sociedad (art. 1697.3º CC) o de la comisión mercantil (art. 256 CCo), se proscriben traspasar los límites (formales) del poder, y en caso de hacerlo la *utiliter* actúa de límite sustancial que se impone sobre aquéllos. Aquí no se exige que el *dominus* se aproveche de las ventajas, sino que el encargo se haya cumplido de manera más ventajosa, aunque el principal decida no hacer uso de ella: la existencia de una relación previa entre poderdante y apoderado justifica el interés de aquél y la gestión de éste, de modo que si el apoderado cumple con su objetivo (aunque sea a expensas del poder) el principal no puede desentenderse de sus obligaciones

⁶²⁸ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., Derecho civil..., págs. 12 y 13. Respecto del aprovechamiento de ventajas, asegura que, a diferencia del Derecho romano, que admitía la gestión comenzada útilmente (*utiliter coeptum*), lo relevante en la gestión de negocios ajenos actual no es la conducta diligente del gestor ni que se produzca el resultado ventajoso sino el aprovechamiento de ese resultado (cita la SAP Valencia 7 marzo 2000). En cuanto a la gestión de indemnidad, lo que parece valorar el legislador es la intención y el esfuerzo (*utiliter gestum*) para evitar un perjuicio inminente y manifiesto, con independencia de que se haya conseguido el resultado pretendido. PARRA LUCÁN, M^a.A., "La gestión de negocios ajenos...", pág. 844, habla de "gestión útil y provechosa" y "gestión precautoria".

frente al tercero ni, en su caso, frente a quien ha desarrollado un trabajo en su beneficio. En sentido negativo, la evitación del perjuicio equivale al aprovechamiento de la ventaja pero, a diferencia de la gestión de negocios, en la representación no se exige que ese perjuicio sea inminente y manifiesto porque existe un poder previo que legitima *a priori* la actuación del representante.

Por último, en la gestión de negocios ajenos el principal no puede ejercer la opción vista en el apartado anterior, sino que tendrá que abonar obligatoriamente la cuantía de la impensa, con todos los gastos necesarios y útiles soportados por el gestor, indemnizándolo de los daños y perjuicios que le haya ocasionado la gestión asumida por quien no podía hacerlo⁶²⁹.

IX. 2.3.- En la guarda de hecho

El art. 304 CC dice que “los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.”

El art. 159.1 CDFA atribuye al guardador de hecho la administración de los bienes de la persona protegida y, en su relación frente a terceros, la representación legal. El punto 3 del referido precepto declara anulable el acto no declarado necesario por la Junta de Parientes, “salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”⁶³⁰.

⁶²⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 11728.

⁶³⁰ El CCCat no contiene una regulación similar. Solo dice en el art. 225-3.1 de su Libro segundo (aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia) que el guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de ésta.

Ambos preceptos aluden a la utilidad de la persona protegida, expresamente en éste último, por referencia al menor o presunto incapaz en el artículo del Código. Ninguno de ellos distingue entre el ámbito personal o patrimonial del protegido, lo que no obsta para que surjan voces en defensa de la dualidad. Leciñena Ibarra cree que el juez deberá tener en cuenta la incidencia del negocio en ambas esferas, “buscando en el conjunto el necesario provecho que el precepto demanda”⁶³¹. En justa correspondencia con el análisis global que defiende, aprecia la utilidad como un todo, es decir, valorando el negocio como un acto indivisible, que debe impugnarse totalmente aunque haya partes que resulten útiles si el conjunto resulta no serlo⁶³².

Ciertamente es difícil determinar la utilidad de un acto o negocio jurídico porque influyen múltiples elementos valorativos, especialmente cuando se exige un análisis global. Es más sencillo decidir el beneficio que reporta el acto simple, que la valoración múltiple exigida por el acto que se inserta dentro de un grupo complejo. Aunque desde el punto de vista teórico-doctrinal se relegue al criterio práctico del juez y al principio de libre valoración de la prueba, hay autores que, conscientes de la dificultad, reclaman la impugnación de los actos del guardador de hecho que hayan causado perjuicio al guardado por aplicación del art. 1259 CC⁶³³. Otros rechazan este criterio por la importancia que asignan al acto de injerencia del guardador sobre el patrimonio del guardado⁶³⁴.

No obstante, no creemos deseable la opinión vertida por De Pablo Contreras, siempre que el acto realizado por el guardador de hecho vaya presidido por el

⁶³¹ LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Pamplona, 2015, pág. 171.

⁶³² LECIÑENA IBARRA, A., *ut supra*, pág. 172.

⁶³³ DE PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda y protección de menores. Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento”, en *Tratado de Derecho de la familia, vol. VI, Las relaciones paterno-filiales (II), La protección penal de la familia*, Directores Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 445. Sus conclusiones son congruentes con la consideración de la guarda de hecho como un mandato tácito y la simbiosis que tienen las reglas de la representación y dicho contrato de gestión. En esta línea de argumentación considera que el acto realizado por el guardador sin la legitimación extraordinaria de la que habla es un acto incompleto, imperfecto o en vías de formación, en consonancia con la corriente dominante respecto del negocio extralimitado.

⁶³⁴ LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho...*, pág. 172.

animus de actuar en defensa del interés del guardado. Su actuación sobre la esfera personal o patrimonial ajena será ilegítima siempre que trate de defender exclusivamente un interés propio, pero la *ratio* del segundo párrafo del art. 1259 CC y las normas de la gestión de negocios ajenos, admiten la injerencia sobre la esfera ajena (especialmente patrimonial) siempre que concurra justa causa. Esa justa causa puede consistir en procurar una ventaja o en evitar un perjuicio, propio o ajeno, siempre que además de otros intereses (por ejemplo los del gestor) concurra el del gestionado. Ese interés representa una utilidad en abstracto que guía la conducta del agente y que puede no materializarse en la utilidad práctica concreta pero no por ello desvirtúa la legitimidad del acto, salvo que ocasione un perjuicio, no buscado ni querido, que no existe el deber jurídico de soportar.

Ciertamente el art. 304 CC no establece distinciones y creemos que no es necesario discriminar donde la ley no lo hace: habrá actos del guardador sobre el guardado que afecten exclusivamente a su esfera personal (procurarle compañía, velar por él), actos que afecten en exclusiva a su esfera patrimonial (la compra de un bien mueble) y otros de naturaleza mixta (gestión del patrimonio para atender necesidades personales del guardado). Parece lógico pensar que el acto será útil si los sacrificios que comporta en conjunto no superan los beneficios globales y, en este sentido, no cabe discriminar el aspecto personal del patrimonial. Sin embargo, si lo que realmente se pretende es proteger el interés del guardado, razón por la cual el precepto impide impugnar los actos que redunden en su utilidad, no vemos inconveniente en admitir la validez parcial de los negocios complejos en la parte que resulte útil, siempre que admita división sin merma de los legítimos derechos de las partes implicadas.

La guarda de hecho no es representación legal pero hemos visto que la utilidad que presta la actuación de un sujeto sobre otro posee un sustrato común. Esto no significa que coincidan plenamente. La *utiliter* en la guarda de hecho solo responde al interés del guardado, lo que es extrapolable a las instituciones que encarnan la representación legal por el carácter tuitivo del interés protegido; en

este sentido se asemeja a la que encontramos en el contrato de mandato. En cambio, difiere de la *utiliter* en la gestión de negocios ajenos que, como hemos dicho, sí está orientada a evitar un enriquecimiento injusto.

Quizá por ello, para la jurisprudencia y un sector de la doctrina, el art. 304 CC sea una norma anómala que violenta el art. 1259 CC, difícil de armonizar con el resto del sistema, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho⁶³⁵.

IX. 2.4.- En la comisión mercantil

Cabe plantearse la aplicación de los efectos de la *utiliter* a la esfera mercantil. Mientras el art. 254 CCo obliga al comisionista a sujetarse a las instrucciones del comitente, el art. 255 CCo prescribe que el comisionista deberá consultar al comitente en lo no previsto y prescrito expresamente (pudiendo ser autorizado para obrar a su arbitrio conforme a la prudencia y a los usos del comercio, y suspender el encargo cuando un accidente imprevisto hiciera arriesgado o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas), el art. 256 CCo es claro al decir que “en ningún caso podrá el comisionista proceder contra disposición expresa del comitente, quedando responsable de todos los daños y perjuicios que por hacerlo le ocasionare”.

No tiene el CCo una previsión similar al art. 1715 CC y, en cambio, sí un artículo que obliga a acudir al juez para autorizar la venta “con las solemnidades y precauciones que estime más beneficiosas para el comitente” en caso de alteración urgente de los efectos que impida dar aviso al comitente y aguardar sus órdenes (art. 269 CCo).

⁶³⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y Mandato...*, págs. 152 y 153, citando a Delgado Echevarría y Parra Lucán –Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica, Dykinson, 2005- y la STS 10 marzo 1994 (RJ 1994/1731).

Opina González Carrasco que en este escenario lo importante no es determinar si el mandatario puede tomar la iniciativa cuando su intención sea conseguir un resultado más ventajoso (porque el Código de comercio lo prohíbe), sino las consecuencias de la contravención de los preceptos legales cuando el resultado final es más ventajoso para el comitente que la forma señalada por éste. Y concluye diciendo que la respuesta depende del aprovechamiento de ventajas que dicha extralimitación le reporte⁶³⁶.

Desde nuestro punto de vista no puede depender del aprovechamiento efectivo sino de la mera utilidad de la gestión, desde el momento en que la representación se construye para lograr una ventaja al principal (que de este modo obtiene), queda satisfecho su interés y el del tercero, y el representante ha actuado de buena fe. Si se hiciera depender del aprovechamiento efectivo, resultaría primada la voluntad sobre el interés (lo que va contra de la representación), existiría un diferente e injustificado tratamiento entre la representación voluntaria y la legal (el representado no goza de la suficiente capacidad de obrar para expresar su decisión), y podrían quedar perjudicados los intereses del tercero y/o del representante.

IX. 3.- Clases

Existen varios términos que describen este comportamiento con diferentes corolarios: *utiliter coeptum*, *utiliter gestio*, *utiliter gestum*, etc. No significan lo mismo y, por tanto, no pueden utilizarse como sinónimos.

⁶³⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 11757 y 11759, interpretando a *sensu contrario* el art. 258 CCo.

La *utiliter coeptum* alude a lo útilmente comenzado⁶³⁷. Es la intención de actuar en interés o utilidad de otro, aunque no se obtenga una ventaja real y efectiva. *Utiliter gestio* significa gestión de los beneficios, es decir, el aprovechamiento de las ventajas por un sujeto de lo actuado por otro; por lo que adquiere un matiz finalista.

En el art. 1893 CC se distinguen los primeros supuestos: la gestión de negocios ajenos sin mandato con aprovechamiento efectivo de las ventajas –*utiliter gestio*–⁶³⁸ y la gestión de indemnidad⁶³⁹ –*utiliter coeptum*–. De haber utilizado la expresión “gestión que hubiera evitado algún perjuicio inminente y manifiesto”, no se habría puesto el acento en la intención sino en el resultado y cabría encuadrarla dentro del primer concepto⁶⁴⁰.

Dentro de la doctrina italiana se ha defendido que en la representación basta la *utiliter coeptum* y la actuación unilateral del gestor en interés del *dominus* para que éste pueda quedar obligado⁶⁴¹. Pero el Código italiano, no contiene un precepto equivalente al art. 1715 del Código español. Nuestro precepto exige una actuación “más ventajosa” para el mandante que la señalada por éste. Es decir, una ventaja real y efectiva, no la mera intención de beneficiarle. Desde este punto de vista no se limita a la *utiliter coeptum*, requiere un plus de diligencia sobre la actuación del mandatario infractor y una mayor responsabilidad en la

⁶³⁷ FERRARI, S., *Gestione di affari altrui...*, pág. 24.

⁶³⁸ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Derecho civil...*, pág. 12, remitiéndose a Díaz de Entre-Sotos, *El aprovechamiento*, pág. 158, dice que la expresión contenida en el art. 1893 CC “el dueño que aproveche las ventajas...” debe interpretarse objetivamente como “el dueño a quien aprovechen las ventajas...”, con independencia de su voluntad.

⁶³⁹ Ver BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *ut supra*, nota 626. LASARTE, C., “Comentario del artículo 1893 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, op. cit., pág. 1952, habla de gestión precautoria.

⁶⁴⁰ DíEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1888, pág. 1944. Aunque referido a la gestión de negocios ajenos sin mandato, Díez-Picazo defiende que este precepto es de aplicación a las relaciones internas entre gestor y *dominus* no solo cuando se carezca de representación sino también en caso de extralimitación. GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 367, por el contrario sostiene que gestión y representación son distintas en su ser, en su función y en su significado, aunque ambas sean igualmente ratificables. En este último sentido también BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *ut supra*, pág. 8.

⁶⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1055, que se remite a BIONDI, *Gestione rappresentativa...*, págs. 98 y ss.

extralimitación. En cambio, no es necesario el aprovechamiento efectivo de ventajas, lo que conduciría a la *utiliter gestio*. Quizá el término más correcto sea el de *utiliter gestum* (gesto o gestión útil), que podemos interpretar a medio camino entre lo que se inicia en utilidad de otro y lo que se aprovecha efectivamente⁶⁴².

Esta reflexión nos hace plantearnos dos cuestiones: la relación entre límite y ventaja; y el alcance de la *utiliter* regulada por el art. 1715 CC.

IX. 3.1.- Relación entre límite y ventaja

Vázquez Iruzubieta dice que la ratificación solo convalida lo actuado por el mandatario en aquello que perjudica al mandante, ya que en lo que le beneficia la ley presume la extensión de las obligaciones (art. 1715 CC)⁶⁴³.

Con lo dicho hasta ahora, si el representante se extralimita formalmente del poder pero obtiene con ello una ventaja material o jurídica, personal o patrimonial, la ley entiende que no existe verdadera extralimitación. Sin embargo, ¿qué sucede si a pesar de intentar evitar un perjuicio o movido por el ánimo de proporcionar un mayor beneficio, no lo consigue? La limitación impuesta por el art. 1714 CC, en el orden externo del mandato, y la establecida por el art. 1719 CC, en el orden interno, tratan de sujetar la conducta del mandatario a la voluntad del mandante, ya que es éste quien encarga y aquél quien está obligado a cumplir. El esquema es extrapolable a los límites de la representación con las

⁶⁴² Aún con todo, recuerda LASARTE, C., "Comentario del artículo 1893 del Código Civil", en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1952, que "no obstante, la relativa unanimidad doctrinal –que sostiene la suficiencia del aprovechamiento en la gestión, sin necesidad de ratificación- no encuentra paralelismo en la jurisprudencia, donde –como señala PASQUAU- hay sentencias que recalcan la utilidad inicial y no el resultado final (STS 27-III-45); la intranscendencia del mantenimiento de los efectos beneficiosos (STS 26-VI-46); o incluso la aproximación o asimilación entre *utiliter* y ratificación tácita (STS 17-III-20, 3-II-65)".

⁶⁴³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, art. 1727, pág. 2622.

salvedades derivadas de la diferente naturaleza jurídica entre mandato y poder. Aunque en muchas ocasiones la extralimitación del representante no deriva de una actitud maliciosa ni siquiera negligente, sino de la buena fe y la creencia de que así protege mejor los intereses de su principal.

El art. 1893 CC ampara la gestión de la que no se hubiera obtenido provecho alguno, aunque no parte de un encargo previo (o de una *potestas*) y se limita a supuestos concretos (perjuicio inminente y manifiesto). El art. 1715 CC no contempla esta posibilidad. León Alonso se pregunta si un mandatario podría infringir los límites del mandato cuando con el exceso proporcionara una superior ventaja, y llega a la conclusión de que tal vez no los límites, pero muy probablemente sí las instrucciones, atendiendo a las ideas del interés y de la *utilitas*⁶⁴⁴.

Entendemos que aunque la representación no tuviera un origen contractual o legal y derivara de un negocio de apoderamiento, los deberes de lealtad, diligencia y buena fe, obligan al representante a ajustarse a los límites de la legitimidad que le ha sido conferida. No olvidemos que el art. 1259 CC prohíbe inmiscuirse en lo ajeno, sin autorización o representación legal. Si alguien, basándose en la confianza que le inspira la persona del apoderado, decide confiarle un asunto, éste podrá hacer uso o no de ella, pero no atribuirse una legitimidad de la que carece. Ni siquiera cuando actúe con fines nobles, ya que el resultado final de lo actuado no lo va a asumir él sino otro.

Y en mayor medida sucede cuando la representación se obtiene por vía contractual (contrato de mandato, art. 1714 CC; contrato de sociedad, art. 1697.3º CC; contrato de comisión mercantil, art. 255 CCo) o legal (arts. 162, 185, 186, 221.2º, 267, 271, 272 y 299 CC, entre otros). En el primer caso porque surge de una obligación recíproca y en el segundo porque la patria potestad,

⁶⁴⁴ LEÓN ALONSO, J., Derecho Civil..., págs. 5 y 6.

tutela, ausencia y defensa judicial son instituciones de guarda concebidas para proteger intereses especialmente sensibles. Lo cual no quiere decir que no pueda adoptarse otra solución, aunque para ello sería necesario modificar la legislación actual en el sentido marcado, por ejemplo, por el art. 5112-3.1 de la propuesta de Libros V y VI CC⁶⁴⁵.

Parece, por tanto, que el mandato y, por extensión, la representación, exigen al representante sujetarse a los límites del poder y únicamente se justifica la conducta del exceso cuando se logra una ventaja para el principal, con independencia del *animus* de aquél. Y si a pesar de la buena fe con la que actúe no logra obtenerla, debe correr con los riesgos de la extralimitación: responderá *ad intra*, pudiendo hacerlo también *ad extra* –art. 1725 CC-. La buena o mala fe con la que actúe servirá para concretar su responsabilidad, igual que ocurre con el carácter oneroso o lucrativo con el que intervenga –art. 1726 CC-.

IX. 3.2.- El alcance de la *utiliter* regulada por el art. 1715 CC

Del mismo modo que la doctrina y la jurisprudencia exigen que el traspaso de los límites del poder sea sustancial para considerarlo extralimitación, Álvarez Caperochipi requiere que la ventaja obtenida sea sustancial (obtención de la finalidad esencial del negocio)⁶⁴⁶. Sin embargo, esta afirmación merece ser contextualizada: para el autor, el aprovechamiento de ventajas es un modo de ratificación, lo que comporta la asunción de los derechos y obligaciones derivados del negocio; la ventaja no sustancial aprovecharía al principal, pero al no constituir ratificación, no transformaría la gestión en mandato y solo obligaría a retribuir al gestor los gastos sufridos.

⁶⁴⁵ Art. 5112-3.1: “El mandatario debe cumplir sus obligaciones dentro de los límites del mandato. Únicamente puede sobrepasar dichos límites previa autorización del mandante o cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, resulte necesario y razonable para salvaguardar sus intereses y no sea posible consultar previamente con el mandante”.

⁶⁴⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 2983.

Desde nuestro punto de vista no se pueden ofrecer reglas absolutas en un tema como este. Interpretando conjuntamente los arts. 1714 y 1715 CC pensamos que el apoderado no puede infringir los límites del poder. No tiene una autorización *ab initio* para extralimitarse aunque busque un beneficio para el *dominus* que finalmente se materializa. El art. 1715 es más bien una medida excepcional, la *ultima ratio* con la que cuenta el negocio representativo para ser válido y eficaz, protegiendo los intereses implicados.

Partiendo de esta idea entendemos que una trasgresión de escaso calado siempre responderá mejor al espíritu de la norma que una extralimitación sustancial. Además, de ser muy importante quedaría en cuestión la efectividad del apoderamiento mismo: la eficacia del poder en el negocio representativo y si juega un papel sustancial o meramente formal; si el apoderado actúa más como gestor que como verdadero representante; y, por último, si es compatible una extralimitación muy importante con la utilidad, desde el momento en que va en contra de su voluntad expresa o tácita manifestada a través del poder. En estos supuestos creemos dudoso la aplicación de una norma objetiva prescindiendo totalmente de la voluntad del interesado.

IX. 4.- La incidencia de la *utiliter* en otros supuestos de falsa procuración

La *utiliter* presenta características peculiares en la extralimitación, comparada con el resto de supuestos que la doctrina denomina falta de representación o falsa procuración.

Es difícil imaginar que el abuso o la desviación de poder puedan resultar útiles al principal o procurarle un mayor beneficio, ya que descansan en un conflicto

de intereses que posterga el legítimo interés del principal frente a otros espurios. Aunque en teoría es posible: si el apoderado hace uso del poder para un fin personal y con ello obtiene un lucro y, además, una ventaja patrimonial para su poderdante. Como hemos indicado, la *utiliter* descansa en el interés del principal y puede estar orientada a evitar un enriquecimiento injusto. Cuando solo responde a la ventaja patrimonial, desprovista de otro tipo de consideraciones, entran en juego otros principios, como el de buena fe en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos (arts. 7.1 y 1258 CC) que hacen incompatible este tipo de actuaciones. Pero también infringe la confianza en que descansa el poder, desnaturalizando la figura: el abuso de poder se traduce en abuso de confianza. En este escenario, y aun a pesar del beneficio para el principal, creemos que la *utiliter* no sirve para dar validez al negocio representativo.

La inexistencia o la extinción del poder pueden dar lugar a dos escenarios: la representación aparente⁶⁴⁷ o la mera apariencia de poder⁶⁴⁸. En el primer supuesto los efectos que produjera la falsa representación emanarían directamente de la ley, en beneficio del tercero; y, tanto en un caso como en otro, la utilidad que la actuación del *falsus procurator* revirtiera en el *dominus* se sometería a las reglas de la gestión de negocios sin mandato, que obliga en caso de aprovechamiento de ventajas (*utiliter gestio*) y cuando la actuación hubiera tenido por objeto evitar un perjuicio inminente y manifiesto (*utiliter coeptum*).

En cambio, en la extralimitación la obligación del principal surge cuando la actuación haya sido más ventajosa que la señalada por éste (*utiliter gestum*), con independencia de que el *dominus* decida aprovecharla o no.

X. LA GARANTÍA JURÍDICA DEL TERCERO COCONTRATANTE

⁶⁴⁷ Es decir, aquella en la que concurra el elemento subjetivo (la buena fe del tercero cocontratante) junto al elemento objetivo (que el acto se haya producido dentro del área de riesgo del *dominus negotii* y la actuación del representante en nombre de aquél).

⁶⁴⁸ La actuación parte del falso representante sin implicación del *dominus*.

El art. 1259 CC permite al tercero revocar el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, antes de que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue. El precepto regula la posibilidad de que el tercero actúe frente a la extralimitación antes de que lo haga el *dominus*, desvinculándose totalmente del negocio jurídico. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es absoluto; requiere la concurrencia de determinados presupuestos subjetivos en el tercero. Y las teorías acerca del negocio jurídico extralimitado (nulidad, anulabilidad, *conditio iuris*, negocio incompleto, etc.) son incompatibles con el término legal empleado por el legislador.

X. 1.- La protección jurídica del tercero

Del art. 1259 CC parece desprenderse que el tercero solo puede defenderse de la actuación extralimitada del representante mediante la revocación. Los arts. 1725, 1726, 1101 y 1104 CC, más el art. 247 CCo, dejan abierta la puerta a la responsabilidad del mandatario o comisionista, dado el carácter supletorio que estas normas ostentan en materia representativa.

La doctrina no niega el amparo legal que el art. 1259 CC otorga al tercero, pero cuestiona los requisitos necesarios para lograr la protección jurídica⁶⁴⁹.

Destacados autores exigen que la adquisición por el tercero sea onerosa⁶⁵⁰, al basarse en la fragilidad de los negocios de causa gratuita ("minor causa"), en virtud de la máxima *qui certat de damno vitando anteponeendus est cui certat de lucro captando*.

⁶⁴⁹ Aunque no todos los autores. Así BUSTO LAGO, J.M., "Contratos de prestación de servicios...", pág. 3508, dice que el tercero puede revocar libremente su consentimiento.

⁶⁵⁰ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico...*, págs. 263, 364 y 365; GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 455 y ss; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., "Comentarios a la

En segundo lugar, el tercero solo tendría derecho a la revocación cuando negocia con el falso representante sin tener conocimiento de la insuficiencia de poder; el hecho de haber prestado su consentimiento negocial sobre presupuestos erróneos, hace prevalecer su interés frente al del falso representante. Si tiene conocimiento de la extralimitación no merece una especial protección, los intereses de ambos se sitúan en plano de igualdad y para dejar sin efecto el negocio sería necesario que actuaran de mutuo acuerdo⁶⁵¹.

Nuestro Código calla al respecto, pero las propuestas de reforma iniciadas apuntan en la dirección señalada por la doctrina. Los arts. 1288 PMCC y 1132-3 del borrador de Libro I CC dicen que la revocación solo puede ejercerse si en el momento del negocio el tercero no conocía o debía conocer la falta de poder o la extralimitación. En cambio, el art. 5111-8 de la propuesta de Libros V y VI CC, ni emplea el término revocación (dice que mientras no concurra la ratificación tanto mandante como tercero pueden dejar sin efecto el acto realizado) ni exige expresamente la buena fe del tercero (que sí requiere el art. 5111-11, al que se remite, para la protección de la apariencia).

Efectivamente, esta medida se erige en garantía del interés del tercero⁶⁵² que, ignorante de la falta en el negocio, desea desligarse del vínculo contraído con el representante. Aunque estamos de acuerdo en la idea sustancial, creemos que el conocimiento de la extralimitación por parte del tercero no siempre excluye la revocación: por ejemplo, cuando el representante se compromete a que el representado ratifique en un término o en un plazo concreto; o cuando, en

STS de 12 de diciembre de 1989...”, pág. 914; GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9047.

⁶⁵¹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 526 y 537; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1725, pág. 11787.

⁶⁵² Díez-Picazo, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1259, pág. 441.

defecto de pacto, transcurre un tiempo prudencial según el tipo de negocio concertado. Transcurrido ese tiempo, el tercero ostenta legitimación para denunciar la nulidad frente al representado, sin necesidad de actuar de mutuo acuerdo entre las partes ni de dirigirse frente al representante, ya que no puede ser obligado a permanecer en la incertidumbre *sine die*.

X. 2.- El tiempo de la revocación

El Código español, como el de otros países⁶⁵³, no fija plazo para la revocación. El art. 622-22 CCCat permite al tercero “requerir al mandante que ratifique la actuación en un plazo razonable que debe indicarle, transcurrido el cual sin declaración del mandante se entiende que no existe ratificación”. Igual que sucede en Argentina, aunque aquí se fija un máximo de quince días si depende del particular y de tres meses si depende de la autoridad administrativa o judicial (art. 370). Y como la revocación actúa como contrapunto de la ratificación, le afecta indirectamente. Este plazo solo opera cuando el tercero hubiera requerido al *dominus*; en caso contrario podrá revocar sin respetar tiempo de espera.

En Alemania, el tercero puede requerir al representado para que declare si entiende que debe aprobar el negocio del representante, considerándose negada si no se efectúa en las dos semanas posteriores a la recepción del requerimiento (parágrafo 177 II *BGB*); y mientras tanto, es decir, mientras se produce la aprobación o se deniega, expresa o tácitamente, el tercero podrá revocar el contrato, a no ser que conociera la falta de poder en el momento de concluir el contrato (parágrafo 178 *BGB*).

⁶⁵³ Colombia es uno de estos países. Sin embargo, RUÍZ MONTES, H., La representación voluntaria, en <http://contratosobligacionesugc.blogspot.com.es/2009/03/la-representación-voluntaria>, 9 agosto 2010, pág. 6, dice que en caso de extralimitación y falta de poder la Corte Suprema de Justicia de Colombia hace uso en del art. 1750 de su CC, que establece un plazo de prescripción de 4 años, durante el que se podrá demandar la rescisión de los contratos heridos de nulidad relativa.

La solución germana también se adopta en Suiza –art. 38.2-, Italia –art. 1399, cuarto párrafo- y Francia –art. 1158-, que permiten al tercero exigir (Suiza), invitar (Italia) o demandar (Francia) al interesado (representado) a pronunciarse acerca de la ratificación en un plazo razonable, tras el cual la parte queda desligada. Fijado un plazo para que el *dominus* se pronuncie, resulta innecesario el ejercicio de acción por parte del tercero para desligarse del pacto, ya que las exigencias de seguridad jurídica quedan satisfechas⁶⁵⁴.

A nivel internacional, los principios OHADAC conceden al tercero la facultad de otorgar plazo al representado⁶⁵⁵. En el mismo sentido se pronuncia el art. 65.1 del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos.

En nuestro país, la doctrina acepta un plazo que dote de mayores garantías al *interin* que se genera en el negocio extralimitado, entre la ratificación y la revocación. Aunque con matices:

- La respuesta que merezca el plazo de ejercicio de la revocación por el tercero depende de la óptica con que abordemos la naturaleza del negocio pendiente de ratificación: si se siguen las tesis que sostienen la nulidad de pleno derecho o la inexistencia, podría defenderse la ausencia de límites temporales; si por el contrario se entiende como un negocio en formación, como oferta contractual o como negocio perfecto pero sometido a *conditio iuris*, sería admisible la existencia de límites. Límites derivados del principio de buena fe y de los usos, a que refiere el art. 1258 CC⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ En este sentido se expresa CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, págs. 599 y 600.

⁶⁵⁵ Art. 2.3.9:2 “El tercero podrá, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para que ratifique. De no ratificar dentro de ese plazo, no podrá hacerlo después”.

⁶⁵⁶ MARIÑO PARDO, F., *La ratificación de la actuación...*, pág. 6.

- El negocio no puede quedar completo e ineficaz indefinidamente y también plantea diversos escenarios: si el falso representante y el tercero señalaron un plazo, deberá ejercerse dentro de él; en otro caso, hasta la revocación por la otra parte contratante; si el cocontratante requiere al *dominus* para que se pronuncie, en un plazo prudencial. Y al margen de estos casos parece que ha de limitarse el tiempo apto para la ratificación al que racionalmente resulte suficiente en cada supuesto, a partir de cuyo momento quedaría desvinculado el tercero sin necesidad de una revocación formal⁶⁵⁷.

- El principio de autonomía de la voluntad permite a las partes fijar un plazo. En ausencia de pacto, el tercero deberá ejercer su derecho dentro de un plazo razonable, cuya valoración corresponderá a la autoridad judicial si los interesados no se ponen de acuerdo⁶⁵⁸.

- El desconocimiento de la extralimitación produce un vicio en la voluntad del tercero, que deberá acudir a los principios generales de las obligaciones y contratos: revocar, una vez transcurrido el plazo de ratificación convenido entre representante y tercero, si el *dominus* no actúa dentro de él; y si no se fijó plazo, una vez agotado “un tiempo prudencial” –que vendrá determinado por las circunstancias de tiempo y lugar de la propia obligación-, libremente y sin necesidad de revocar⁶⁵⁹.

Quienes no participan de la teoría del negocio incompleto y ven en la ratificación por el *dominus* una *conditio iuris*, defienden que el negocio extralimitado se extinguirá por sí solo desde que pase el tiempo o fuera indudable que el acontecimiento no tendrá lugar (art. 1117 CC)⁶⁶⁰. Esta es la solución adoptada también por quienes admiten la validez del pacto para fijar un plazo a la ratificación: estipulado un plazo entre representante y tercero sin que el *dominus*

⁶⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. tercero...*, pág. 305.

⁶⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 612 y 613.

⁶⁵⁹ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 526.

⁶⁶⁰ SERNA MEROÑO, E., *ut supra*, pág. 524.

haya ratificado, el tercero queda libre sin necesidad de revocar (Rivero Hernández); e incluso sin acudir al pacto, una vez transcurrido un tiempo prudencial (Lacruz Berdejo, Serna Meroño).

La crítica desde sectores ajenos a la teoría de la *conditio* se amplía a la calificación usada por el Código y a la función que desempeña:

- Admitir una revocación unilateral y libre supondría equiparar el negocio jurídico representativo con una oferta de contrato⁶⁶¹.
- La facultad de revocar es tan solo un límite a los efectos de la ratificación, en cuanto el Código no hace referencia a su contenido ni a los presupuestos necesarios para su ejercicio⁶⁶².
- La revocación actúa a modo de condición, que se suma a la *conditio iuris*, “como gusta de decir cierta doctrina, pensando en la ratificación”⁶⁶³ y cumple la función de límite a la exigencia de la responsabilidad y, cuando no pueda excluirla, un límite objetivo-temporal a los perjuicios indemnizables⁶⁶⁴.

A la problemática generada por el plazo se añade la del cómputo. Para Albaladejo, el art. 1259,2º, *in fine*, concede la posibilidad de revocar antes de que se ratifique, no de que se conozca la ratificación⁶⁶⁵. En contra Rivero Hernández, para quien lo importante es que el tercero conozca o deba conocer

⁶⁶¹ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentarios de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, pág. 441.

⁶⁶² DÍEZ-PICAZO, L., *ut supra*. A la que se suma SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 525 y 526.

⁶⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1052. Según este autor el negocio falsamente representativo queda sometido a dos condiciones: la ratificación por el *dominus* y la no revocación por la otra parte contratante antes de la ratificación.

⁶⁶⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1031.

⁶⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 794.

“con una diligencia razonable” la ratificación por el *dominus* (no dice que le sea notificada sino que llegue a su conocimiento)⁶⁶⁶.

Según el texto de la norma, la ratificación puede otorgarse antes de la revocación y, a su vez, la revocación puede ejercerse antes de la ratificación. El plazo de cada acción se encuentra condicionado por el ejercicio de la contraria. No se fija un número concreto de días, sino que lo deja al criterio subjetivo de la acción o inactividad de las partes.

Pero esto no excluye la aplicación del principio de autonomía privada reconocido por el art. 1255 CC. El hecho de que se incluya a través del representante extralimitado una cláusula que fije plazo para la ratificación del *dominus*, no afecta a su validez, ya que, como dijimos, a diferencia de la extinción o la inexistencia de poder, sigue siendo representante del principal y está legitimado para actuar en su interés y/o en su nombre. La cláusula por la que el representante y tercero tratan de fijar plazo resolutorio a la anómala situación producida por la extralimitación, no solo no contraría la ley, la moral ni el orden público, sino que puede considerarse implícita en el poder (aunque no lo sea explícitamente), consecuencia del contenido normativo impuesto por el principio de buena fe al que remite el art. 1258 CC.

Pero aquí tampoco creemos que se pueda ofrecer una sola respuesta a la problemática generada: dependerá del conocimiento o desconocimiento de la extralimitación por parte del tercero. Decíamos que solo el tercero que desconoce la extralimitación puede ejercer el derecho a la revocación porque en este caso merece una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Y que la licitud de pactos alcanzados por las partes puede alterar esta regla, permitiendo su ejercicio a pesar del conocimiento. Pero el conocimiento o desconocimiento que el tercero tenga acerca de la extralimitación va a influir no

⁶⁶⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 612 y 613.

solo en la revocación sino en la validez y eficacia de los pactos alcanzados con el representante.

Si el tercero conoce la extralimitación no vemos inconveniente en que se puedan aplicar medidas equitativas en el ejercicio del plazo (que no revoque hasta transcurrido un plazo prudencial, dependiendo de las circunstancias del caso o de los usos del tráfico). Pero si desconoce esta circunstancia no se le puede exigir ningún plazo de espera, ya que en este aspecto también es merecedor de la especial protección por parte del ordenamiento. Los pactos alcanzados para evitar la revocación temporal quedan afectados por el vicio porque se negocian bajo el mismo presupuesto erróneo, de modo que el tercero podría actuar con arreglo a las reglas generales en materia de vicios de la voluntad⁶⁶⁷. Ningún vicio del consentimiento exige una carga adicional equivalente (plazo de espera) para ejercer la acción que subsane el defecto.

Respecto al conocimiento o desconocimiento que el *dominus* tenga de la revocación por parte del tercero, creemos que debe interpretarse al socaire del conocimiento o desconocimiento de la ratificación por el principal, ya que revocación y ratificación actúan como elementos opuestos de un mismo negocio incompleto: el tercero puede revocar en tanto no ratifique el principal y viceversa. El art. 1259 CC no exige el conocimiento de la revocación por el destinatario, como tampoco lo exige la ratificación. Sin embargo, igual que defendíamos el carácter recepticio en la autorización, en el poder y en la ratificación, hemos de exigirlo en la revocación. Todas estas figuras cumplen la función de acabar con la interinidad en que se encuentra el negocio extralimitado, pero también actúan como límites temporales recíprocos a los intereses ajenos; es decir, no solo lo

⁶⁶⁷ GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario del art. 767 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, op. cit., págs. 1883, utiliza la expresión error-motivo o determinante para referirse al error vicio, distinto al error en los motivos. El modo de tratar los vicios determinantes puede ser acometido desde un triple punto de vista: como vicio de la voluntad, como alteración de la organización contractual de intereses o como un riesgo que debe ser distribuido entre los contratantes. En cualquiera de sus dos manifestaciones (cualidades del objeto/identidad o cualidades de la persona), MORALES MORENO, A.M., “Comentario del art. 1266 del Código Civil...”, pág. 461, se decanta por el segundo de ellos: el error altera el proyecto de organización de intereses perfilado en el contrato, aunque no lo haga totalmente inviable.

perfeccionan o anulan sino que influyen en los derechos de los demás sujetos del negocio.

X. 3.- La naturaleza de la “revocación” ex art. 1259

Un sector de la doctrina utiliza con normalidad el término legal⁶⁶⁸. Sin embargo, la mayor parte de los autores rechazan la necesidad de revocar para anular los efectos del negocio extralimitado, o critican el término empleado y prefieren sustituirlo por otros como el de desistimiento⁶⁶⁹ o ineficacia⁶⁷⁰.

Tampoco la jurisprudencia mantiene un criterio definido y unas veces considera que el negocio extralimitado es nulo respecto del tercero [STS 29 abril 2000 (Roj: STS 3589/2000; ECLI:ES:TS:2000:3589)] o que el tercero puede ejercer una acción de resolución por incumplimiento contractual [STS 2 octubre 2001 (RJ 2001/8723)].

X. 3.1.- La revocación como categoría de ineficacia

Dentro de las categorías de ineficacia del negocio jurídico encontramos la rescisión, la revocación y la resolución, a las que se suman la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, ya sea de forma absoluta y relativa, total o parcial⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Así, Diéguez Oliva defiende la validez del negocio extralimitado en tanto no se produzca la revocación, a pesar de que el precepto declare la nulidad. Y en términos similares se expresa DE PABLO CONTRERAS, P., “La patria potestad...”, pág. 446, aplicando las normas de la extralimitación a la guarda de hecho deslegitimada.

⁶⁶⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1011, critica el término revocación por inadecuado y prefiere hablar de desistimiento. En el mismo sentido se expresa CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 599. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1727, pág. 1870, habla de desistimiento o de “declarar no querer”.

⁶⁷⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9045; aunque en las págs. 9048 y 9049 de la misma obra utiliza el término *revocación*.

⁶⁷¹ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico...*, págs. 408 y 429.

La acción revocatoria es uno de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor cuando el deudor ocasione perjuicio a sus derechos⁶⁷². En opinión del profesor De Castro, es una acción dirigida a obtener una indemnización de daños y perjuicios para lograr la reparación del daño, una acción de nulidad cuyo fin es anular el acto frente todos y una acción rescisoria ya que el acto no se considera eficaz respecto de las personas amparadas por la acción; aunque, en su opinión, no es esta la regulación ofrecida por el Derecho español, ya que “no hay duda de que (la revocación prevista por nuestro Ordenamiento) no reviste la naturaleza de acción de daños, ni tampoco produce la nulidad absoluta del acto impugnado”⁶⁷³.

Ataca la eficacia del negocio⁶⁷⁴ y provoca la devolución de las cosas que las partes hubieran percibido por este motivo. Por tanto, produce un efecto revocatorio y restitutorio. Pero para que esto ocurra es necesario que, con carácter previo, el negocio sea válido y eficaz.

Habiendo sostenido que el negocio extralimitado no es válido ni produce los efectos que le son propios, no podemos admitir que pueda ser revocado. Solo podría admitirse esta teoría si concebimos el negocio representativo como independiente y autónomo del negocio legitimador o causal, lo que va en contra de la concepción de la representación como negocio complejo. Desde el momento en que el negocio *ad extra* exige, como elemento esencial, un consentimiento ajeno en virtud de una causa común, que hace que los efectos de este negocio no repercutan en el representante sino en el representado, no podemos emplear un mecanismo previsto para la cesación y restitución de los

⁶⁷² DE CASTRO, F., “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo I*, op. cit., págs. 156 y 168, no exige fraude en la conducta; en el mismo sentido se expresa VAQUER ALOY, “Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña)”, ADC, Fascículo 4, 1999, págs. 1515 a 1517, 1519, 1524 y 1525. Por el contrario, BETTI, E., *ut supra*, pág. 430, requiere un perjuicio “que resulta conscientemente producido a él y subsistente en el momento en que se promueve la demanda”.

⁶⁷³ DE CASTRO, F., *ut supra*, págs. 153 y 154.

⁶⁷⁴ VAQUER ALOY, “Inoponibilidad y acción pauliana...”, págs. 1515 a 1517, 1519, 1524 y 1525.

efectos de un negocio válido y eficaz. Esto no obsta para que produzca otros efectos derivados de la pendencia por extralimitación, ni impide que el tercero tenga derecho a desligarse del negocio en formación.

El hecho de que el representante extralimitado se haya comprometido personalmente para con el tercero no cambia las cosas. A primera vista parece que estaríamos ante la promesa de hecho ajeno, donde el promitente se compromete frente al tercero, bien a indemnizar los perjuicios derivados de la frustración del negocio, bien a cubrir la expectativa del acreedor a través del cumplimiento personal, mediante la creación *inter partes* de una relación bilateral perfecta por la que asume una obligación de riesgo. No obstante, Gullón Ballesteros rechaza esta teoría desde el momento en que el promitente contrata en nombre e interés propio, y el representante extralimitado lo hace en interés y/o en nombre ajeno. Por tanto, la fuente de los efectos jurídicos es distinta: en la promesa de hecho ajeno parte de la obligación directa asumida por el promitente mientras que el representante carece de poderes para asumir esa obligación y, a lo sumo, podrá indemnizar por el daño ocasionado⁶⁷⁵. El hecho de que el representante extralimitado se comprometa frente al tercero no puede suponer la asunción de la obligación contraída para con el principal: si el bien sobre el que recae es propiedad del *dominus* o versa sobre un hacer personalísimo, por imposibilidad legal; si recae sobre una obligación de dar, hacer o no hacer que no revista ninguno de los anteriores caracteres, porque al variar la causa contractual estarían pactando una novación contractual que ya no entraría dentro de la órbita de la representación.

Si comparamos el empleo del término revocación en el art. 1259 CC y en los art. 1733 CC y 279 CCo, ubicados dentro de las causas de extinción de los contratos de mandato y comisión, vemos que funcionan de diferente manera. En estos, las partes asumen una posición bilateral de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos. El principio de vinculación contractual impide que una de las partes

⁶⁷⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A., "La promesa de hecho ajeno", ADC, Fascículo 1, 1964, pág. 12.

pueda desligarse unilateralmente (arts. 1091 y 1256 CC), aunque se base en una relación de confianza. Para ello es necesario el mutuo disenso⁶⁷⁶ o el ejercicio de acciones dirigidas a atacar la validez o eficacia del negocio. El hecho de que el Código permita la actuación unilateral del principal en un contrato bilateral nos da una idea acerca de la inadecuación del término empleado. Pero aun así, la revocación parte de un contrato perfecto y válido: el mandato o la comisión; mientras que en la extralimitación, el negocio extralimitado no lo es.

X. 3.2.- El desistimiento

Es una aplicación discrecional y libre de la autonomía privada, destinada a anular los efectos de la regulación de intereses, que por su carácter unilateral requiere la concurrencia de una justa causa. Esta justa causa ha de ser reservada a la parte en el contrato o constituir un elemento natural del negocio jurídico (como sucede en la denominada revocación del contrato de mandato)⁶⁷⁷. Es una figura también presente en el ámbito procesal (art. 19 LEC)⁶⁷⁸.

De Amunátegui Rodríguez se inclina por esta solución⁶⁷⁹. En el mismo sentido se pronuncian Rivero Hernández⁶⁸⁰ y *Cariota Ferrara*⁶⁸¹, para quienes el tercero

⁶⁷⁶ Para DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891...”, pág. 441, la facultad de desligarse solo será posible, en opinión de Díez-Picazo, a través del mutuo disenso de representante y tercero o, en otro caso, de acuerdo con las condiciones que este contrato reunía y las medidas de protección de que pueda valerse (falta de ratificación en el plazo convenido, error sobre el carácter representativo del cocontratante, etc.).

⁶⁷⁷ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico...*, pág. 430.

⁶⁷⁸ Como indican CORTÉS DOMÍNGEZ, V., y MORENO CATENA, V., *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica. Con formularios, comentarios y jurisprudencia, Vol. I, Juicio ordinario y Juicio verbal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 149, admite dos modalidades: el desistimiento unilateral (que tiene lugar antes del emplazamiento del demandado) y el bilateral (una vez emplazado y comparecido el demandado. Como lo que se renuncia a través del desistimiento en el proceso no es al derecho subjetivo sino a la acción, efectuado antes de la implicación del demandado, nada tiene que decir y el actor podrá actuar a su voluntad; una vez emplazado, el demandado puede oponerse por no estar interesado en dilatar la controversia, lo que tiene relevancia de cara al pago de las costas procesales.

⁶⁷⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1727, pág. 1870, también habla de desistimiento o “declarar no querer”.

⁶⁸⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1031. En la pág. 1011 critica el término revocación por inadecuado y prefiere hablar de desistimiento.

⁶⁸¹ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 599.

puede optar por el desistimiento o por la indemnización. Aunque el parágrafo 178 *BGB* las declara incompatibles, el autor español defiende su compatibilidad en nuestro ordenamiento, siempre que aquél venga motivado por el fin de evitar mayores perjuicios o una situación provisional e insegura.

X. 3.3.- Nuestra posición

No existe una figura que identifique claramente la acción del tercero para desligarse del negocio extralimitado antes de la ratificación por el principal.

El mecanismo que ofrece el art. 1259 CC se concibe como garantía del tercero frente al negocio sin poder o extralimitado⁶⁸², y como límite, a los efectos de la ratificación⁶⁸³ o de la exigencia de responsabilidad⁶⁸⁴.

Considerando que cumple todas estas funciones apuntadas por la doctrina, compatibles entre sí, no participa de la naturaleza de las acciones que atacan la validez del negocio jurídico, porque aún no se ha consumado; ni tampoco su eficacia, porque todavía no la despliega. Busca desligar a las partes (representante y cocontratante) del pacto alcanzado para un tercero (el *dominus*) que, como hemos señalado, produce ciertos efectos que le son propios, si bien no alcanzan a los que produciría el negocio representativo.

Realizando un análisis sistemático (art. 3.1 CC) del segundo párrafo del art. 1259 CC llegamos a la siguiente conclusión: la consecuencia de la ratificación es la validez y eficacia del negocio representativo; la denuncia por parte del tercero

⁶⁸² DÍEZ-PICAZO, L., "Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...", art. 1259, pág. 441.

⁶⁸³ DÍEZ-PICAZO, L., *ut supra*; SERNA MEROÑO, E., "Comentario al artículo 1259 del Código Civil...", págs. 525 y 526

⁶⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", pág. 1031.

permite la liberación de las partes, la cesación de los efectos derivados del pacto y la posible exigencia de responsabilidad. No obstante, esta acción se inserta dentro de un párrafo que sanciona la nulidad del negocio extralimitado o carente de poder. Por tanto creemos que la revocación aludida es el medio para hacer valer los efectos derivados de la nulidad.

Prima facie, el tercero puede acudir a la vía privada, haciendo uso de lo que el Código llama “revocación”. No se trata de una revocación pura, porque el negocio no se ha consumado y, por tanto, no puede atacar su validez y eficacia, sino de un término análogo con el que se alude a la declaración de voluntad emitida por una parte frente al titular del interés que representa la contraparte, dirigida a destruir los efectos derivados del negocio incompleto y restituir las cosas a su estado previo.

Si el *dominus* se opone, como esta acción del tercero sirve de límite temporal a su ratificación y ya no cabe completar el negocio jurídico, éste deberá acudir a la vía judicial solicitando la nulidad del negocio extralimitado.

En ambos casos, las consecuencias jurídicas para el negocio son las mismas: carencia de efectos jurídicos y restitución de las cosas al estado previo. De hecho, el art. 1156 del *Code* francés, tras la reforma operada por la ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, dice expresamente que el tercero puede invocar la nulidad cuando supo que el acto se llevó a cabo por un agente sin autoridad o excediendo su autoridad.

A pesar de la máxima de que lo nulo, nulos efectos produce, y la innecesariedad de su alegación defendida por un importante sector doctrinal, es obligatorio el ejercicio de la acción en los negocios no representativos cuando las partes implicadas discuten la nulidad y las consecuencias derivadas. Las complejas relaciones a que avoca la representación y el equilibrio de intereses entre las

partes implicadas (generalmente el *dominus* y el tercero) parecen llevar al legislador a crear un mecanismo para que el tercero pueda denunciar la nulidad del negocio extralimitado antes de la ratificación por el principal. Esta acción encuentra correspondencia en la ratificación por el *dominus* antes de que el tercero denuncie la anomalía, provocando la nulidad de todo lo actuado. No tanto del negocio representativo, que no existe como tal, sino del pacto alcanzado entre representante y tercero, y de los efectos que le son inherentes.

X. 4.- Ámbito subjetivo de la pretensión revocatoria

En Alemania, la revocación puede dirigirse frente al representante y frente al representado (parágrafo 178 *BGB*).

En nuestro país no existe una respuesta legal a este problema⁶⁸⁵, solo propuestas normativas: el art. 1288, quinto párrafo, PMCC, dice que la revocación requiere comunicación al representado; y el art. 1132-3.1 del borrador de Libro I CC exige que dicha comunicación se haga “a los supuestos representante y representado”.

En principio, parece que la revocación debe dirigirse frente al representado porque es quien goza de verdadero interés, pero ante todo porque es la actuación de éste (a través de la ratificación) la que marca el límite temporal a la revocación y acota la responsabilidad del negocio extralimitado.

Admitir como interlocutor válido y legítimo al representante plantea algunas dudas: sobre él pesa la causa revocatoria, al menos en parte (en la porción

⁶⁸⁵ El art. 622-22 CCCat parece no exigir la revocación, ya que considera que los actos extralimitados no vinculan al mandante. En caso de que el tercero requiera de ratificación al *dominus*, el silencio derivado del transcurso del plazo equivale a la falta de ratificación, quedando las partes liberadas del pacto.

extralimitada) ha dejado de ser representante del principal y carece de la confianza del *dominus* desde el momento en que no ha ratificado el negocio.

Pero también es cierto que, aunque aconsejable, no siempre concurre la *contemplatio dominii* en la representación. Si solo admitiéramos como destinatario al principal quedaría en indefensión el tercero que ignora el carácter representativo del negocio, la identidad o los datos necesarios para localizar al *dominus*⁶⁸⁶. En segundo lugar, quien ha negociado con el tercero no ha sido éste sino el representante. Además, el representante extralimitado solo deja de serlo en la porción extralimitada pero, como dijimos, sigue siendo representante de su principal. Es decir, comete un acto que puede ser causa para la revocación del poder pero no va implícita en su uso indebido. Y, por último, la ratificación en la extralimitación puede hacerse personalmente por el *dominus* o a través de representante, argumentos todos ellos que nos llevan a pensar que la revocación dirigida al representante es tan válida como la dirigida al interesado principal.

Nuestro Código solo habla de la revocación por el tercero pero no aclara si el representante extralimitado o el representado pueden revocar. Rivero Hernández plantea, aunque no desarrolla, la posibilidad de revocación por el representante⁶⁸⁷. No es una cuestión baladí por las consecuencias que la extralimitación puede comportar para ellos.

⁶⁸⁶ Al no poder desligarse válidamente del negocio extralimitado. El hecho de poder descubrirlo mediante las oportunas averiguaciones no cambia las cosas, desde el momento en que puede resultar perjudicado frente al principal, por disponer de menor plazo para revocar que aquél para ratificar.

⁶⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Naturaleza y situación...", pág. 1135.

Aunque el tema fue objeto de discusión en la doctrina germana anterior al *BGB*, tras su entrada en vigor ha sido resuelto por los parágrafos 177⁶⁸⁸ y 178⁶⁸⁹, que niegan esta posibilidad, concediéndola únicamente al tercero.

En la doctrina italiana, *Graziani* habla de la posibilidad de revocación por parte del gestor (y del tercero) antes de la ratificación⁶⁹⁰. Aunque la respuesta al interrogante planteado depende de la concepción del negocio antes de la ratificación:

- Si se considera una oferta contractual, ninguna relevancia tendrá la revocación del gestor, que interviene como simple nuncio del tercero (la revocación por el tercero sería a su vez una revocación de la oferta contractual); tampoco cabe una revocación pactada entre gestor y tercero porque aquél no es parte en el contrato —el pacto de revocación es admitido por *Mitteis*, *Tartufari* y *Pacchioni*, y negado por *Windscheid*—.

Ruhstrat trata de mitigar las consecuencias de esta teoría diciendo que cabe el pacto de revocación, pero en este caso el representante no actúa como tal sino en nombre propio: el representante negocia en nombre del principal al tiempo que pacta, en nombre propio, con el tercero, quedando inmediatamente vinculado. Una vez que se pronuncia el *dominus* pueden darse dos posibilidades: que ratifique, en cuyo caso el contrato principal queda concluso y deviene eficaz, o que no lo haga y todo lo pactado sea nulo.

⁶⁸⁸ Parágrafo 177: “Si una persona celebra un contrato en nombre de otra sin poder de representación, será necesaria la ratificación del principal para que el contrato produzca efectos a favor o en contra del principal. Si la otra parte obliga al principal a declarar si ratifica o no el contrato, la declaración solo puede hacerse a aquélla. Una declaración del representante antes de la ratificación o de la denegación de la ratificación no es válida. La ratificación solo podrá ser declarada en el plazo de dos semanas desde la recepción del requerimiento. Si no se contesta dentro de ese plazo se considera denegada”.

⁶⁸⁹ Parágrafo 178: “Hasta la ratificación del contrato, la otra parte tiene derecho a revocarlo, a menos que supiera la falta de poder cuando firmó el contrato. La revocación puede ser declarada al representante”.

⁶⁹⁰ GRAZIANI, A., *Studi di Diritto Civile...*, pág. 29 y ss.

- De seguir la teoría de *Zimmerman*, es decir, la teoría de la *conditio iuris*, no cabe posibilidad alguna de revocación para gestor ni para tercero, ya que sería un derecho del *dominus*; aquellos estarían vinculados por un negocio perfecto. Solo admite una revocación por el tercero cuando ignorase la falta de poder⁶⁹¹.

Está claro que el negocio extralimitado, no ratificado ni útil, no vincula al *dominus*, pero sabemos que el ordenamiento prevé la responsabilidad del representante (y a veces también del representado) frente al tercero. De buena lógica, si quien puede ser responsable tiene conocimiento de un ejercicio inadecuado del poder, debería permitírsele poner remedio cuanto antes, denunciando la situación. Esta conducta no sanará la extralimitación pero sí podrá aminorar el *quantum* indemnizatorio y ser indicativo del *animus* con el que actuó.

XI. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA EXTRALIMITACIÓN

XI. 1.- El interés *versus* cumplimiento

El incumplimiento por sí solo no genera responsabilidad; es necesario que produzca un daño. La parte que ha visto frustradas sus expectativas puede actuar frente al causante directo o indirecto de esa falta, reclamando el cumplimiento de la prestación, directo o por equivalente⁶⁹², y/o el resarcimiento del daño. Al margen de lo dispuesto por la norma, hay que acudir a los pactos que en materia contractual puedan establecer las partes.

⁶⁹¹ GRAZIANI, A., *ut supra*.

⁶⁹² Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. II...*, pág. 226, distinto del resarcimiento de daños es el cumplimiento por equivalente, entendiéndose por tal el abono de la suma que representa el valor de la prestación pactada y no cumplida.

La extralimitación comporta un incumplimiento del poder de representación del representante frente al representado. Y puede suponer también un incumplimiento frente al tercero cuando éste desconoce la falta de poder o incumple la promesa de ratificación por parte del principal.

Las posturas que encontramos dentro de la doctrina española no se caracterizan precisamente por su claridad:

- Un primer grupo de autores duda acerca de si el art. 1725 CC se refiere a la responsabilidad personal más el cumplimiento de la obligación por parte del representante, o el Código solo opta por la primera posibilidad. De acumularse la obligación a la responsabilidad, ésta comprendería el interés contractual positivo; en caso de resarcirse solo el daño, debería compensarse el interés negativo⁶⁹³.

- Para otros, el art. 1725 CC permite obligar al mandatario tanto a cumplir personalmente el contrato celebrado como a indemnizar los daños y perjuicios que se irroguen al tercero, siempre que concurren dos circunstancias: el traspaso de los límites del poder y el no haber dado conocimiento suficiente del mismo al tercero⁶⁹⁴.

⁶⁹³ DIÉGUEZ OLIVA, R., "Quod nullum est, nullum effectum producit? La sanción de nulidad del art. 1259 CC", en *Nulidad de los actos jurídicos: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, Dialnet, nº 1, 2006, pág. 3, parte de la aparente contradicción entre los arts. 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 CC a la hora de discernir el tipo de responsabilidad que configura el Código frente al tercero. Podría ventilarse al amparo de los arts. 1303 y ss. o, por vía analógica, mediante los arts. 1725 CC –mandato-, 1697 CC –sociedad-. El art. 1725 CC no concreta si se trata de una responsabilidad personal más el cumplimiento de las obligaciones convenidas o tan solo de una indemnización por los daños y perjuicios causados. La vinculación personal supondría la indemnización del interés contractual positivo, lo que acarrearía la resolución del contrato con los ulteriores efectos indemnizatorios, solución recogida por el art. 3:204 de los *Principles of European Contract Law* [STS 2 octubre 2001 (RJ 2001/8723)]. En caso contrario el falso representante debería indemnizar el interés contractual negativo, por culpa *in contrahendo*, como postula el parágrafo 179.2 BGB. Esta postura también ha sido defendida por MARIÑO PARDO, F., La ratificación de la actuación..., pág. 6.

⁶⁹⁴ Díez-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 223; GARCÍA RUBIO, M^a.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 204, que concibe la responsabilidad impuesta al falso representante como una sanción.

- Los hay que defienden la indemnización como regla general, así como la posibilidad de que “en algún caso” pueda quedar contractualmente vinculado el propio mandatario: cuando la prestación sea fungible y de las circunstancias del caso no se deduzca que esta solución quedaba implícitamente excluida⁶⁹⁵.

- Aunque la mayoría de la doctrina española –Lacruz Berdejo, Gordillo Cañas, etc. - se decanta en la extralimitación por el criterio del interés negativo, basado en la confianza defraudada⁶⁹⁶.

Serna Meroño distingue dos escenarios: que el representante se hubiera obligado con el tercero a la ratificación del principal o que no exista ese pacto. Cuando ante el conocimiento de la insuficiencia de poder el representante se obliga frente al tercero a que el representado ratifique, la negativa a ratificar desencadena la obligación del representante frente al tercero en virtud de la promesa de un hecho ajeno⁶⁹⁷. Su contenido dependerá del acuerdo al que hubieran llegado las partes.

En el segundo supuesto, es decir, cuando no exista pacto de ratificación, Serna Meroño se decanta por la indemnización. La responsabilidad del representante frente al tercero sería extracontractual, salvo en el supuesto contemplado por el art. 10 LCCh⁶⁹⁸. Alfaro Águila Real y Pérez Ramos⁶⁹⁹ opinan, en cambio, que la

⁶⁹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1041, 1048, 1050 y 1051.

⁶⁹⁶ Véase, por ejemplo, a GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9049. Aunque también hay autores que aluden al interés positivo, como GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 11718.

⁶⁹⁷ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, págs. 524, 525 y 527. En el mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, “La promesa de hecho ajeno...”, pág. 18.

⁶⁹⁸ SERNA MEROÑO, E., *ut supra*.

⁶⁹⁹ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?...”, pág. 8.

responsabilidad del mandatario –léase, representante- frente al tercero, es de naturaleza contractual.

Gullón Ballesteros rechaza la promesa de hecho ajeno en nuestro Derecho, al haber desaparecido del Código toda referencia a ella. Pero, aun admitiendo esta posibilidad, no derivaría en el cumplimiento de la prestación (evidentemente no personalísima) por sustitución, porque de este modo se violaría el espíritu del contrato (basta prometer el propio hecho o, solidaria o subsidiariamente al del tercero para el caso en que éste faltare; y si lo hace subsidiariamente habría que pensar en el contrato por persona a determinar)⁷⁰⁰.

Hay países que se decantan por el interés negativo (Italia, Argentina)⁷⁰¹, aunque la mayoría no tienen un claro posicionamiento (Francia y gran parte de los países iberoamericanos)⁷⁰². Junto a ellos están los que adoptan una solución ecléctica,

⁷⁰⁰ GULLÓN BALLESTEROS, “La promesa de hecho ajeno...”, págs. 18 a 20.

⁷⁰¹ Art. 1398 CC italiano: “Quien ha contratado como representante sin poderes o excediendo los límites de las facultades conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato”. Art. 376 CC argentino: “Si alguien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades conferidas por el representado, es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad”.

⁷⁰² Según el CC francés: art. 1992. “El mandatario es responsable, no solo del dolo sino también de la culpa que cometa en su gestión. Sin embargo, la responsabilidad relativas a la culpa, se aplicará con menos rigor a aquel cuyo mandato es gratuito, que a aquel que recibe algún estipendio”; y art. 1997. “El mandatario que dio a la parte con quien contrata, en virtud de dicha calidad, conocimiento suficiente de sus poderes, no está obligado garantizar en modo alguno por lo que hizo de más, a no ser que se sujetase a ello personalmente”. En América, podemos citar países como Venezuela, Chile, Bolivia, Brasil o Perú. El art. 1697 CC Venezuela dice que el mandatario que contratando como tal ha dado a la parte con quien contrata conocimiento suficiente de las facultades que se le hayan conferido, no es responsable para con ella de lo que haya hecho fuera de los límites del mandato, a menos que se haya obligado personalmente. Aunque no queda claro a qué se refiere el Código cuando dice “obligado personalmente”, ya que puede interpretarse como cumplimiento personal, como cumplimiento por equivalente o como indemnización del daño. A la misma confusión nos lleva el art. 2154 CC Chile: “El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante; y no es responsable a terceros sino, 1. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; 2. Cuando se ha obligado personalmente”. Igual que sucede con el CC Bolivia, arts. 469 (“Si el representante no ha justificado la calidad y extensión de sus facultades o poderes ante un tercero, responde por los actos que a éstos excedan”) y 816 (“El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es responsable ante los terceros con quienes contrató, si no les dio conocimiento bastate de sus poderes o si contrajo obligaciones personalmente”). En los mismos términos que el art. 469 boliviano se expresa el art. 118 del CC Brasil, cuyo art. 673 dice además: “El tercero que, después de conocer los poderes del mandatario, celebra un negocio jurídico extralimitado, no tendrá acción contra el mandatario, salvo que éste le hubiera prometido

permitiendo tanto la indemnización del daño como el cumplimiento en función de las circunstancias concurrentes (Alemania, Méjico)⁷⁰³, aunque incluso en estos supuestos no existe una respuesta unívoca al problema planteado por el tipo y alcance de la responsabilidad.

En Alemania, el parágrafo 179 *BGB* dice que si el representante conocía su falta de poder queda obligado, a elección del acreedor, a cumplir el contrato o a reparar el daño. Por ello en Alemania sí tiene sentido la distinción entre cumplimiento y resarcimiento. *Von Thur*, en su Tratado de Obligaciones, defiende la posibilidad apuntada en nuestro país por Serna Meroño, tanto para el Derecho alemán -que lo prevé en el parágrafo 179-, como para el Derecho suizo, en caso de culpa del representante –a pesar de que el art. 39 del Código de Obligaciones no lo prevea-⁷⁰⁴.

Si el acreedor opta por la reparación, ésta ha sido interpretada como el abono de una suma en dinero, que deberá medirse con arreglo al interés positivo y la teoría de la diferencia (entre lo que hubiera obtenido en caso de validez del contrato y el importe de su propia prestación)⁷⁰⁵. Si el representante ignoraba que carecía de suficiente poder deberá indemnizar únicamente el daño, que no podrá superar el interés de la contraparte en caso de existir poder suficiente. En esta reparación se ha visto el interés negativo, limitado por el *quantum* del interés

ratificación o se responsabilizara personalmente”. Y el art. 161, primer párrafo CC peruano: “El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros”.

⁷⁰³ El art. 7782 CC del Estado de Méjico dice que en caso de violación o exceso por parte del mandatario del encargo recibido, además de la indemnización del mandante, de daños y perjuicios, queda a opción de éste, ratificarlo o dejarlo a cargo del mandatario; mientras que el art. 7785 del mismo texto legal sanciona al mandatario que se exceda de sus facultades con la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquél traspasaba los límites del mandato. En los mismos términos se expresan los arts. 2565 y 2568 del CC Federal de Méjico. Como hemos visto ut supra, *nota 74*, el parágrafo 179 *BGB* obliga al representante a responder frente a la parte contraria, es decir, frente al tercero, aunque responsabilidad varía, dependiendo del conocimiento o ignorancia que posea acerca de su falta de poder.

⁷⁰⁴ VON THUR, A., *Tratado de obligaciones...*, pág. 261.

⁷⁰⁵ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, págs. 152 a 154.

positivo⁷⁰⁶. Quedará exonerado de esta responsabilidad cuando el tercero conozca o deba conocer la insuficiencia de poder y cuando el representante con capacidad de obrar limitada actúe sin el asentimiento de su legal representante. Sin embargo, la responsabilidad puede eludirse mediante pacto con el tercero y, en caso de los menores y personas equiparadas, es exigible siempre que el representante les permita actuar en nombre ajeno, aun cuando esta autorización sea restrictiva: para el caso de estar dotados de poder necesario y estando exhortados a que no se extralimiten⁷⁰⁷.

Los principios internacionales parecen decantarse por el interés negativo. Es el caso del art. 16 del Convenio sobre representación en la venta internacional de mercancías (*Convention on Agency*)⁷⁰⁸, y del art. 3.204 *PECL*⁷⁰⁹.

En España, el art. 1725 CC atribuye responsabilidad al mandatario que traspasa los límites del mandato sin dar al tercero conocimiento suficiente de sus poderes (en un sentido similar se expresa el art. 247, segundo párrafo, CCo⁷¹⁰) y el art. 1726 dice que esta responsabilidad, que no concreta ninguno de los preceptos, puede ser por dolo o por culpa. Esto pudiera hacer pensar que la responsabilidad del mandatario para con el *dominus* debe regirse por el mismo criterio, es decir,

⁷⁰⁶ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., *ut supra*.

⁷⁰⁷ MORÓN KAVANAGH, M^a.L., *ut supra*.

⁷⁰⁸ Según el art. 16 del Convenio, un representante que actúa sin poder o fuera de los límites del poder quedará obligado, a falta de ratificación, a pagar a la otra parte una compensación que sitúe a ésta en la misma posición en que habría estado si el representante hubiera actuado con poder o dentro de los límites de éste. El representante no quedará obligado, sin embargo, si la otra parte conocía o debía haber conocido que el representante no tenía poder o que estaba actuando fuera de los límites del mismo.

⁷⁰⁹ El art. 3.204 *PECL* dice que cuando una persona actúa como representante pero carece de poder de representación o actúa fuera del objeto de su poder, sus actos no vinculan ni al principal ni al tercero. Si no se produce la ratificación por el principal de acuerdo con el art. 3.207, el representante está obligado a pagar al tercero una indemnización de daños que coloque a éste en la misma situación que tendría si el representante hubiera actuado con poder. Esta regla no se aplica si el tercero conocía o podía conocer.

⁷¹⁰ Art. 247, segundo párrafo, CCo: "En el caso prescrito en el párrafo anterior –si el comisionista contratara a nombre del comitente–, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista". No obstante, mientras el precepto civil es de aplicación a la extralimitación, el mercantil está pensado para la falta o ausencia de comisión.

que solo la asume en caso de que el traspaso se haya producido sin dar el debido conocimiento al tercero. O a la inversa, que con el conocimiento al tercero se exime de responsabilidad en todo caso y frente a todos. No obstante, creemos que esto no es así. El primer precepto alude a la responsabilidad *ad extra*, mientras que el segundo es de aplicación a ambos campos: interno y externo⁷¹¹. Siempre que nazca la responsabilidad del mandatario, el art. 1726 CC servirá de criterio para hacerle responder del dolo y de la culpa, con la facultad moderadora de los Tribunales.

Aunque el Código no precise el tipo de vinculación en la que se puede incurrir a consecuencia de la extralimitación, parece que opta por el resarcimiento. Así, cuando el art. 1101 CC dice que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”; y cuando los artículos 1902 y 1903 CC obligan a reparar el daño causado, propio o cometido por las personas de quienes se deba responder.

La ausencia de normas en sede representativa obliga a acudir a las del contrato de mandato, y el art. 1725 CC alude a la responsabilidad personal del mandatario, puede hacernos pensar que esta expresión alude directamente al cumplimiento. No obstante, el art. 1717 CC utiliza el término “directamente” –no personalmente- y el art. 1718 CC señala la responsabilidad por daños y perjuicios.

Es cierto que aquél acepta el riesgo que lleva implícito el uso del poder pero esto no permite desnaturalizar la figura, creando una sanción que lo convertiría en

⁷¹¹ En cambio, el art. 622-22.3 CCCat alude a la responsabilidad del mandatario extralimitado frente al mandante y frente al tercero de buena fe, aunque sin concretar su naturaleza: “El mandatario que se extralimita responde ante el tercero de buena fe y el mandante. El tercero de buena fe tiene acción contra el mandante si este se ha aprovechado de la actuación extralimitada”.

parte⁷¹². No olvidemos que estamos ante un contrato para otro. Si en un contrato no representativo una parte demanda a otra el cumplimiento y acaba estimándose su pretensión, se le obliga en los términos del pacto: no se modifica el objeto ni la causa (como tampoco resultan afectadas en la novación subjetiva). Si lo que se pretende en la extralimitación de la representación es vincular al representante, se estaría sustituyendo un contrato representativo por otro que no lo es, alterando la causa negocial y vulnerando el art. 1091, en relación con los arts. 1254 y ss. CC. Cuestión distinta es que en el pacto alcanzado, el representante se comprometa personalmente si el principal no ratifica la extralimitación. En este caso se produce una novación contractual voluntariamente asumida –arts. 1203 y ss. CC-.

Creemos que el art. 1725 CC lo que hace es trasladar la responsabilidad del *dominus negotii*, como destinatario final de los efectos negociales, a quien con su conducta (extralimitación) ha infringido la confianza depositada (poder) o la obligación asumida (ley y contrato), pero no entra a valorar el tipo de responsabilidad ni el modo de resarcimiento.

El tercero no puede reclamar el cumplimiento frente al principal, ni en forma específica ni por equivalente⁷¹³, porque lo impide el art. 1727 CC, ni tampoco frente al representante, ya que actúa en defensa de un interés ajeno, sobre una

⁷¹² RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1048, niega que el cumplimiento *in natura* suponga el reconocimiento genérico de la calidad de parte contractual para el representante ya que, según él, tiene un origen legal y no voluntario. No obstante, creemos que solo puede encontrar amparo legal con una interpretación forzada de la norma, que de aplicarse atentaría contra la causa negocial. Distinto es el caso de otros ordenamientos, como el alemán, que sí prevén esta situación, y donde la novación encuentra apoyo explícito en la norma positiva. La protección del perjudicado nada tiene que ver con el cumplimiento *in natura*, porque de ser así no sería posible protegerle cuando la situación jurídica final resultara inatacable: por ejemplo, cuando durante el ínterin hubieran adquirido derechos terceros ajenos al negocio, protegidos por la fe pública registral.

⁷¹³ En el ámbito de la responsabilidad contractual, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1106, pág. 46, dice que nuestro CC no formula claramente la regla de que el acreedor tenga que acudir al cumplimiento por equivalente sólo en el caso de que el cumplimiento *in natura* no sea posible. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2001 y 2002.

persona o un patrimonio que no le pertenecen; y aunque pudiera concurrir un interés propio, no sería privativo. La única vía legalmente admisible sería reclamar el interés, es decir, la responsabilidad derivada de la extralimitación.

Pérez Ramos, no cree que baste con decir que la protección del tercero se obtiene con la responsabilidad del mandatario, ya que lo que el tercero buscaba era contratar con el mandante y no ostentar un derecho de crédito contra aquél⁷¹⁴. Y en verdad es así: con la responsabilidad no obtiene lo que quería, pero al menos queda indemne del perjuicio ocasionado por la frustración del negocio.

XI. 2.- Contenido de la responsabilidad en la extralimitación

La responsabilidad se puede definir como la asunción por el deudor de las consecuencias económicas negativas que la infracción obligacional ha producido en el acreedor. Es una obligación secundaria, ya que tiene como supuesto de hecho una previa obligación infringida, aunque una vez nacida la obligación de resarcimiento se independiza totalmente de ella. Esta conexión mínima la diferencia de la relación de subsidiariedad o conexión máxima propia de las obligaciones de garantía⁷¹⁵.

El fundamento de la responsabilidad no se basa en el incumplimiento producido sino en el daño sufrido (prestación del *id quod interest*), y no desempeña una función punitiva sino compensatoria⁷¹⁶.

⁷¹⁴ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?...”, pág. 8.

⁷¹⁵ BADOSA COLL, F., “Comentario del artículo 1101 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 34 y 35; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Vol. Primero...*, pág. 206.

⁷¹⁶ En el ámbito de la responsabilidad contractual: LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, op. cit., art. 1101, pág. 1205; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1106, pág. 47; CARRASCO, *Comentarios*

El resarcimiento es tan solo uno de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones, diferente de la reintegración del derecho subjetivo o situación jurídica lesionada, así como de la ejecución forzosa, de la resolución y otros efectos propios del contrato sinalagmático⁷¹⁷.

XI. 2.1.- Alcance de la responsabilidad

XI. 2.1.1.- La total indemnidad del lesionado

La indemnización que comporta el resarcimiento en forma de capital deberá incluir la reparación económica de todo el menoscabo patrimonial sufrido por el perjudicado. Solo así logrará restablecerse el equilibrio anterior a la perturbación, sin desproporción entre el menoscabo y la reparación [STS 28 abril 1955(Roj: STS 2660/1955; ECLI:ES:TS:1955:2660)].

El total resarcimiento abarca la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse producido el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver al patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber

al Código Civil, tomo XV-1, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), op. cit., págs. 668 y 669; DE PABLO CONTRERAS, P., "La responsabilidad contractual", en *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado de la persona*, Coordinador Pedro DE PABLO CONTRERAS, Tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, págs. 203 y 204. Del lado de la responsabilidad extracontractual: PANTALEÓN, F., "Comentario del artículo 1902 del Código Civil...", pág. 1971; PARRA LUCÁN, M^a.A., "La responsabilidad civil extracontractual", en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, págs. 866 y 867.

⁷¹⁷ LLAMAS POMBO, E., *ut supra*; BADOSA COLL, F., "Comentario del artículo 1101 del Código Civil...", pág. 35.

mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*) [STS 6 octubre 1982 Roj: STS 1470/1982; ECLI:ES:TS:1982:1470]⁷¹⁸.

En contra de esta teoría, denominada “de la diferencia”, se posiciona Pantaleón, quien sostiene que de admitirla se estaría dando entrada a las causas hipotéticas del daño y admitiendo la más amplia figura de la *compensatio lucri cum damno* (al tiempo que reconoce el enriquecimiento injusto del dañado en caso de inadmitirse tal *compensatio*). Comparte la reparación integral, pero sobre la base de una concepción subjetiva del daño que tenga en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado, en lugar de disolver el problema en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética, propia de la teoría objetiva⁷¹⁹.

El concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del causante del daño es común a la esfera contractual, sobre la base de los arts. 1101, 1106 y 1107 CC, y a la extracontractual de los arts. 1902 y 1903 CC, con el fin de lograr la total indemnidad⁷²⁰, que es el único designio de la norma [STS 13 enero 2017 (Roj: 28/2017; ECLI:ES:TS:2017:28)], sin que puedan producirse duplicidad de indemnizaciones [STS 7 noviembre 2011 (Roj: STS 7267/2011; ECLI:ES:TS:2011:7267)].

⁷¹⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1106, pág. 48, y art. 1107, pág. 58.

⁷¹⁹ PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, págs. 1989, 1990, 1991 y 1998, a propósito de la responsabilidad extracontractual. Para justificar la reparación integral distingue entre la indemnización de todos los daños “objetivamente” imputables a la conducta o actividad y la valoración “subjetiva” de los daños. También se suma a esta posición, en el ámbito de la responsabilidad contractual, DE PABLO CONTRERAS, P., “La responsabilidad contractual...”, pág. 205, cuando dice que ante el daño, el lesionado puede solicitar el resarcimiento del interés negativo o de la confianza (los gastos realizados por causa de la obligación incumplida) y el mayor valor que, atendidas sus circunstancias subjetivas, tenga la cosa para el acreedor y los quebrantos o menoscabos producidos en otros bienes ajenos a la obligación, incluida la ganancia dejada de percibir (lucro cesante), por causa del incumplimiento; con el límite del enriquecimiento injusto.

⁷²⁰ Véanse las SSTs 27 octubre 2011, sobre responsabilidad civil de abogado, (Roj: STS 6854/2011; ECLI: ES:TS:2011:6854); 29 diciembre 2011, sobre responsabilidad civil derivada de accidente de circulación, (Roj: STS 9342/2011; ECLI:ES:TS:2011:9342); 28 septiembre 2012, sobre responsabilidad civil derivada de contrato de arrendamiento, (Roj: STS 6031/2012; ECLI:ES:TS:2012:6031); 27 mayo 2015, sobre responsabilidad civil derivada de accidente de circulación, (Roj: STS 2565/2015; ECLI:ES:TS:2015:2565), entre otras.

De las diversas teorías que existen al respecto⁷²¹, la jurisprudencia se decanta por la teoría concreta del daño [STS 28 abril 1992 (La Ley 3052-JF/0000)], consistente en el cálculo del perjuicio específico sufrido por la víctima en su persona o patrimonio. Para el cálculo de los daños tiene en cuenta varios criterios:

- Quedan excluidos los especulativos y los que constituyen un riesgo implícito de todo negocio.
- La distinción entre buena fe (equivalente a negligencia en el daño) y mala fe del deudor, que no afecta a la existencia o no de responsabilidad sino al alcance del resarcimiento⁷²².

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el alemán, cuyo parágrafo 179 limita el interés negativo, prohibiendo que supere al interés positivo, nuestro ordenamiento interno no impone límites. Tampoco tendría mucho sentido, desde el momento en que busca lograr la total indemnidad del perjudicado. No obstante, existen propuestas normativas que contienen previsiones al respecto en las relaciones *ad extra*⁷²³.

⁷²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1056, alude a la teoría de la diferencia, que conduciría al cálculo abstracto de los daños; sustituida por la concepción concreta del daño y por la teoría de la subrogación.

⁷²² Ver DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, arts. 1106, pág. 45, y 1107, pág. 53, y LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107...”, art. 1107, pág. 1219, para quienes el art. 1106 se refiere a la determinación de qué daños son indemnizables mientras que el 1107 responde a la pregunta de cuál es el límite causal de los daños objeto de indemnización. El presupuesto del art. 1107 es que se haya resuelto el problema de la responsabilidad, que consiste en el deber de resarcir los daños y que solamente se trate de establecer el contenido o extensión de esa responsabilidad. Es decir, se aplica una vez determinada la existencia y el tipo de responsabilidad.

⁷²³ El art. 1290 PMCC regula expresamente el supuesto de extralimitación: “A falta de ratificación, quien hubiera actuado como representante sin poder suficiente, estará obligado a abonar al tercero la indemnización que le restablezca en la situación en que se hubiera encontrado si aquél hubiera actuado con poder, a menos que el tercero hubiera conocido o debido conocer sus defectos”.

XI. 2.1.2.- Interés del cumplimiento o interés de la confianza

Tampoco existe consenso doctrinal acerca de lo que debe entenderse por “total reparación del daño”.

El interés positivo, o del cumplimiento, restaura a la parte contractual perjudicada en la situación de utilidad o bienestar en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido con arreglo a lo pactado. Incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1106 CC) y es la forma indemnizatoria que acompaña a la resolución contractual (art. 1124 CC), con las limitaciones previstas en el art. 1107 CC si el deudor es de buena fe.

El interés negativo, o de la confianza, supone restituir a la situación de utilidad que el perjudicado disfrutaba antes del contrato. Alcanza a la indemnización de los gastos que el contrato hubiera ocasionado al perjudicado, las inversiones específicas que éste hubiera efectuado confiando en el cumplimiento y los costes de oportunidad derivados de la celebración del contrato. En Derecho español se aplica a la anulación del contrato por defecto en el consentimiento contractual (salvo dolo precontractual) y a la responsabilidad precontractual por ruptura de tratos preliminares⁷²⁴.

La mayoría de la doctrina defiende en nuestro país el resarcimiento del interés negativo en caso de extralimitación⁷²⁵, porque la confianza es la base del poder,

⁷²⁴ VVAA, Derecho Civil: Incumplimiento, en https://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/civildos3.pdf, págs. 32 y 33, 43 a 45.

⁷²⁵ Ver *ut supra*, nota 694.

existe en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas, y su ruptura condiciona el ejercicio de la buena fe [STS 9 mayo 1984 (RJ 1984/2403)].

No obstante, Rivero Hernández sostiene que el interés negativo puede resultar insuficiente y admite la coexistencia de dos tipos de responsabilidad. Pone como ejemplo al tercero que compra una finca al representante extralimitado, y creyendo ser titular, la vende a otro; entiende que el interés negativo no cubre la total indemnidad porque el tercero cocontratante tendrá que indemnizar a su vez su propio incumplimiento⁷²⁶. Además, en caso de que el representante actúe con mala fe, a la responsabilidad específica que comprende el interés negativo habría que añadir los perjuicios contemplados por el art. 1107.2º CC (todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación)⁷²⁷, partiendo de la base de que lo que busca el resarcimiento es situar al tercero en la misma situación patrimonial que tendría de no haber negociado con el representante extralimitado conforme a la máxima del Derecho *alterum non laedere*.

XI. 2.1.3.- Contenido de la reparación

Para Llamas Pombo lo que se indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar sino el interés que el acreedor tenía en las mismas, de ahí que no sean partidas verdaderamente indemnizatorias el cumplimiento por equivalente, la *aestimatio rei* o la falta de recepción de la prestación ante la resolución contractual⁷²⁸.

No todos los autores admiten la inclusión del lucro cesante junto al *damnum emergens*, ante el temor de que se incluyan “las hipotéticas e imaginativas

⁷²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1051.

⁷²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, pág. 1044.

⁷²⁸ LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil...”, art. 1106, pág. 1217.

ganancias que el acreedor pudiera alegar ante el incumplimiento del deudor”⁷²⁹. El TS se muestra riguroso en su concesión, excluyendo las ganancias inseguras, las “sólo posibles”, las aleatorias y las hipotéticas⁷³⁰, al tiempo que exige la absoluta indemnidad, el resarcimiento de la totalidad de los perjuicios, con el único límite de que los daños sean causalmente imputables al deudor⁷³¹. Por este motivo reconoce la inclusión de las “ganancias razonables dejadas de obtener” [STS 8 junio 1996 (RJ 1996/4831)]. Admitir la indemnización del lucro cesante o el alcance de la responsabilidad por dolo, de la que hablan los arts. 1106 y 1107, segundo párrafo, CC, permite hablar del interés positivo⁷³², ya que estamos indemnizando más que la mera lesión de la confianza defraudada.

A diferencia de lo que sucede en la responsabilidad extracontractual, donde la jurisprudencia ha admitido el resarcimiento del daño moral desde la STS 6 diciembre 1912 (JC 124, núm. 107, 852 y ss.), en el ámbito contractual ha prevalecido la indemnización del daño material. Es a partir de los años ochenta cuando comienza a aceptarse la indemnización de los daños morales contractuales⁷³³.

Según la jurisprudencia más reciente la noción de daño puede ser entendida en un doble sentido: como “daño evento” o lesión del interés jurídicamente protegido, y “daño consecuencia” o daño indemnizable que deriva de dicha

⁷²⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1106, pág. 50.

⁷³⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *ut supra*, pág. 51.

⁷³¹ LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil...”, art. 1106, pág. 1217. PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, pág. 1998.

⁷³² En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1055.

⁷³³ LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil...”, arts. 1101 y 1106, págs. 1209 y 1219; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010, pág. 2048, citando las SSTs 9 mayo 1984 (RJ 1984/2403), 15 febrero 1994 (RJ 1994/1308), 19 octubre 1996 (RJ 1996/7508), 21 octubre 1996 (RJ 1996/7235), 31 mayo 2000 (RJ 2000/5089), 26 noviembre 2001 (RJ 2001/9524), 11 marzo 2002 (RJ 2002/5691), 10 junio 2002 (RJ 2002/4982)], aunque aluden a la referencia JC 125, núm. 95, 582 y ss. respecto de la STS 6 diciembre 1912; PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, pág. 1992.

lesión⁷³⁴. Por el mismo motivo, y como la indemnización no busca premiar ni consolar al tercero, “de los daños acreditados habrá que descontar, imputar los beneficios producidos a favor del cocontratante... es la *compensatio lucri cum damno*”⁷³⁵. O sea, los daños deberán compensarse con los beneficios obtenidos por el tercero para evitar el enriquecimiento injusto⁷³⁶.

Pero a pesar de las restricciones que la jurisprudencia trata de establecer, vemos que la casuística a menudo sustituye el resarcimiento del interés negativo (más acorde quizá con la naturaleza del apoderamiento en que se basa la actuación representativa extralimitada), por la mayor protección que ofrece al lesionado el interés positivo.

XI. 2.2. La responsabilidad contractual del representante y extracontractual del *dominus*

Como el Código sólo prevé dos tipos de responsabilidad (contractual o extracontractual) cabe preguntarse cuál es exigible en el ámbito de la extralimitación.

La cuestión no es baladí, ya que los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para la existencia de responsabilidad difieren en ambos casos e influye en aspectos como la prescripción de la acción para reclamarla (arts. 1961 y ss. CC).

⁷³⁴ STS 27 julio 2006 (RJ 2006/6548), confirmada más tarde por las SSTS 31 octubre 2007 (RJ 2007/8515) y 21 abril 2008 (RJ 2008/4606).

⁷³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1055.

⁷³⁶ En contra PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, pág. 1972, para quien no es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa.

La responsabilidad contractual exige la concurrencia de un contrato y aparece regulada en los arts. 1101 y ss. CC, mientras que la extracontractual se basa en la causación de un daño a un sujeto que no tiene la obligación de soportarlo y con quien no existen vínculos contractuales, en virtud del principio "alterum non ladere» (arts. 1902 y ss. CC).

El TS ha exigido no solo la vinculación contractual sino además que el evento dañoso ocurra en la órbita de lo pactado para estimar aplicable la responsabilidad contractual⁷³⁷. Habrá que acudir al régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo [STS 22 Diciembre 2008 (Roj: STS 7354/2008; ECLI:ES:TS:2008:7354)]. Aunque admite la compatibilidad entre ambas⁷³⁸ y la existencia de zonas mixtas, entre la contractual y extracontractual⁷³⁹, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física. Y reconoce la dificultad de distinguir en ocasiones ambos regímenes de responsabilidad [STS 19 julio 2005 (Roj: STS 4967/2005; ECLI:ES:TS:2005:4967)].

⁷³⁷ Así, la STS 16 diciembre 1986 (Roj: STS 7088/1986; ECLI:ES:TS:1986:7088 y Roj: STS 7567/1986; ECLI:ES:TS:1986:7567), cuando dice que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 8 noviembre 1982 (RJ 1982/6534), 9 marzo 1983 (RJ 1983/1463), 10 mayo 1984 (RJ 1984/2405), 19 junio 1984 (Roj: STS 1300/1984; ECLI:ES:TS:1984:1300). La STS 22 diciembre 2008 (Roj: STS 7354/2008; ECLI:ES:TS:2008:7354), dice que en el ámbito del Derecho comunitario, el TJUE, al abordar la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a los efectos de la aplicación de los reglamentos Roma I y Roma II (subrayando que el concepto de responsabilidad extracontractual es un concepto autónomo a los efectos de la aplicación de los reglamentos comunitarios independiente de los Derechos de los Estados miembros), considera como contractual «toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra» (SSTJUE C-189/87, C- 261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00).

⁷³⁸ Después de una época en la que se mostrara contrario. Véanse las SSTS 4 octubre 1953 (RJ 1953/2017) y 13 junio 1962 (RJ 1962/3168).

⁷³⁹ MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., "Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...", art. 1902, pág. 2053, también hablan de "zona mixta", para referirse a aquella en la que el incumplimiento contractual puede constituir, al mismo tiempo, una lesión del deber general de no causar daño a otro.

No obstante, nuestro Alto Tribunal ha reconocido que la relación preexistente en la responsabilidad contractual no siempre es un contrato, pudiendo ir precedida de una relación jurídica diferente (la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado), y que como ha observado la STS 3 octubre 1968, la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual. Así, por tanto, existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903 CC, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido⁷⁴⁰.

En la actualidad la jurisprudencia ha admitido la doctrina del concurso, acumulación o yuxtaposición de ambas vertientes, siendo indiferente el ejercicio subsidiario o cumulativo de ambas o incluso la aplicación del principio *iura novit curia*, dejando a elección del juzgador la aplicación de normas que más favorezcan al actor⁷⁴¹. Así, se habla de concurrencia de responsabilidad cuando un hecho puede incluirse simultáneamente en los supuestos de hecho de la responsabilidad contractual y extracontractual⁷⁴². Esta solución es especialmente importante en esas zonas mixtas o indefinidas a que nos conduce la extralimitación, especialmente cuando lo que se pretende es lograr el total resarcimiento del perjudicado⁷⁴³.

⁷⁴⁰ SSTS 5 enero 1949 (RJ 1949/83), 8 julio 1972 (RJ 1972/3710), 26 enero 1984 (RJ 1984/386).

⁷⁴¹ LLAMAS POMBO, E., "Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107...", art. 1101, pág. 1206; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., "Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...", art. 1902, pág. 2054. Ver sentencias citadas por los autores: STS 15 junio 1996 (RJ 1996/4774), 23 diciembre 2004 (RJ 2005/82), 4 marzo 2009 (JUR 2009/153728). PANTALEÓN, F., "Comentario del artículo 1902 del Código Civil...", págs. 1978, 1979 y 1981, aunque se decanta por la tesis de la no acumulación, reconoce la ventaja que la tesis opuesta reportaría al dañado al poder eludir la limitación de la responsabilidad de buena fe a los daños previstos o que se hubieran podido prever el tiempo de constituirse la obligación.

⁷⁴² PARRA LUCÁN, M^a. A., "La responsabilidad civil extracontractual...", pág. 872, admite dos supuestos: cuando la responsabilidad puede calificarse de extracontractual, aunque exista contrato (por ejemplo, a pesar de que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado con un cirujano sea nulo pesa sobre él una responsabilidad por los daños causados) y cuando, no existiendo contrato, la responsabilidad sea calificada de contractual (por ejemplo, en caso de legitimación directa para ejercicio de acciones entre personas no directamente vinculadas por un contrato, como sucede en la construcción entre el subadquirente de vivienda y el constructor).

⁷⁴³ Como reconoce PARRA LUCÁN, M^a. A., *ut supra*, pág. 868, desde hace algunos años, la doctrina viene hablando de una progresiva difuminación de los criterios de distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, superando así la tradicional dualidad de regímenes de responsabilidad.

Desde nuestro punto de vista, y aunque la acumulación de las responsabilidades es preferible a la indefinición de la actual legislación, vemos dos tipos de responsabilidad en la extralimitación. Según el esquema representativo, el representante puede estar ligado al representado por un contrato de gestión (representación voluntaria), aunque no necesariamente (negocio unilateral de apoderamiento y representación legal); con el tercero adquiere mayor vínculo que en la relación extracontractual, sin llegar al que se genera en la contractual, ya que no se perfecciona el negocio representativo. De manera que si existe un contrato entre representante y representado, aquél responderá frente al principal con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1101 y ss., planteándose la duda cuando falta el vínculo contractual entre ambos, y en la relación entre representante y tercero, al no haberse perfeccionado el negocio jurídico extralimitado.

Si observamos el art. 1101 CC vemos que sujeta a la indemnización de daños y perjuicios causados a quienes incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, o a quien contraviniera el tenor de las obligaciones. No alude a contratos sino a obligaciones. El hecho de que se aplique al ámbito contractual no significa que se limite a este campo. De hecho, creemos más acertado hablar de responsabilidad obligacional que de responsabilidad contractual. Y analizado desde este punto de vista, parece que la responsabilidad del representante extralimitado, frente al *dominus* y frente al tercero, es siempre de esta naturaleza⁷⁴⁴.

El representado, en cambio, no queda vinculado contractualmente con el tercero, salvo en caso de ratificación o utilidad de la gestión, porque no puede ser obligado a asumir el exceso; sin embargo, creemos que el interés que inspira la propia institución representativa y el riesgo generado, le hacen también

⁷⁴⁴ Por el contrario, GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 9049, opina que la responsabilidad del representante extralimitado frente al tercero se someterá al régimen de la responsabilidad civil extracontractual porque “no se ha celebrado contrato alguno”.

responsable frente al tercero, que ve así ampliado su ámbito de garantías, sin perjuicio de la posibilidad que pueda tener de repetir frente al representante extralimitado. En este caso, la responsabilidad del *dominus* frente al tercero sería de carácter extracontractual.

XI. 2.3. Criterio de imputación

Llamas Pombo defiende, en el ámbito de la responsabilidad contractual, que frente al criterio tradicional del reproche culpabilístico se ha ido abriendo camino un sentido objetivo, que no requiere una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o malévola del deudor, sino que basta el incumplimiento de la obligación sea por olvido, descuido, dejadez, falta de pericia, etc., mediante la elevación del nivel de diligencia. Es decir, actualmente la responsabilidad sigue siendo subjetiva en cuanto al elemento de imputación, pero se enjuicia desde consideraciones objetivas [STS 22 julio 1994 (RJ 1994/6581)]⁷⁴⁵.

De Ángel Yágüez comparte la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad del deudor, aunque opina que este camino se ha recorrido desvinculándola de la falta de diligencia y basándola en el riesgo propio de incumplir, en consonancia con la rigidez de nuestros tribunales en la exigencia de prueba, que deja sin sanción gran número de casos de incumplimiento culposo o injustificado⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107...”, art. 1101, pág. 1208; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...”, art. 1902, págs. 2050 y 2051. Estos últimos afirman que para el TS la relación de causalidad con el daño no se establece respecto del incumplimiento ni respecto de la buena o mala fe sino del grado de diligencia del deudor. En contra DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1107, pág. 57, para quien el proceso de objetivación del TS lo que demuestra es la desvinculación entre responsabilidad y falta de diligencia, basándola en el riesgo propio de incumplir.

⁷⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *ut supra*.

Merecen ser destacados dos aspectos:

Primero.- Para que exista responsabilidad por culpa es necesario que el daño resulte previsible y que el sujeto haya incumplido los deberes necesarios para prevenirlo o evitarlo⁷⁴⁷. La falta de diligencia en que descansa la imputación por la culpa exige un vicio *in eligendo* o *in vigilando*, se basa en una presunción *iuris tantum* y conduce a una responsabilidad directa, no subsidiaria.

No obstante, la referencia a la previsibilidad del daño “al tiempo de constituirse la obligación” al que se alude en la responsabilidad contractual supone una responsabilidad por riesgo, de modo que el deudor respondería aunque quedara demostrado que actuó con la máxima diligencia. Solo podría exonerarse ante el caso fortuito y la fuerza mayor⁷⁴⁸. Por este motivo, la referencia que el art. 1107 CC hace al deudor de buena fe afecta tanto al deudor diligente como al de buena fe⁷⁴⁹.

Segundo.- Los daños han de ser consecuencia necesaria del incumplimiento. Entendida la expresión en el sentido de que los produzca el incumplimiento concreto, habida cuenta de las circunstancias, no de que procedan necesariamente del incumplimiento en abstracto⁷⁵⁰.

Este esquema es compatible con un nivel de diligencia cualificado siempre que el sujeto responsable sea un profesional dedicado al tipo de actividad dañosa o posea especiales conocimientos en la materia⁷⁵¹ (el abogado que actúa como

⁷⁴⁷ SSTS 10 julio 2003 (RJ 2003/4622) y 14 junio 2007 (RJ 2007/3518).

⁷⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. primero ..., págs. 702 y 703.

⁷⁴⁹ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, págs. 714 y ss. La culpa constituye fuente de responsabilidad (art. 1101 CC), mientras que la buena fe sólo es criterio de extensión de la misma (art. 1107 CC).

⁷⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Vol. Primero...*, pág. 212.

⁷⁵¹ SSTS 7 octubre 1998 (RJ 1998/7388), 26 marzo 2004 (RJ 2004/1952), 8 octubre 2004 (RJ 2004/6693), 16 febrero 2009 (RJ 2009/1491). PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902

representante voluntario), e incluso en el ámbito mercantil (en virtud del principio de seguridad del tráfico; el caso del comisionista o del factor mercantil), aunque quizá resulte excesivo para los representantes civiles no profesionales (representante ocasional).

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, a consecuencia del proceso de objetivación iniciado en la segunda mitad del siglo pasado⁷⁵², recuerda la doctrina que existen “responsabilidades civiles independientes de la culpa u objetivas, que se hayan legalmente establecidas en determinados ámbitos⁷⁵³” y otras que la jurisprudencia ha llegado a objetivar, dando cabida “a una particular versión de la doctrina de la responsabilidad por riesgo”⁷⁵⁴. Este esquema plantea grandes dificultades de exoneración para el sujeto que origina el riesgo, ya sea por hecho propio (art. 1902 CC), ya sea por hecho ajeno (art. 1903 CC).

Aunque a los efectos de nuestro estudio, el representado puede asumir responsabilidad frente al tercero por extralimitación con base en el art. 1903, primer y cuarto párrafos⁷⁵⁵, bien por el nombramiento del representante, bien por

del Código Civil...”, pág. 1997, indica que la responsabilidad objetiva no afecta por igual a todos los profesionales, y mientras esta tendencia ha alcanzado a los arquitectos no ha ocurrido igual con los profesionales de la medicina. A las citadas, podemos añadir SSTS 24 noviembre 2005 (RJ 2005/7855) y 7 mayo 2007 (RJ 2007/3553).

⁷⁵² MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...”, art. 1902, págs. 2052 y 2056, después de un período en el que la jurisprudencia calificó sin tapujos la responsabilidad del art. 1903 como *cuasi* objetiva o por riesgo [SSTS 8 marzo 2006 (RJ 2006/1076), 10 noviembre 2006 (RJ 2006/7170)].

⁷⁵³ Accidentes de circulación, navegación aérea, accidentes nucleares, accidentes de caza, daños derivados del consumo de bienes o la utilización de productos o servicios, responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

⁷⁵⁴ Accidentes de automóvil, de ferrocarril, de barco, aéreos, laborales, electrocuciones, incendios y explosiones, ahogamientos, accidentes de ascensor, voladuras; ejemplos citados en esta nota y la anterior por PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, págs. 1995 y 1996. Asegura que la indemnización del quebranto sufrido por el tercero ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa. En el mismo sentido, respecto de la progresiva objetivación jurisprudencial, se expresa PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad por hecho ajeno”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, pág. 932.

⁷⁵⁵ Art. 1903, primer párrafo, CC: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”; cuarto párrafo CC: “Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento

la diligencia mostrada en el control de su gestión, junto con la responsabilidad propia del infractor excedido. De este modo defendemos un criterio diametralmente opuesto al que ha venido manteniendo nuestra jurisprudencia, que solo ha admitido la exoneración del principal, cuando no concurre la relación de dependencia o hubo extralimitación en el ejercicio de las funciones del dependiente⁷⁵⁶.

XI. 3.- Sujetos responsables por la actuación extralimitada

A pesar de la necesaria concurrencia de tres sujetos (representante, representado y tercero cocontratante), existen dos posiciones en el campo de la representación, que podemos denominar “interna” (formada por el principal y por el representante) y “externa” (el tercero).

De estos, el único sujeto capaz de cometer extralimitación es el representante, que es el sujeto de conexión entre el *dominus* y el tercero. Aunque, como a su vez, representa un interés ajeno (o una comunidad de intereses si concurre el propio) formada por dos sujetos, ambos pueden responder frente al tercero por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del negocio extralimitado. La actitud mostrada por el tercero puede servir, a su vez, para reducir o exonerar la de aquéllos.

o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones”.

⁷⁵⁶ PARRA LUCÁN, M^a.A., “Responsabilidad por hecho ajeno...”, pág. 942, con cita de las SSTs 22 junio 1989, 29 marzo 1996 y 7 abril 1997. No obstante, estas sentencias aplican la doctrina inversa: la STS 22 junio 1989 (Roj: STS 3752/1989; ECLI:ES:TS:1989:3752 y Roj: STS 15618/1989; ECLI:ES:TS:1989:15618) hace responsable al principal por la actuación extralimitada de sus dependientes frente al tercero, basándose en la protección de la apariencia, sin perjuicio de la acción de repetición de aquél frente al causante del daño; la STS 29 marzo 1996 (Roj: STS 1963/1996; ECLI:ES:TS:1996:1963 y Roj: STS 7838/1996; ECLI:ES:TS:1996:7838) declara la responsabilidad del principal por culpa *in vigilando* al utilizar a un operario sin cualificación especial para realizar el trabajo que se le encomienda; y la STS 7 abril 1997 (Roj: STS 2423/1997; ECLI:ES:TS:1997:2423) refiere la responsabilidad del centro sanitario por la relación de dependencia del médico con la entidad.

XI. 3.1.- El representante

En opinión de Fernández Urzainqui, “el carácter fraudulento o diligente de la actuación del supuesto representante (al ocultar al tercero su carencia de facultades representativas o al perseguir de buena fe un beneficio para el <<dominus>>) no puede trascender a la aplicación de un precepto –el art. 1259 CC- que inspirado en el principio del favor <<negotii>> pone su centro de gravedad en una facultad del <<dominus>> para asumir una actuación que en principio no le vincula”⁷⁵⁷. Y es que, en verdad, la responsabilidad del representante no deriva de este precepto sino de los arts. 1718 y 1725 CC⁷⁵⁸.

El art. 1718 CC alude a la responsabilidad del representante/mandatario frente al representado/mandante, por el incumplimiento de la representación encomendada a través del mandato. Esta responsabilidad incluye el total incumplimiento del encargo, su ejecución defectuosa, el incumplimiento de las instrucciones y la extralimitación en sus facultades, siempre que haya perjuicio para el principal⁷⁵⁹. Aunque el principal es libre para ratificar y el tercero para revocar, el representante no puede excederse de los límites del poder. Si lo hace, aquél no queda compelido a suplir su falta y puede reclamarle los daños y perjuicios sufridos.

⁷⁵⁷ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Fº.J., *Código Civil, Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, 8ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, art. 1259 CC, pág. 1122.

⁷⁵⁸ La ley 557 del CDFN dice que “de la actuación realizada por el mandatario tan solo deriva adquisición de derechos y obligaciones para el mandante cuando se pruebe el consentimiento previo o subsiguiente de éste”, que viene a sustituir la redacción dada en la ley 573 de la Recopilación Privada –que habla de la gestión realizada por el mandatario-, y, a su vez, a la ley 151 del Proyecto de Fuero Recopilado, que se expresaba en términos similares a los del CC: “el mandatario no viene obligado respecto del tercero con quien hubiere contratado como tal mandatario, sino en cuanto hubiese traspasado los límites del mandato sin conocimiento del tercero y el mandante no hubiera aceptado las consecuencias de esta extralimitación”. En opinión de ARCOS VIEIRA, Mª.L., “Sobre el contrato de mandato...”, pág. 78, la ley 557 presenta la utilidad de ofrecer un criterio claro para la solución de aquellos casos en que la sola constancia del mandato no baste por sí sola para indicar quién debe asumir los efectos jurídicos de la gestión encomendada, impidiendo que los mismos se imputen al mandante cuando no consta ser ésa su voluntad. En contra de esto podemos decir que una cosa es la asunción de los efectos derivados de la aceptación del negocio representativo mediante el poder, la ratificación o la *utiliter*, y otra la derivada de la responsabilidad, que surge por imperativo legal, sin atender a la voluntad de parte.

⁷⁵⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. “El mandato...”, pág. 727.

De no existir una obligación de actuar sobre el representante (por ejemplo, cuando la representación no descansa en un contrato sinalagmático) el *dominus* no podría reclamarle nada, aun cuando quedara frustrado el negocio representativo. Salvo cuando tuviera que responder frente al tercero por los perjuicios derivados del negocio no consumado, en cuyo caso sí podría repetir contra él, ya que a pesar de que el poder legitima y no impone, el mero hecho de hacer uso de él comporta el riesgo de su uso.

El art. 1725 CC alude a la responsabilidad que asume el mandatario –o representante- que ha obrado “en concepto de tal”, es decir, en virtud de su condición. Esta obligación no se contrae “en concepto de mandatario” sino que el Código habla de obligaciones contraídas por él, en su propio nombre, en el curso de la gestión y como consecuencia de ella⁷⁶⁰.

XI. 3.1.1.- El doble régimen de responsabilidad: en las relaciones *ad intra* y *ad extra*

Un sector de la doctrina defiende que la responsabilidad del falso representante por la frustración del negocio que preparaba para el *dominus*, no se puede confundir con la que puede haber en la relación representante-representado, de la que, en principio, es independiente. Así, admite la responsabilidad del falso representante frente al cocontratante incluso si el encargo fue correctamente cumplido respecto del *dominus*⁷⁶¹. Pero el hecho de que la ratificación vaya dirigida a la actividad interna, es decir, a la gestión⁷⁶² nos hace plantearnos, la certeza de la afirmación, y en qué medida es de aplicación al ámbito de la extralimitación.

⁷⁶⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 210.

⁷⁶¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1009 y 1010.

⁷⁶² BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Derecho civil...*, pág. 11.

En el ámbito de la representación, para que la gestión interna devenga representativa es necesaria la relación con terceros. Aunque la ratificación se dirija *ad extra*, sus efectos trascienden a la relación *ad intra*⁷⁶³. Una vez otorgada, el *dominus* asume los derechos y obligaciones, y pasa a ocupar frente al tercero la posición que ostentaba el representante extralimitado. Por ello la ratificación por el *dominus* releva al representante de la responsabilidad que tuviese hacia el tercero⁷⁶⁴. Pero, ¿qué ocurre entre representante y representado? Núñez Lagos considera compatible la ratificación externa y el rechazo de la gestión en la relación interna, exigiendo responsabilidad al representante⁷⁶⁵. Busto Lago y Colás Escandón, en cambio, opinan que la ratificación supone la aprobación tanto del negocio como de la gestión⁷⁶⁶.

Veamos las dos posibilidades que podemos encontrar en la práctica:

– **Si distinguimos entre límites e instrucciones**

Sin tener un criterio definido, como él mismo reconoce, Rivero Hernández admite la distinción entre límites e instrucciones (*ut supra*, nota 309). Con las instrucciones el representado pretende que el representante actúe según lo convenido. Solo pueden surgir cuando la relación que los une es obligatoria (contrato o ley), tanto en los negocios representativos como no representativos (por ejemplo, gestión de negocios ajenos sin mandato o mandato no representativo). Pero al no exigir relacionarse con terceros ni ser conocidas por ellos, la responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso es algo *inter partes*. Al no requerir tampoco traspaso de límites, no puede afectar al

⁷⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1064. En contra, NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 55.

⁷⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 796.

⁷⁶⁵ NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, pág. 55.

⁷⁶⁶ BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3507; COLÁS ESCANDÓN, A.M^a, *La ratificación...*, págs. 174 y ss.

tercero ni puede surgir en la extralimitación que, por definición, exige su infracción.

Cabe, por tanto, distinguir una responsabilidad interna derivada del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las instrucciones y otra responsabilidad, también interna, por el incumplimiento de los límites. En principio operan con total independencia. Veamos un ejemplo: Juan otorga poder a Pedro para comprar un inmueble bajo determinadas condiciones y, en vez de comprar una finca, adquiere también un anejo. Habrá respetado las instrucciones siempre que haya actuado según las condiciones fijadas por el *dominus* para la compraventa, pero habrá infringido los límites. En cambio, si se limita a comprar el inmueble indicado pero las condiciones de la venta son distintas que las acordadas por el principal, no se habrá extralimitado pero sí infringido las instrucciones.

Si con la ratificación el *dominus* aprueba la gestión, no puede exigir responsabilidad por algo que consiente. En cambio, si lo que aprueba es solo la superación de los límites y decide exigir responsabilidad por el modo de cumplir el encargo, en el fondo estaría ratificando parcialmente, ya que con su demanda trataría de compensar *ad intra* los inconvenientes, pérdidas o perjuicios del negocio concluido frente al tercero. Es la consecuencia inevitable de considerar la representación como un negocio complejo y no como la suma de negocios autónomos e independientes.

La ratificación supone asumir los efectos del negocio jurídico. Todos sus efectos. Ratificar *ad extra* y exigir responsabilidad *ad intra* implica asumir efectos externos y rechazarlos, total o parcialmente, en vía interna.

- **Si no distinguimos entre límites e instrucciones**

Puede suceder también que confundamos instrucciones y límites y cualquier vulneración de los límites la consideremos, a su vez, una infracción de las instrucciones. Dicho de otro modo: que la extralimitación sea consecuencia del incumplimiento bien de los límites, bien de las instrucciones. En este caso, cualquiera de los dos supuestos anteriormente mencionados serían ejemplos de extralimitación.

La doble exigencia de responsabilidad es más difícil de justificar en este supuesto que el anterior, porque al tratar como un todo indisoluble ambos conceptos la ratificación no permite hacer distinciones. Y cualquier acto de exigencia de responsabilidad frente al representante extralimitado tras la ratificación supondría infringir la doctrina de los actos propios.

Por tanto, creemos que a efectos de la extralimitación solo puede existir responsabilidad interna si también existe responsabilidad frente a terceros. Esto hace de ellas dos tipos de responsabilidad independientes pero no autónomas.

XI. 3.1.2.- Presupuestos de la responsabilidad

El fundamento de la responsabilidad se encuentra en el daño sufrido por el tercero a consecuencia de la vulneración de un interés protegido. Sin embargo, no habrá responsabilidad si el tercero conocía la falta de legitimidad del representante y actuó a sabiendas, o si el negocio representativo era a título gratuito.

XI. 3.1.2.A) La necesidad de que el tercero desconozca la extralimitación

La responsabilidad del representante frente al tercero deriva de la extralimitación en el ejercicio del poder, en virtud del art. 1725, en relación con los arts. 1259 y 1714 CC. También en el art. 1398 CC italiano⁷⁶⁷ o el art. 2154 CC chileno⁷⁶⁸.

En Italia, a propósito de la distinción entre el representante que se excede en sus poderes y el representante aparente, *Rocco* aseguró que el representante aparente es siempre responsable del daño porque la culpa eventual del tercero que ha participado en el acto y no ha comprobado la certeza de la facultad de representar, no excluye la suya; es siempre culpable porque hace creer aquello que no era. Sin embargo, el representante extralimitado no siempre es responsable, porque la culpa no es inherente *in re ipsa*, sino que hay que demostrarla. Y en su demostración hay que tener siempre presente que el tercero que participa en el acto queda obligado a informarse de los límites del poder, algo que no sucede a menudo, por lo que habrá una compensación entre la culpa de ambos⁷⁶⁹.

En nuestro país, Álvarez Caperochipi niega que el mandatario tenga una responsabilidad específica de garantía de la realidad y suficiencia de los poderes con los que contrata. Pone como ejemplo la STS 27 octubre 1958 (RJ 1958/3778), que declara la nulidad de un contrato por extralimitación del administrador pero rechaza su responsabilidad personal porque no se prueba su mala fe y el tercero pudo haber indagado los poderes de éste. Sólo admite su

⁷⁶⁷ Art. 1.398 CC italiano: “El que ha contratado como representante sin tener poderes o excediendo los límites de las facultades que se le han conferido, es responsable del daño que el tercero contrayente ha sufrido por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato”.

⁷⁶⁸ Art. 2.154 CC chileno: “El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante; y no es responsable a terceros, sino: 1º. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes. 2º. Cuando se ha obligado personalmente”.

⁷⁶⁹ ROCCO, A., *Principii di diritto commerciale...*, págs. 335 y 336. También aseguró que la diferencia no consiste, como usualmente se afirma, en que la representación extralimitada admite ratificación y se excluye en la aparente, porque, como hemos visto, la ratificación entendida como aceptación, se admite tanto en la falsa representación como en la representación extralimitada. El negocio concluido fuera de los límites de la representación es nulo, igual que lo es el concluso por el no representante, y no puede ser convalidado más que con una aceptación posterior. La diferencia reside más bien en la responsabilidad del representante frente al tercero.

responsabilidad cuando oculta sus poderes [STS 3 febrero 1965 (RJ 1965/524)]⁷⁷⁰.

Pero, ¿qué entendemos por ocultación de poderes? ¿El hecho de que el tercero pregunte y el representante no muestre, o que el representante calle y no informe al tercero que actúa por cuenta ajena, mediante la exhibición de los poderes?. No podemos ofrecer una respuesta unívoca, ya que dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero como regla general el tercero no tiene por qué saber la cualidad de la persona con quien contrata, ni el nombre o interés con el que actúa. Salvo en caso de representación notoria o que pueda conocerse empleando una diligencia media, es el representante quien debe informar al tercero de este extremo, ya sea en la representación directa o indirecta. El art. 1305 CC Brasil va más allá y exige al mandatario presentar el instrumento del mandato a las personas con quienes contrate en nombre del mandante, bajo pena de responder ante ellas de cualquier acto que traspase sus poderes.

Conocido este extremo, la carga de indagar el alcance de los poderes (extensión y límites) recae sobre el tercero, que debe exigir al representante su exhibición⁷⁷¹. Éste cumple mostrándoselos, facilitándole una copia o indicando dónde están depositados, siempre que el tercero pueda tener acceso a ellos. Y

⁷⁷⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1714, pág. 2981, asegura que "el que la extralimitación sea imputable al mandatario (consciente), o sea por error, será -será- en principio irrelevante respecto del tercero, e igualmente lo será -será- que el mandatario actúe de buena fe o con intención de dañar al dominus, pues no es -son- las relaciones privadas entre las partes, o la protección del mandante lo que define la extralimitación, sino la protección del tercero o del tráfico mercantil." Sostiene, además, que el tercero tiene el deber de conocer y pedir que se le muestre el poder y aun indagar su contenido si es desorbitado o de alcance incoherente con el fin pretendido.

⁷⁷¹ El art. 1158 CC francés dice que si el tercero duda del alcance del poder de representación convencional con ocasión de un acto que está a punto de concluir, puede requerir por escrito al representado para que le confirme, dentro del plazo que le fije y sea razonable, que el representante estaba facultado para concluir ese acto. En el escrito se indicará que a falta de respuesta dentro del plazo, el representante se reputará facultado para concluir ese acto. El art. 374 Código Civil y Comercial de la Nación argentina dice que los terceros pueden exigir que el representante suscriba y les entregue copia formada por él del instrumento del que resulte su representación.

aquél quedará obligado cuantas veces sea requerido por el tercero (sin que cometa abuso de derecho).

La STS 29 abril 1969 (RJ 1969/2236) exige los siguientes requisitos para que quede obligado el mandatario:

- Que haya traspasado los límites del mandato.
- Que el mandante no haya ratificado expresa o tácitamente.
- Que el mandatario no haya dado a los terceros conocimiento suficiente de sus poderes, pues en otro caso contrataron a su cuenta y riesgo.

Efectivamente, la responsabilidad del representante, en general, se limita a un solo escenario: la ocultación, total o parcial, de los poderes. Esto incluye la exhibición de unos poderes antiguos, desactualizados. En caso de que el tercero actúe con mala fe o con negligencia inexcusable, cesa la responsabilidad del representante (o no nace)⁷⁷².

Este presupuesto está en relación con el principio de buena fe que ha de presidir la actuación del tercero cocontratante, para aspirar a la protección que confiere el ordenamiento jurídico en casos de crisis o conflicto –igual que sucede en la llamada representación aparente⁷⁷³–.

⁷⁷² RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1010 y 1011. HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, pág. 1564, también señala como fundamento el interés de los terceros. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 248.

⁷⁷³ La buena fe, como principio general del derecho, se exige a todas las partes del negocio jurídico y condiciona la labor interpretativa. Respecto del representante, ver GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Comentarios a la STS de 12 de diciembre de 1989...”, pág. 909. Respecto al tercero cocontratante, ya vimos en la nota 372 lo que dicen los *PECL* y la propuesta de Libros V y VI CC, a los que podemos añadir el art. 1285, tercer párrafo, PMCC, que reputa exactos los poderes de representación otorgados por un empresario e inscritos en el Registro Mercantil,

Quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro⁷⁷⁴; es decir, la buena fe, unida a la autorresponsabilidad y la confianza, conforman los elementos del principio de seguridad del tráfico jurídico⁷⁷⁵.

No obstante, hay situaciones en las que puede asumir responsabilidad el representante a pesar de que el tercero conozca inicialmente la extralimitación: cuando se ha comprometido de algún modo con el tercero y no puede cumplir con lo pactado. Por ejemplo, si asegura la ratificación por el principal y no se otorga. No puede cumplir personalmente porque la ratificación es un acto del *dominus* y el cumplimiento personal de la obligación, en caso de ser jurídicamente posible, implicaría una novación contractual; de modo que ante la frustración de sus legítimas expectativas, el tercero podría dirigirse frente al representante extralimitado (no frente al principal, que es ajeno al pacto).

XI. 3.1.2.B) El carácter oneroso del negocio extralimitado

consecuencia del principio de exactitud registral consagrado por el arts. 38 LH, 20 CCo, 7 y 8 RRM El art. 1131-10 del borrador de Libro I CC se refiere a la buena o mala fe del representante y representado, cuando dice: “En el caso de que sea relevante la buena o la mala fe, el conocimiento o la ignorancia, hay que tomar en consideración a tal efecto a la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado. En ningún caso el representado de mala fe puede beneficiarse del estado de ignorancia o de buena fe del representante.”

⁷⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. Primero..., págs. 71 y 72.

⁷⁷⁵ En este sentido la STS 1 marzo 1990 (RJ 1990/1656) dice que “los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder de representación que no hayan podido conocer ni racionalmente prever; porque aún en el supuesto de extralimitación en el uso del poder... no puede trascender en su eficacia a quien de buena fe y apreciando rectamente las circunstancias, contrató con aquél, ya que de otra manera la seguridad jurídica quedaría frustrada a voluntad del contratante que obrase de mala fe o con negligencia perjudicial a terceros”.

También se ha exigido que el negocio extralimitado sea oneroso para el tercero, ya que si fuera gratuito adolecería de debilidad en el título⁷⁷⁶. Esta debilidad no suele destacarse en sede de extralimitación pero cuenta con suficientes argumentos derivados de la ley, la interpretación que de ella hace la doctrina y la jurisprudencia, resumidos en la máxima *qui certat de damno vitando anteponeendus est cui certat de lucro captando*⁷⁷⁷.

XI. 3.1.3.- Factores que influyen en la responsabilidad

Existen determinados factores que no determinan la exigencia de responsabilidad pero sí condicionan su extensión.

XI. 3.1.3.A) La existencia de retribución

Puig Brutau aplica a los deberes del representante los preceptos relativos al contrato de mandato, debiendo graduarse su responsabilidad con mayor o menor severidad dependiendo del carácter lucrativo u oneroso con que intervenga (art. 1726 CC)⁷⁷⁸. Este criterio es acorde con el sostenido por el art.

⁷⁷⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Legado de cosa gravada”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984, pág. 64, en materia de legado de finca arrendada; Díez Soto, C.M., *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 133, en materia de rescisión de bienes litigiosos; BERENGUER ALBALADEJO, C., *El contrato de alimentos*, Primera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 156, referido a la donación modal; GALICIA AIZPURUA, G., *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 37, a propósito de la venta en garantía a la luz de la teoría de la titularidad fiduciaria.

⁷⁷⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Comentarios a la STS de 12 de diciembre de 1989...”, págs. 914 y 915, quien afirma que la sentencia comentada es probablemente la primera que explicita el requisito de la onerosidad como presupuesto para la protección del tercero que desconoce la extralimitación (o el abuso).

⁷⁷⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, págs. 942 y 943.

1889 CC en caso de gestión de negocios ajenos sin mandato. En términos parecidos se expresa el *Code* en su art. 1992⁷⁷⁹.

No ocurre lo mismo en todos los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en Portugal, “debe el mandatario dedicar a la gerencia de que está encargado, la diligencia y el cuidado de que es capaz para el buen desempeño del mandato; si así no lo hiciese, responderá de los daños y perjuicios que causase” (art. 1336); sin hacer distinción alguna entre retribución y gratuidad.

XI. 3.1.3.B) La buena fe del representante

Aunque para un sector doctrinal la buena fe solo indica negación del dolo⁷⁸⁰, para otro está relacionada con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato⁷⁸¹. Entendida desde este punto de vista, exige lealtad y honestidad, otorgando un matiz moral a la norma de conducta, que alcanza a todos los derechos subjetivos, poderes y facultades⁷⁸². Es un principio instrumental que debe ponderarse en atención al acto o negocio jurídico al que va referido. Para saber si se ha respetado o no habrá que analizar las circunstancias del caso, es decir, el tipo de negocio al que acompaña, los derechos y deberes de las partes implicadas, el modo de proceder de cada una de ellas y las circunstancias de mero hecho que condicionan la conducta del autor. En este complejo sector hay que incluir los usos del tráfico jurídico que obligan a respetar las prácticas habituales del ramo⁷⁸³.

⁷⁷⁹ El art. 1992 CC francés dice que la responsabilidad relativa a la culpa se aplica con menos rigor a aquél cuyo mandato es gratuito que aquél que recibe algún estipendio.

⁷⁸⁰ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, pág. 711.

⁷⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil...”, art. 1258, pág. 437.

⁷⁸² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario del artículo 7.1 del Código Civil...”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 39.

⁷⁸³ Así, el T.S. ha considerado contraria a la buena fe y a los deberes exigibles al profesional, en el campo concreto de los fondos de inversión, la contradicción existente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que

Un importante sector doctrinal considera irrelevante la buena o mala fe con la que actúen representante y representado, fijándose tan solo en la conducta del tercero; aunque no todos lo comparten esta idea⁷⁸⁴. Desde nuestro punto de vista la buena fe siempre es exigible en el ámbito de las relaciones jurídicas, por imposición del art. 7 y 1258 CC, sin perjuicio de aquellas normas concretas que la aluden con carácter específico (por ejemplo, los arts. 451 y 455 CC en materia de posesión). Y aunque no determine el contenido del derecho (la buena o mala fe del representante no excluye ni determina su responsabilidad) sí incide en las consecuencias de sus actos (los tribunales podrán aplicar la responsabilidad con mayor o menor rigor).

Mientras un sector de la doctrina defiende la exigencia de buena fe con arreglo a criterios subjetivos⁷⁸⁵, otros autores se basan en criterios objetivos⁷⁸⁶. Creemos preferible la primera solución, en atención a los resultados a que conduce la segunda: Hernández Moreno, desde una óptica objetiva, interpreta la génesis del art. 1725 CC con base en una actuación dolosa del mandatario (representante) que traspasa los límites del mandato sin dar conocimiento suficiente de sus poderes⁷⁸⁷. Este traspaso y la falta de conocimiento suficiente de los poderes puede deberse a un comportamiento más o menos imprudente del representante, venir condicionado por las circunstancias del caso o por la

se puede invertir, lo que constituye un título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes [STS 18 abril 2013 (RCIP 1979/2011)].

⁷⁸⁴ A favor de la relevancia, GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 238 a 241; PARRA LUCÁN, M^a. A., “Responsabilidad por hecho ajeno...”, pág. 944, quien habla de culpa *in operando*; HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, pág. 1564; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia...*, art. 1725, pág. 2619, que confunde buena fe y diligencia al decir: “No es obligación de diligencia puesta a cargo del tercero sino del propio mandatario” y entiende que la responsabilidad del mandatario dependerá íntegramente de la buena fe que ponga en la negociación, ya que la ley pone a su cargo la exhibición de poderes o facultades de que dispone. En contra, DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato...”, pág. 727, que relaciona los arts. 1726 y 1103, ambos del CC. En materia de extinción de mandato, Alfaro Águila Real opina que si el representante es de mala fe, la protección que dispensa el art. 1738 CC en caso de mandato, no parte de la vinculación del mandante sino por la responsabilidad del mandatario. En cambio, si es de buena fe la protección del tercero será a costa del mandante.

⁷⁸⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 233 y 234.

⁷⁸⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1033 y 1034, con base en los supuestos objetivos recogidos por los arts. 10 LCCh y 247.2 CCo; HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, pág. 1564

⁷⁸⁷ HERNÁNDEZ MORENO, A., *ut supra*.

mayor o menor experiencia en la función desempeñada. Como comportamiento humano, la buena o mala fe de las partes no se puede predecir ni prejuzgar.

La buena fe o mala fe no depende solo del conocimiento que pueda tener el representante acerca de la insuficiencia de su poder sino la actitud desplegada frente al *dominus*, en la defensa de su interés, y frente al tercero.

XI. 3.1.3.C) Diligencia

Junto a la buena fe encontramos la diligencia⁷⁸⁸. El deber de diligencia se extiende a la actividad jurídica que pesa sobre el representante, entendida como criterio de conducta que comporta un cierto margen de discrecionalidad y que viene dada por su relación con la actividad u objeto del encargo. Es exigible tanto en la gestión encomendada del contrato de mandato (art. 1719)⁷⁸⁹ como en la no encomendada del art. 1889 CC.

Sin embargo, creemos que la diligencia no es en sí una conducta jurídica sino humana (o material) que afecta a determinados actos jurídicos. Y que el ámbito

⁷⁸⁸ La relación entre buena fe en sentido subjetivo y diligencia ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones: en la STS 18 abril 2013 (RCIP 1979/2011) el TS considera contraria a la buena fe y a los deberes exigibles al profesional (diligencia) la contradicción existente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir, lo que constituye un título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes; en el mismo sentido, la STS 17 abril 2013 (RCIP 1826/2010) desestima el recurso de casación planteado por un banco gestor a propósito de un “contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”, por entender que la entidad recurrente hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que éste, contractualmente no deseaba. El incumplimiento contractual comportaba de por sí una falta de diligencia exigible a todo profesional del sector, que entre sus obligaciones con el cliente, tiene la de protegerle frente a riesgos de su inversión no deseados. También la STS 22 abril 2013 (RCIP 896/2009) dice que cuando un abogado acepta un encargo, corresponde, en el desempeño diligente de su profesión, poner todos los medios jurídicos precisos para obtener el resultado perseguido por su cliente. Y aunque no toda deficiencia en el cumplimiento del encargo recibido puede ser determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, del examen de los hechos declarados probados resulta que la abogada no desplegó la diligencia que le era exigible en el cumplimiento del encargo profesional que asumió de su cliente.

⁷⁸⁹ El art. 1719 CC alude a la diligencia de un buen padre de familia, “a falta de instrucciones del mandante” y “según la naturaleza del negocio”. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, pág. 41, dice a propósito del art. 1610 (actual art. 1719 CC) que este artículo “encierra con claridad y concisión lo que hay de bueno en estos: las instrucciones del mandante están en primer lugar, porque el mandatario obra en su nombre y por poder suyo: en segundo lugar, la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia”.

de discrecionalidad en este ámbito no va referido al acto o negocio jurídico que pudiera realizar el representante frente a tercero⁷⁹⁰, sino a los actos materiales o jurídicos de apoyo a dicho acto o negocio jurídico, tendentes a lograr su validez y eficacia del modo que mejor defienda el interés protegido. Así cuando el art. 1094 CC dice que “el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”, está dando por sentado que la conservación implica todos los actos necesarios para evitar su pérdida, deterioro o menoscabo, sean materiales (limpieza de un inmueble) o jurídicos (contratos de obra destinados a su mantenimiento)⁷⁹¹.

El deber de diligencia aplicado al ámbito de la extralimitación es exigible a todos los sujetos partícipes en la representación: al representante, por prescripción legal⁷⁹²; al representado, como principio derivado de la buena fe en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; y al tercero, además, para obtener la protección del ordenamiento jurídico ante el conflicto de intereses que surge con el *dominus*.

Cuando la labor encomendada al representante no tiene carácter profesional se acude al criterio del “buen padre de familia”⁷⁹³, por contraposición al modelo de artífice o perito basado en el contenido jurídico del deber asumido y las circunstancias materiales concretas en que se desarrolla dicho deber⁷⁹⁴. El CCCat distingue expresamente ambos extremos en su art. 622-27.2: “El mandatario debe actuar con la diligencia propia de una persona razonable, de

⁷⁹⁰ Que impediría su aplicación allá donde falte la discrecionalidad en la voluntad del intermediario frente al tercero: *nuntius*, representantes que actúan sin capacidad de decisión en un asunto concreto.

⁷⁹¹ También se habla de diligencia en el art. 1104, 1867, 1889 y 1908 CC.

⁷⁹² Art. 164 CC, referido a los padres, como administradores y representantes legales de los bienes de sus hijos (en virtud del art. 162.3º CC); art. 270 CC en cuanto al tutor; art. 1903 CC en determinados supuestos de responsabilidad extracontractual; art. 248 CCo respecto del comisionista; art. 225 TRLSC, referido a los administradores y que, según URÍA MENÉNDEZ, Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil,

http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679, 22 abril 2015, págs. 7 a 12, implica el deber de ejercer efectivamente el cargo, el deber de vigilancia o supervisión, el deber de informarse y el de protección de la discrecionalidad empresarial, en el bien entendido sentido de que si bien los administradores pueden ser representantes no siempre lo son.

⁷⁹³ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, págs. 35 a 54, y 79 y ss.

⁷⁹⁴ BADOSA COLL, F., *ut supra*, pág. 161.

acuerdo con la naturaleza del asunto encargado. En caso de que el mandatario ejerza profesionalmente la actividad encomendada, salvo pacto expreso, debe actuar con la correspondiente diligencia profesional”.

En el ámbito mercantil, la jurisprudencia ha interpretado el deber de diligencia con el de información al comitente de las noticias que le interesen y con la obligación de consultar lo no previsto (arts. 255 y 260 CCo), “como si el asunto fuera propio”⁷⁹⁵. Con base en esta teoría se ha defendido que la actuación del comisionista que no recibe instrucciones supone extralimitación si al hacerlo se excede del saldo existente en la cuenta del mandante, ya que el deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas⁷⁹⁶.

Estando de acuerdo con que el deber de diligencia forma parte de la actuación del representante (apoderado, mandatario, comisionista, arrendatario, etc.) y que existen deberes íntimamente vinculados (buena fe e información), no podemos compartir su confusión. En el ejemplo citado con anterioridad, se puede actuar diligentemente sin quebrantar el deber de información (el comisionista profesional que decide no acometer una operación arriesgada porque interpreta que el perfil de su cliente es de bajo riesgo y carece de suficientes conocimientos del mercado de valores como para impartir instrucciones en un asunto dado). Por otro lado, la extralimitación parte de la superación del saldo, no de la falta de instrucciones. Este es un claro ejemplo de confusión entre límites e instrucciones, ya que la autorización para superar el límite del saldo no afecta al cómo debe actuar el representante sino a lo que está legitimado a hacer, en este caso, a endeudarse en nombre ajeno. Si el representado presta su

⁷⁹⁵ SSTS 16 septiembre 2015 (Roj: STS 4004/2015; ECLI:ES:TS:2015:4004), 21 octubre 2015 (Roj: STS 4270/2015; ECLI:ES:TS:2015:4270), 12 mayo 2016 (Roj: STS 2124/2016; ECLI:ES:TS:2016:2124), 6 octubre 2016 (Roj: STS 4286/2106; ECLI:ES:TS:2016:4286), 16 noviembre 2016 (Roj: STS 5109/2016; ECLI:ES:TS:2016:5109), 1 diciembre 2016 (Roj: STS 5230/2016; ECLI:ES:TS:2016:5230), 2 febrero 2017 (Roj: STS 356/2017; ECLI:ES:TS:2017:356), entre otras.

⁷⁹⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1719, pág. 11759.

consentimiento estaría ampliando los límites del poder y, por tanto, el negocio sería legítimo. El deber de diligencia en este caso viene impuesto por una norma positiva (art. 255 CCo), de modo que su infracción determinará extralimitación por la vulneración de un límite legal.

Recapitulando, en caso de extralimitación el representante asumirá las consecuencias en la relación *ad extra*:

- Si no hubo culpa por su parte:

a) Porque es más justo que soporte él los perjuicios derivados de la frustración del contrato que el tercero⁷⁹⁷,

b) Porque el ejercicio del poder comporta la asunción voluntaria del riesgo, y

c) Porque se encuentra en mejor posición que la contraparte para conocer su contenido.

- Si la hubo: porque la buena fe exige que actúe diligentemente, obligándole a adoptar las medidas necesarias para ejercer la tarea encomendada de la forma más eficaz en interés del principal. Diligencia también exigible al tercero quien, una vez que conoce la existencia de representación, debe solicitar la exhibición del poder en caso de que el representante no lo haya mostrado.

XI. 3.1.3.D) El deber de información

⁷⁹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1042.

Como vemos, la buena fe y la diligencia están en íntima relación con el cumplimiento de otros principios que, no obstante, gozan de sustantividad propia⁷⁹⁸. Siempre que una persona permite a otra que se inmiscuya en la gestión de sus bienes o derechos, o la obliga en virtud de contrato, aquél que asume el encargo queda obligado a mantener puntualmente informado a su principal. No solo busca el conocimiento en la marcha de sus asuntos sino su debido control. Para que el representado pueda controlar la actuación del representante es necesario que éste le informe verazmente de su gestión⁷⁹⁹.

Nuestro Código regula el deber de información en el ámbito de la representación, en sede de mandato: “Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo” (art. 1720)⁸⁰⁰. Así como el art. 622.27.1.b), Libro VI, CCCat: “En la ejecución del mandato, el mandatario debe informar al mandante de las gestiones realizadas y de su resultado”. En el campo del Derecho mercantil viene recogido por el art. 260 CCo (“El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito

⁷⁹⁸ La relación entre buena fe y deber de información ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia. Respecto a la información y a propósito de un contrato de gestión discrecional de cartera de inversiones el TS declaró que la información facilitada por el banco a los demandantes podía ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores, según la redacción vigente cuando se concertó el contrato, donde la comprensión cabal de los productos de inversión aceptados por el cliente exigía conocimientos expertos en el mercado de valores [STS 18 abril 2013 (RCIP 1979/2011)]. También declaró en la Sentencia de 9 mayo 2013 (RCIP 485/2012) que, aun admitiendo la licitud de las cláusulas suelo siempre que su transparencia permita identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de riesgos derivados de la variabilidad de los tipos, la cláusula objeto de análisis era nula por falta de información previa, clara y comprensible.

⁷⁹⁹ El CC francés de Napoleón, en su art. 1993, y el art. 790 del CC del Cantón de Berna, establecían ya la necesidad de que el mandatario diera cuenta al mandante “en todo tiempo del mandato”; también el art. 41 del CC argentino de 1869 (en el nuevo código, arts. 372.c y 1324). En la actualidad también lo exigen los Códigos de Perú, art. 1793.3º, art. 668 de Brasil, art. 817 de Bolivia, art. 1694 de Venezuela, art. 2155 de Chile, arts. 7783 y 7785 del Estado de Méjico, arts. 2566 y 2569 Federal de Méjico, art. 1713 de Italia, art. 1161 de Portugal, art. 1993 de Francia, parágrafo 666 de Alemania, entre otros.

⁸⁰⁰ Nuestro ordenamiento jurídico consagra este deber a nivel constitucional y legal. No solo en el art. 1720 CC, sino también en el art. 20.1.d) CE, arts. 229 y ss. LOPJ, art. 5 LOPDP, arts. 18 y 19 RD 1720/2007, arts. 8.d, 12, 17, 20, 44, 60, 81, 97, 152 y ss. TRLGDCU, arts. 140, 141 y 141 bis LEC, arts. 93 d), 196, 197, 260, 272, 287 TRLSC, etc. Recordemos que el deber de información que pesa sobre una persona comporta un derecho a favor de otra. Su relación con el principio de buena fe y el art. 1258 CC ha sido puesta de relieve por BUSTO LAGO, J.M., “Contratos de prestación de servicios...”, pág. 3501.

de la negociación, participándole, por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado”).

Esta información deberá prestarse en la forma pactada por las partes, de acuerdo con lo establecido por los *usus fori* y, en última instancia, con arreglo al principio de buena fe⁸⁰¹.

El deber de información no se limita a dar a conocer el estado actual de un acto o negocio. Exige un adecuado asesoramiento, capaz de instruir al representado de las posibles alternativas que se presentan ante una situación conflictiva y las consecuencias probables que implica la toma de decisiones. Un abogado que pierde un juicio ordinario no puede por propia iniciativa recurrir en apelación sin informar previamente a su cliente, salvo que goce de un poder especial y expreso que prevea esta circunstancia. El poderdante tiene derecho a conocer, antes de continuar, las probabilidades de éxito del recurso; la obligación de abonar la tasa

⁸⁰¹ Sin mencionar expresamente la extralimitación, las SSTS 17, 18 y 22 abril 2013 [(RCIP 1826/2010), (RCIP 1979/2011) y (RCIP 896/2009), respectivamente], declararon la responsabilidad del banco y de la empresa gestora de fondos de inversión, al haber mantenido inversiones contrarias al perfil de los clientes, sin facilitarles la más mínima información sobre el riesgo del fondo de cobertura, siendo obligación de las empresas gestoras el cumplimiento del deber de buena fe, el de ofrecer información suficiente, clara, completa y precisa, y la protección frente al riesgo. La STS 17 abril 2013 (RCIP 1826/2010) desestima el recurso de casación planteado por un banco gestor a propósito de un “contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”, por entender que la entidad recurrente hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que este, contractualmente no deseaba. El riesgo está en íntima conexión tanto con las instrucciones dadas por el representado, la información suministrada y la conducta adoptada por representante. En cuanto a la información suministrada, el apoderado está siempre obligado de suministrar al poderdante información suficiente acerca de la labor desarrollada, teniendo en cuenta que actúa sobre derechos personales o patrimoniales ajenos. Dependiendo de cada situación la información exigida será mayor o menor. No es lo mismo la simple permisión con plena confianza para actos de escasa trascendencia jurídica que el poder inserto en un contrato de gestión de gran relevancia patrimonial. E incluso en este segundo supuesto, la propia especialización puede determinar un plus en ese deber de información. A propósito de un contrato de gestión discrecional de cartera de inversiones el TS declaró que la información facilitada por el banco a los demandantes podía ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores, según la redacción vigente cuando se concertó el contrato, donde la comprensión cabal de los productos de inversión aceptados por el cliente exige conocimientos expertos en el mercado de valores [STS 18 abril 2013 (RCIP 1979/2011)]. En materia de nulidad de cláusulas suelo, declaró el Alto Tribunal en la Sentencia de 9 mayo 2013 (RCIP 485/2012), que aun admitiendo su licitud siempre que cumplan una serie de condiciones, que son, en esencia, que su transparencia permita identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos derivados de la variabilidad de los tipos, declaró su nulidad por falta de información previa, clara y comprensible.

judicial [antes de la STC 21 julio 2013 (Rec. 973/2013), que la declara nula]; la contratación de un segundo procurador en la plaza donde radique la Audiencia Provincial –no es obligatorio pero sí habitual-; la posibilidad de ser condenado en costas en la segunda instancia e importe aproximado.

En realidad la información sirve para que el *dominus* detecte la extralimitación o pueda evitarla. Su ausencia redonda en la responsabilidad *ad intra* del apoderado frente al poderdante.

Los tratados existentes sobre en materia de representación parten de una situación fáctica completamente distinta a la realidad actual⁸⁰². La interpretación histórica a que hace referencia el art. 3.1 CC ha influido de manera decisiva en este aspecto. Hace un siglo era imposible obtener la intermediación en determinados escenarios, por ejemplo, cuando la distancia física y la urgencia del caso impedían dar a conocer la oportunidad de concluir un negocio jurídico. Y no hablemos de épocas remotas, donde los medios de comunicación eran tan precarios que la autonomía de la que gozaba el representante era directamente proporcional a la distancia que lo separaba del representado. Pero en el siglo XXI, en plena sociedad de la información, donde la tecnología puesta al servicio del ciudadano permite mantener contacto inmediato entre dos sujetos –véase la mensajería instantánea, redes sociales, telefonía móvil, videollamadas o videoconferencias, etc.- es muy difícil concebir un escenario donde el representante no pueda informar al representado y consultar cualquier tipo de duda surgida en plena negociación, lo que hace más reprobable la conducta del representante extralimitado.

Ahora bien, igual de importante resulta la información del representante hacia el representado, que le permite controlar su actuación, que la que opera en sentido inverso, del principal frente al representante. En este caso no podemos hablar

⁸⁰² TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale*, Turín, 1892; TRAVIESAS, M., “La representación voluntaria...”, 1922; HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, 1930; SAGGESE, *La rappresentanza...*, 1933; PUGLIATTI, S., *Abuso di rappresentanza...*, 1936; BIONDI, *Gestione rappresentativa e ratifica*, Foro italiano, Volumen I, 1954; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, 1958; MINERVINI, G., *El mandato...*, 1959; NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación...*, 1969, entre otras.

de deber u obligación pero sí de carga, si el *dominus* desea que el encargo sea cumplido con ciertas garantías de éxito. Cuantos más datos posea el representante acerca de las necesidades e intereses de su principal y más claros consten los límites y, en su caso, las instrucciones, menos probabilidades habrá de que incurra en extralimitación.

XI. 3.1.3.E) El deber de guardar secreto y la extralimitación

El deber de guardar secreto solo puede venir referido a la esfera interna de las instrucciones, no a la externa del poder [STS 1 diciembre 1993 (Roj: STS 8264/1993; ECLI:ES:TS:1993:8264)]. Sin embargo, el art. 1725 CC excluye la responsabilidad del mandatario que ha traspasado los límites del mandato y ha dado al tercero “conocimiento suficiente de sus poderes”.

El tercero tiene derecho a conocer hasta dónde está legitimado el representante pero no el modo de llevar a cabo las negociaciones. De hecho, esa información que puede permanecer oculta constituye la esencia y determina el buen fin del negocio jurídico. Así, mientras el representante puede negarse a revelar las instrucciones (asumiendo responsabilidad frente al principal por su incumplimiento) no puede ocultar el poder (en otro caso responde frente al tercero por la extralimitación)⁸⁰³. De modo que la exclusión de la responsabilidad *ad extra* del mandatario/apoderado es perfectamente compatible con el deber de guardar secreto respecto de las instrucciones internas.

Puede suceder también que el poderdante autorice al apoderado la comunicación de las instrucciones, en cuyo caso no quedará afectado por el

⁸⁰³ Algunos Códigos antiguos se referían a esta materia. Así el art. 70, Capítulo 3º, Título IX, Libro Segundo, del CC argentino de 1869, decía que los terceros con quienes el mandatario quisiera contratar a nombre del mandante tenían derecho a conocer el instrumento donde constase la procuración, las cartas órdenes o las instrucciones referidas al mandato, aunque las órdenes reservadas y las instrucciones secretas del mandante no tendrían influencia alguna sobre los derechos de terceros que contrataron en vista de la procuración, órdenes o instrucciones que les fueron presentadas. También el art. 91 del CC prusiano establecía que quien trata con un mandatario tiene derecho a exigir de éste que le manifieste su procuración. En la actualidad, el art. 1158 del *Code* permite al tercero que dude del alcance del poder de un representante voluntario, solicitar por escrito la confirmación en un plazo prudencial de su autorización para celebrar el acto; en términos similares se expresa el art. 1393 del *Codice*.

secreto y su revelación servirá para aminorar la responsabilidad *ad extra*. Si el tercero tiene cumplida cuenta de los límites y extensión del poder y, a pesar de ello, contrata con el representante, no podrá alegar buena fe y su posición no gozará de la protección que le ofrece el ordenamiento jurídico. Si, además, es conecedor de las instrucciones, penetrando así en los entresijos de una relación que le es ajena, se refuerza aún más la posición de la contraparte en detrimento de la suya⁸⁰⁴.

XI. 3.1.4.- Exclusiones

En opinión de Rivero Hernández, a quien seguimos para la exposición crítica de sus argumentos, no cabe la responsabilidad del representante en varios supuestos: en la representación aparente; en la representación legal; en la gestión de negocios ajenos; en la actuación del *nuntius*; cuando el representante desconoce su falta de legitimación y el cocontratante actúa de mala fe; cuando el cocontratante conoce o debía conocer la ausencia de poder, actúa de mala fe y el representante no le da garantía de ratificación; y cuando el cocontratante conoce o debía conocer la gran improbabilidad de ratificación⁸⁰⁵.

Estando de acuerdo con la mayoría de ellas, en virtud de los presupuestos de la responsabilidad indicados *ut supra*, punto XI 3.1.2, dedicaremos unas palabras a comentar aquellas exclusiones con las que discrepamos o merecen alguna puntualización.

- **La representación aparente**

⁸⁰⁴ El art. 362 Código argentino dice que si el representado conoce los límites de la representación, su extinción y las instrucciones o debió conocerlos, serán oponibles a tercero. Los arts. 2584 del Código Federal de Méjico, 7785 del Código del Estado de Méjico y 1697 CC Venezuela, aluden al conocimiento de las facultades del mandatario, sin distinguir entre límites e instrucciones.

⁸⁰⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 999 y ss.

Salvo excepciones, ya que no existe verdadera representación. El único supuesto excepcional al que alude no reviste, según él, el carácter de representación aparente, sino de falsa representación (cuando el comportamiento negligente del *dominus* cree una duda razonable en el cocontratante sin llegar a constituir una apariencia apta y suficiente para hablar de representación aparente). En cuyo caso, negado el presupuesto mayor queda descartado el menor, y con él la excepción misma⁸⁰⁶.

Desde nuestro punto de vista, el autor parte de la incompatibilidad entre representación aparente y extralimitación, porque en caso contrario no entendemos la razón de la exclusión. A diferencia de la falta absoluta de representación (inexistencia, extinción), dijimos que la extralimitación comporta solo una falta parcial por el exceso, que permite aceptar una porción del negocio extralimitado siempre que no concurra ratificación y sea divisible.

Teniendo en cuenta la amplitud de poderes que puede ostentar el representante y las múltiples situaciones a las que enfrentarse, cabe la posibilidad de que sobre un mismo negocio complejo concurren actos que puedan ser calificados de representación aparente y otros de verdadera representación. En ambos casos el acto o negocio jurídico pivota sobre la figura del falso representante extralimitado. Y tanto en uno como en otro, su comportamiento es susceptible de generar responsabilidad: ya sea de origen legal (teoría de la apariencia), ya sea de origen voluntario (poder de representación).

- **La representación legal**

⁸⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 999 y 1000.

En realidad no dice que no pueda derivarse responsabilidad por la actuación extralimitada del representante sino que no sería objeto de estudio a propósito del trabajo que nos muestra⁸⁰⁷.

Como diremos posteriormente, creemos exigible la responsabilidad del representante que actúa contrariando la ley, bien porque trasgrede los límites del poder que emana directamente de la norma o que le ha sido conferido por la autoridad, bien porque actúa sin la necesaria autorización habilitante. Con su conducta incumple la ley o la resolución procesal, y su comportamiento puede ser sancionado. Cuestión distinta es la legitimación para solicitar la exigencia de responsabilidad, así como la existencia de un interés real para demandar o los medios para lograrlo.

- **La gestión de negocios ajenos**

En opinión de Rivero, la razón radica en que la gestión de negocios atiende a la relación entre gestor y *dominus* y no al tercero con quien se ha entendido o contratado el gestor. No cabe hablar de frustración del negocio ni de defraudación de la confianza⁸⁰⁸.

Estamos de acuerdo en la imposibilidad de exigir responsabilidad entre gestor y tercero derivada de la extralimitación, más allá de la que puedan reclamarse por el cumplimiento o incumplimiento del contrato.

En caso de devengarse sería en la relación interna gestor/*dominus*. No obstante, creemos más exacto decir que esa responsabilidad nunca derivaría de la representación, porque tal representación no existe. Cuando el art. 1892 CC

⁸⁰⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1000 y 1001.

⁸⁰⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, pág. 1001.

señala que la ratificación de la gestión produce los efectos del mandato expreso (que también podemos interpretar como representación expresa) no dice que sea o se convierta en mandato (ni en representación), sino exactamente lo que expresa: que produce sus mismos efectos.

No existiendo representación no cabe extralimitación y, por tanto, no genera responsabilidad por este concepto.

- **El *nuntius***

Al concebir al nuncio como un mero mensajero, un mero portador de la voluntad ajena, entiende que no cabe achacarle nada ni exigirle responsabilidad por los problemas de la frustración del negocio⁸⁰⁹.

Dejando al margen la naturaleza jurídica del *nuntius*, de la que tratamos en la primera parte de este trabajo, es evidente que hasta el mero intermediario puede cometer un acto susceptible de provocar un daño a otro. Si un sujeto interviene como mensajero de la voluntad ajena y en vez de decir “sí” dice “no” al matrimonio con el tercero (el otro contrayente), no solo habrá repercutido jurídicamente en el estado civil del poderdante sino también en el del tercero. Aparte de haber creado una expectativa jurídica que se ha visto defraudada, puede haber ocasionado un perjuicio económico del que el tercero quiera ser resarcido (por ejemplo, si a continuación ha tenido que cancelarse el banquete nupcial y el viaje de boda)

Incluso el *nuntius* que realiza una actividad puramente material puede provocar daños derivados de su participación (material) en el negocio (jurídico) ajeno, como auxiliar o intermediario del *dominus*, con independencia de los problemas

⁸⁰⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, pág. 1002.

derivados de la frustración del negocio que, evidentemente, le son ajenos. Si el mero portador de la voluntad ajena se retrasa en comunicar al tercero la declaración emitida por el *dominus* y, a consecuencia de su negligencia, el tercero sufre algún daño, deberá reclamar frente al principal, quien, a su vez, podrá repercutir contra aquél: si media algún tipo de contrato entre ambos, por responsabilidad contractual; en otro caso, por el art. 1902 CC.

Otra cuestión es decidir si esa responsabilidad puede calificarse o no como derivada de extralimitación en la representación, lo que dependerá de la concepción defendida respecto a la naturaleza de su figura.

- **Cuando el representante desconoce su falta de legitimación y el cocontratante actúa de mala fe⁸¹⁰**

Si no hubiera mala fe la responsabilidad sería de aquél, aunque no tuviera culpa en la ignorancia.

- **El cocontratante conoce o debía conocer la gran improbabilidad de la ratificación, de la que le ha advertido el *falsus procurator* o él puede deducirla de las circunstancias y, a pesar de todo, asume el riesgo del negocio⁸¹¹**

En cuanto a estos dos supuestos, creemos que la responsabilidad del representante extralimitado se excluye cuando el tercero actúa con mala fe o a riesgo suyo. Si concurre en él mala fe, da igual que aquél haya ofrecido garantías de ratificación. Si conoce o debía conocer la extralimitación asumió el riesgo de

⁸¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1050 y 1051.

⁸¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1051.

la falta de ratificación, voluntariamente o por negligencia, y solo quedaría neutralizado por la mala fe del representante o del representado.

El tercero puede exigir responsabilidad en estos tres supuestos:

- Cuando el representante ha ocultado su condición al tercero, que ha actuado con buena fe y diligencia, se ha producido extralimitación y el principal no ratifica. Si el tercero conoce la condición del representante no puede reclamarle nada por la falta de exhibición del poder, salvo modificación de la que no pueda tener conocimiento el tercero. Como tampoco podría reclamar nada si el representante se niega a exhibirlos, pues habrá negociado asumiendo el riesgo voluntariamente.

- El representante ha otorgado garantía plena de ratificación. No como promesa de hecho ajeno sino por la frustración de sus legítimas expectativas. Cualquier posibilidad, mayor o menor, de que el principal no ratifique traslada el riesgo del negocio al tercero.

- El representante se compromete personalmente en caso de falta de ratificación. Discute la doctrina si la responsabilidad de aquél sería sustitutiva o cumulativa, pudiendo entenderse en este segundo supuesto, de forma solidaria o subsidiaria, a modo de afianzamiento⁸¹². Creemos que son admisibles ambas posibilidades, con la particularidad de que solo la cumulativa, a través de la indemnización de los daños y perjuicios, será posible en la extralimitación. Cualquier otra posibilidad convertiría al representante en parte del negocio representativo, novando el primitivo pacto.

⁸¹² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...", art. 1725, pág. 1866; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen segundo, Contratos y Cuasicontratos*, Editorial Dykinson, Madrid 2004, pág. 227.

- Supuestos discutibles

Por último, Rivero Hernández considera discutibles: la representación indirecta, al ser el representante quien queda vinculado directamente con el cocontratante; el abuso de poder, ya que no existe extralimitación ni transgresión de las instrucciones sino (generalmente) conflicto de intereses; en el acto unilateral (retracto, opción, interrupción de la prescripción), que acepta, al poder existir extralimitación y poder causar perjuicio al tercero de igual modo que en el negocio bilateral; en el autocontrato, que también admite siempre que haya perjuicios procedentes de la conducta ilícita del representante⁸¹³. Aunque tampoco vemos inconveniente en que el representante responda de la extralimitación en la representación indirecta, pues el mecanismo de actuación puede influir en la obligación pero no afecta al daño que pueda ocasionar y que constituye el fundamento de la responsabilidad.

XI. 3.1.5.- La responsabilidad contractual del representante

XI. 3.1.5.A) Frente al representado

Los primeros comentaristas de los códigos civiles francés, italiano y español entendieron que la responsabilidad del representante lo era por culpa extracontractual⁸¹⁴. Actualmente este criterio está siendo superado por otro más objetivista, ante la dificultad de la culpa para proteger adecuadamente los intereses implicados y por su ampliación al ámbito contractual⁸¹⁵.

⁸¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1002 y ss.

⁸¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1012 y 1013.

⁸¹⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, págs. 236 y 237; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1013, 1026 y 1027.

Las razones ofrecidas por Rivero para admitir la responsabilidad contractual junto con la extracontractual se basan en el cumplimiento defectuoso del contrato o encargo conferido (mandato, art. 1718, en relación con los arts. 1714 y 1726 CC; sociedad, arts. 1697 y 1698), incluso cuando la relación poderdante-apoderado no se base en un contrato causal o el contrato sea inválido. Acorde con sus postulados, tanto la infracción de las instrucciones básicas como de los límites del poder determinarían la responsabilidad contractual en la relación *ad intra*. Esta responsabilidad se basa en la frustración del negocio y los perjuicios ocasionados al *dominus*.

Aunque la existencia de un contrato de gestión (contrato de mandato) o un negocio unilateral (apoderamiento) puedan generar responsabilidad contractual frente al principal por infracción de límites, y la responsabilidad deba ser proporcional al daño cometido, existen determinados factores que influyen en la extensión indemnizatoria. No es lo mismo infringir una permisión o *potestas*, donde solo se lesiona la confianza, que la obligación asumida en virtud del contrato. Tampoco se puede equiparar la infracción de los límites que la vulneración de las instrucciones, aunque estas sirvan a veces para completar los límites o sea difícil distinguir entre ambas. Las instrucciones siempre comportan el quebrantamiento de un deber jurídico, mientras que los límites solo tendrán esta consideración cuando formen parte de un contrato o hayan sido determinados legalmente (en otro caso supondrán la infracción de una facultad).

XI. 4.2.5.B) Frente al tercero. La culpa *in contrahendo*

Los defensores del criterio subjetivo se decantan por la culpa *in contrahendo*, basada en la culpa del falso representante y en la buena fe del tercero con quien contrató. El primer elemento puede deducirse del art. 1725 CC—traspaso de los

límites del mandato “sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”- y de los principios generales del sistema de responsabilidad civil, que permiten imponer la responsabilidad objetiva únicamente cuando lo establece la ley. El segundo elemento deriva de la protección tutelar que dispensa el art. 1738 CC al tercero “en tanto a ello no obste su mala fe”⁸¹⁶.

Es la responsabilidad que asume un sujeto como consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. Admite dos hipótesis: la no conclusión del contrato o negocio jurídico (por ruptura unilateral de negociaciones, revocación de la oferta o incumplimiento de la promesa realizada) y supuestos de ineficacia del negocio aparentemente válido (nulidad, anulación o inexistencia). Se basa en la confianza de una de las partes y en la culpa de la otra. Por este motivo también se le ha denominado responsabilidad *ex confianza* y responsabilidad precontractual⁸¹⁷.

Como el Código civil solo parece regular dos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) se discute sobre si la culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual pertenece a un grupo o al otro⁸¹⁸.

La extralimitación en la representación conduce a la ineficacia del negocio. La causa de esa ineficacia (nulidad, anulabilidad) existía al tiempo de la formación del contrato y era o debía ser conocida por uno de los contratantes (el representante extralimitado). De modo que cuando negoció con el tercero, actuó de mala fe o sin la debida diligencia *in contrahendo*, de la que hablaba *Ihering*.

⁸¹⁶ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, pág. 200.

⁸¹⁷ En contra RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1012 a 1016, para quien la responsabilidad por culpa *in contrahendo* no debe ser confundida con la responsabilidad *ex confianza*, que surgió como superación de la anterior, nace de la ley y no del contrato, y deberá ser conjugada con la del riesgo creado. La teoría del riesgo en GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 231.

⁸¹⁸ MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, ADC, Fascículo 4, año 1985, pág. 984.

Para el autor germano estos negocios podían ser invalidados a consecuencia del error esencial sufrido por uno de los contratantes⁸¹⁹.

Esta teoría ha sido criticada por Rivero Hernández, al considerarla insuficiente para regular la especificidad en la actuación del falso representante y su diferente perfil. La culpa *in contrahendo* se basa en criterios subjetivistas y culpabilistas, conduce a la nulidad por interrupción injustificada de negociaciones y requiere deslealtad en los tratos. En cambio, la extralimitación se caracteriza por una actividad inicialmente incorrecta que genera *ab initio* una posición irregular, creando un riesgo desde el principio⁸²⁰.

El autor se decanta por el criterio objetivo con base en una doble argumentación: por un lado el principio culpabilista obliga al perjudicado a tener que demostrar la culpa del contrario y su buena fe; por otro, cuando representante extralimitado y el tercero actúan de buena fe parece más justo y razonable que sea aquél quien deba indemnizar, porque en la distribución de riesgos tiene mayor participación y ha partido de una posición irregular⁸²¹.

Estamos de acuerdo con los argumentos ofrecidos por Rivero, aunque con una pequeña matización. No toda actividad extralimitada lo es *ab initio*. Es posible, especialmente en los contratos de tracto sucesivo, que la representación sea inicialmente legitimada y, llegados a un punto, deje de serlo por exceso. Producida la extralimitación se abre un período donde las partes pueden ratificar o revocar el negocio jurídico, transcurrido el cual deviene nulo por falta de legitimación. La preferencia del riesgo o responsabilidad por garantía no es solo un criterio práctico que sirve para facilitar la prueba, sino que atiende mejor que el subjetivo los intereses jurídicos implicados.

⁸¹⁹ MANZANARES SECADES, A., *ut supra*, págs. 979 y 980, citando a *Ihering, Rudolph, De la culpa in contrahendo on des dommages-intérêts en cas de conventions nulles ou restées impartaites. Oeuvres choisies, tomo II*, págs. 1 a 100, traducción francesa por O. De Meleunaere.

⁸²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", págs. 1035 a 1037.

⁸²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ut supra*, págs. 1037 y 1038.

El propio esquema representativo parte de una situación de riesgo, por la descentralización del *dominus* en la toma de decisiones. Riesgo que también asume el representante, como intermediario volitivo que actúa en interés ajeno. Y riesgo que afecta al tercero, al meterse de lleno en un negocio donde la contraparte cuenta con dos voluntades diferentes (la del representante con quien contrata y la del representado que legitimó) y un solo interés (el del principal). Decir que un sujeto debe responder más que otro porque “en la distribución de riesgos tiene mayor participación” (ver afirmación *ut supra*) nos recuerda a la mayor reprochabilidad de la que hablan los penalistas⁸²². Se culpabiliza al sujeto por haber creado el riesgo frente al sujeto menos culpable (el tercero). En caso de asumir este criterio la mayor carga sería para el *dominus*, ya que como venimos diciendo, el riesgo lo crea él cuando opta por el esquema representativo o se utiliza en su beneficio.

Creemos más acertado decir que al final todo se reduce a un problema de distribución de riesgos: debe asumir la responsabilidad quien se beneficia del riesgo o aquél en cuyo interés se crea el riesgo. Lo que no impide que la actuación culpable de las partes incida en el *quantum* indemnizatorio, moderando e incluso exonerando de la responsabilidad que en principio debe asumir.

La solución, siempre discutible y susceptible de mejor criterio, viene dada por la peculiaridad del mecanismo donde se inserta. Este mecanismo hace de ella un responsabilidad *sui generis*, a medio camino entre la contractual y la extracontractual: no es responsabilidad contractual porque no deriva de un contrato perfecto, válido y eficaz; tampoco es completamente extracontractual,

⁸²² LUZÓN CUESTA, J.M^a, *Compendio de Derecho Penal...*, pág. 139, citando a *Mezger*, dice que es el juicio de reproche por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también culpablemente, enlazando realmente con una determinada situación fáctica de culpabilidad que subyace en el sujeto.

porque surge de un vínculo negocial imperfecto que genera ciertos efectos, aunque sean provisionales y claudicantes.

El fin último que guía la representación, el desequilibrio que presentan las partes (representante y representado por un lado, tercero cocontratante por otro) y la necesidad de satisfacer justamente todos los intereses implicados en el negocio representativo, hacen de la responsabilidad por culpa un criterio inadecuado. Tal vez pueda servir para otros tipos contractuales o negociales, e incluso concurrir en materia de extralimitación, pero el riesgo creado por el principal con la descentralización en la toma de decisiones, la responsabilidad que asume el representante en la gestión de intereses ajenos, la dificultad de prueba para el tercero⁸²³ y el régimen correlativo al que queda sujeto el principal, nos hacen pensar que es el criterio del riesgo el que mejor atiende los intereses de las partes y más garantiza el principio de seguridad jurídica.

Si estimamos el negocio representativo extralimitado no ratificado como un negocio completo, pero nulo, inexistente o anulable, no cabe deducir ningún tipo de responsabilidad precontractual. Pero si adoptamos la teoría del negocio incompleto cabe al menos la posibilidad de plantearnos la hipótesis.

Analicemos varios escenarios:

- Si el representante y el tercero conocían la insuficiencia de poder, y en el uso de su autonomía privada deciden negociar y asumir el riesgo, nada tienen que reclamarse. No existen expectativas defraudadas. Así lo entiende también la jurisprudencia⁸²⁴.

⁸²³ No tanto de la extralimitación porque, como hemos defendido, creemos necesaria la posibilidad de que el tercero pueda conocer la identidad del poderdante y el contenido de los poderes, sino de la imputabilidad de la culpa.

⁸²⁴ SSTS 9 abril 1957 (RJ 1957/2498) y 29 abril 1969 (RJ 1969/2236).

- Si el representante y el tercero conocían la insuficiencia pero aquél se compromete a la ratificación por el principal, habrá responsabilidad contractual ante el incumplimiento, por el pacto alcanzado personalmente con el tercero.

- Si representante y tercero desconocen la extralimitación, éste podría reclamar frente a la parte con la que ha negociado y contra el principal. Pero siempre que aquél actuara con buena fe no cabría responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que la frustración de las legítimas expectativas del tercero no encontraría su causa en la conducta negligente del representante.

- Si el representante conoce la extralimitación y calla frente al tercero de buena fe, entonces sí se dan las circunstancias necesarias: el negocio no ha llegado a consumarse por la falta del consentimiento del *dominus*, se ha generado una confianza en el destinatario que le ha llevado a realizar una serie de gastos y provisiones, y el causante de esta expectativa es el representante.

- Si es el tercero quien conoce la extralimitación, desconociéndola el representante. Aunque la STS 10 enero 1990 (RJ 1990/32) parece dar a entender la responsabilidad del representante, no la del representado, es dudoso que el tercero pueda ampararse en una actuación que conoce como extralimitada, incluso frente a aquél⁸²⁵.

Cossío expone que la negociación entre dos sujetos –en este caso, representante extralimitado y tercero- crea entre ellos una cierta conexión y un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues las partes se deben un mínimo de lealtad en el trato. Existe obligación de indemnizar el interés

⁸²⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 2982.

contractual negativo cuando la causa sea imputable a una de las partes que intervinieron en el trato.

XI. 3.2.- El *dominus negotii*

XI. 3.2.1.- Planteamiento de la cuestión

Las normas del contrato de mandato dicen que en caso de extralimitación, el mandatario será responsable frente al tercero si no le dio conocimiento suficiente de sus poderes y que el mandante no queda obligado frente al tercero sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

Parece claro que si el principal no ratifica no queda obligado frente al tercero en los términos del negocio jurídico celebrado, pero ¿quiere esto decir que tampoco responde frente a él?, ¿que el único que responsable frente al tercero es el mandatario (o representante)? Al ser la representación una institución pensada para colaborar en la esfera jurídica de quien voluntariamente decide activar un mecanismo de riesgo, derivado de la descentralización en la toma de decisiones que, en última instancia, van a repercutir en su patrimonio, lo normal sería que asumiera las consecuencias de su elección frente a quien, de buena fe, contrata con él a través de otro.

Al comenzar nuestro estudio la orientación legal parecía excluir esta posibilidad; sin embargo, el art. 622-22.3 CCCat (aunque todavía no está en vigor) dice al respecto que el tercero de buena fe tendrá acción contra el mandante si este se ha aprovechado de la actuación extralimitada. Exige, por tanto, dos requisitos: que el principal haya obtenido un provecho y el tercero sea de buena fe. El aprovechamiento de la actuación (622-22.3) no es lo mismo que la actuación más ventajosa [622-22.1.b) CCCat y 1715 CC], ya que exige una *utiliter gestio*,

no una mera *utiliter gestum*. La exigencia de la buena fe está en consonancia con los requisitos que para su protección establece el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el art. 1725 CC, aunque sea de forma implícita, para la extralimitación; o el art. 1738 CC para la extinción de mandato).

A nivel doctrinal encontramos dos posturas enfrentadas: Gordillo Cañas se oponía, defendiendo la responsabilidad exclusiva del mandatario según el art. 1725 CC, que “ni la representación ni el mandato pueden dar razón de esta responsabilidad del mandante”; no obstante, dejaba abierta la posibilidad cuando el mandato –o la representación- se prestara más que como oficio de amistad, profesionalmente y en la situación de subordinación propia de la organización empresarial.

Otro grupo de autores admitió la posibilidad de que la responsabilidad alcanzara al principal⁸²⁶. Bonet dijo ser una postura aceptada unánimemente por todos los escritores (¿?), basándose en la culpa *in eligendo*⁸²⁷. Y al hilo del comentario de la STS 6 noviembre 2013 (Rec. 2007/2011), Pérez Ramos se formuló la misma pregunta: ¿acaso no es imputable al mandante el riesgo de haber creado un instrumento generador de apariencia y de vinculación de la propia esfera jurídica?. A lo que respondió que en la pugna entre dos intereses igualmente lícitos, el titular de uno de ellos –el tercero de buena fe- no tiene más culpa que el haber confiado en el instrumento que el ordenamiento jurídico crea para contratar con quien no está presente; mientras que el poderdante, igualmente de buena fe, a lo menos es responsable de haber creado la apariencia en la que el segundo ha confiado⁸²⁸.

⁸²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 96, quien pensaba más en una responsabilidad por culpa que en otra derivada del riesgo.

⁸²⁷ MUCIUS SCAEVOLA, Q., y BONET RAMÓN, F., *Comentarios al Código Civil*, XXVI-2, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), op. cit., pág. 466 y 470-471.

⁸²⁸ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?...”, págs. 9 y 10.

Esto nos ha llevado a plantearnos si la responsabilidad por la extralimitación del representante alcanza al *dominus negotii*, si ocurre solo cuando concurren los presupuestos de la apariencia jurídica y, por último, qué tipo de vinculación existe: por riesgo o por culpa.

XI. 3.2.2.- La responsabilidad del *dominus negotii* frente al tercero

En opinión de *Hupka* “sería muy de lamentar que un ordenamiento jurídico positivo estableciera el principio general de que, en los casos de extralimitación de un poder no dado a conocer, fuera el principal, y no el representante, el responsable. En el terreno de las relaciones civiles ordinarias la facilidad y la rapidez son cosa secundaria, lo primordial es defender la seguridad del comercio jurídico”⁸²⁹.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico rechaza la actuación extralimitada, aunque sabemos que acepta el mandato cumplido de manera más ventajosa para el mandante que la señalada por él; la ratificación expresa o tácita; y la protección de la apariencia, que hace primar la seguridad del tráfico sobre la seguridad jurídica estática, como ocurre en el tráfico mercantil y societario⁸³⁰. Y además, obliga a resarcir los gastos necesarios y útiles, y los daños y perjuicios que conlleve la gestión ajena aprovechada con la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto (arts. CC 43, 168, 172.4, 220, 220, 229, 256, 265, 281, 356, 360, 369, 395, 422, 452, etc.).

Los preceptos del Código Civil y de Comercio que hablan de responsabilidad frente a terceros en el ámbito de la representación la imputan al representante,

⁸²⁹ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 195 y 196. En este sentido véase la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2014/272).

⁸³⁰ HISPACOLEX SERVICIOS JURÍDICOS, Peculiaridades de la representación, <http://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/representacion-empresas/>, pág. 1.

mandatario o comisionista⁸³¹. Los escasos artículos que aluden a la responsabilidad del principal (arts. 1729, 1730, 1731 CC, en el mandato; 1893 CC, en la gestión de negocios ajenos; y 278 CCo, en la comisión) están previstos para que el *dominus negotii* resarza al representante, mandatario, gestor o comisionista por los daños y perjuicios sufridos en el desempeño de su cargo y dentro de los límites autorizados⁸³².

El CCo amplía la responsabilidad al representante y al representado, cuando el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o concierna a las necesidades de la navegación [arts. 286 y 620.2º CCo (actualmente derogados por la disposición derogatoria única c) de la ley 14/2014, de 24 de julio), y arts. 76 LSA 1951 y 11 LSRL 1953].

Un sector de la doctrina, sin mencionar expresamente el término “responsabilidad”, asegura que frente a la opinión de la doctrina mayoritaria, hasta hace poco en el sentido de que el art. 1727 atendía sólo a las relaciones externas (*dominus-tercero*), se va consolidando la tesis de que alcanza también a la relación interna, de forma que el mandante se deberá hacer cargo en algunos casos de la actuación y obligaciones contraídas por el mandatario al margen del ámbito de legitimación concedida⁸³³, tesis que se acepta tanto en la representación *alieno nomine* como *propio nomine*.

En opinión de Rivero Hernández, la responsabilidad del *dominus negotii* puede derivar:

⁸³¹ Arts. 1716, 1717, 1718, 1721, 1723, 1725, 1726 y 1736 CC y 246, 247, 248, 252, 253, 254, 256, 258, 259, 261, 262, 264, 265, 266, 273, 274, 289, 296, 297, 298 y 299 CCo.

⁸³² También el art. 1312 CC de Brasil, que obliga al mandante a resarcir al mandatario las pérdidas sufridas con la ejecución del mandato, “siempre que no resulten de culpa suya o extralimitación de poderes”.

⁸³³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Representación sin poder...”, págs. 211 y 212. En este sentido DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 277; GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario de los artículos 1727 y 1732 del Código Civil...”, en art. 1727, págs. 1567, 1568 y 1570.

- De comportamientos equívocos que hayan podido crear la duda razonable en el representante o en el tercero acerca de la correcta legitimación del primero, dando lugar a una representación aparente en la mayor parte de los casos.
- De su actitud negligente frente al representante, cuando por ella no llegue a conocer con exactitud la existencia de poder –en caso de extinción- o su suficiencia –extralimitación-⁸³⁴.

De otro lado, aun en el ámbito de la representación pura, la relación entre representado y tercero tenía que pasar necesariamente por el representante (arts. 1717 CC⁸³⁵ y 246 CCo⁸³⁶), con la consiguiente incomunicación entre el patrimonio de ambos. El tercero debía demandar a la persona con quien contrataba, sin perjuicio de que el representante pudiera repetir contra el representado. En cambio, no se admitía la acción directa del tercero frente al principal, al concebirse las relaciones *ad intra* y *ad extra* como compartimentos estancos.

La jurisprudencia fue introduciendo algunas excepciones, especialmente cuando se trataba de cosas propias del mandante⁸³⁷. Actualmente se admite la

⁸³⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, págs. 1034 y 1035.

⁸³⁵ Art. 1717 CC: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera persona suyo. Exceptúese el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.”

⁸³⁶ Art. 246 CCo: “ Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.”

⁸³⁷ SSTS 28 noviembre 1973 (Roj: STS 349/1973; ECLI:ES:TS:1973:349), 1 diciembre 1982 (no encontrada por el doctorando), citadas por DE LEÓN ARCE, A., “La representación...”, pág. 270. Esta comunicación directa se admite también en el campo de la gestión de negocios ajenos sin mandato: DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, M., “El aprovechamiento de las ventajas de la gestión de negocios y sus consecuencias jurídicas”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad

comunicación directa, interpretando el art. 1717 CC como una acentuación en la responsabilidad del mandatario, y con base también en los arts. 287⁸³⁸, 908⁸³⁹ y 909.4⁸⁴⁰ CCo (los dos últimos artículos fueron derogados por el apartado 3º del número 3 de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

No vemos inconveniente en que dicho esquema directo se amplíe al ámbito de la extralimitación, ya que en ambos casos la responsabilidad no nace del incumplimiento (legítimo o ilegítimo del representante) sino del daño sufrido por el tercero. De este modo quien actúa frente a otro, diligentemente y sin culpa, puede ver resarcido su derecho frente a quienes de un modo u otro intervienen como contraparte en el negocio jurídico, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambos, que motivaron la representación y que no deben afectar a quien no las conoce ni participó en ellas.

XI. 3.2.3.- La responsabilidad del *dominus* en otros supuestos representativos y su posible influencia en la extralimitación

XI. 3.2.3.A) En la extinción de poder

Complutense, nº 75, 1989-1990, págs. 173 y 174, al interpretar la expresión “cosas propias del mandante” en el sentido propio del art. 1893 CC, es decir, como obligaciones contraídas en interés del *dominus* y no necesariamente en su nombre.

⁸³⁸ Art. 287 CCo: “El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal.”

⁸³⁹ Art. 908 CCo: “Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella, siempre que cumplieren las obligaciones anejas a los mismos.”

⁸⁴⁰ Art. 909.4 CCo: “Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 4º Las mercaderías que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega.”

El Código acepta la responsabilidad del principal en casos de extinción del poder, haciendo uso de una extensión de los efectos del poder semejante a la que cabría defender en el art. 1715 CC para los supuestos de extralimitación.

El Derecho alemán distingue dos subgrupos a propósito de la extinción: uno de ellos tiende a favorecer a los terceros –sería el caso del art. 1734 de nuestro CC-; y el otro tiende a favorecer, en primer término, al propio apoderado y mediatamente a los terceros de buena fe –art. 1738 CC-⁸⁴¹.

León Alonso habla de la ultraactividad del mandato, encaminada a la protección de los terceros interesados, donde el conocimiento que el mandatario facilite de sus poderes –véase también apoderado y representante-, ex art. 1725 CC, y la retirada del documento acreditativo donde consten (art. 1733 CC) concretarán la responsabilidad del principal, exonerarán al mandatario y beneficiarán al tercero, mediante la protección de la apariencia y la seguridad del tráfico⁸⁴².

Espejo Lerdo de Tejada sostiene que “existiendo una apariencia objetiva de poder desencadenada por el poderdante o producida en su ámbito de riesgo, la solución del ordenamiento –no debería ser- diametralmente opuesta según haya existido una causa u otra de extinción del poder”.⁸⁴³

⁸⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, págs. 876 a 878. PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?...”, pág. 7, dice que el art. 1738 CC protege tanto los intereses del mandante como los del tercero de buena fe. PRATS ALBENTOSA, L., “Nulidad de la regulación del Archivo de Revocación de Poderes”, *Diario La Ley*, nº 6999, Sección Doctrina, Ref. D-241, Editorial La Ley 38828/2008, Año XXIX, 29 julio 2008, pág. 6, dice que este artículo contiene una regla que pretende proteger la confianza del tercero y favorecer el tráfico, antes que al interés del mandante.

⁸⁴² LEÓN ALONSO, J., *Derecho Civil...*, pág. 14. Este autor sostiene en la pág. 6 que lo verdaderamente importante en la de extralimitación no es tanto la suficiencia de los poderes sino el conocimiento que de los mismos se haya dado al tercero

⁸⁴³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente (A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo), *InDret* 1/2015, Barcelona, enero de 2015, en http://www.indret.com/pdf/1119_es.pdf, págs. 1 a 36, pág. 13; igual que no hay razón para que el mandato dado para contratar con determinadas personas deba

González Carrasco, comentando el art. 1738 CC, llega a la conclusión de que el TS, interpretando conjuntamente los arts. 1734 y 1738 CC, ha configurado una regla general de la protección de los terceros basada en la confianza generada por la apariencia jurídica como riesgo asumido por el mandante⁸⁴⁴.

No hay razón para admitir la protección del tercero y la asunción del riesgo por el poderdante en caso de extinción y negarla en los demás casos de inexistencia o insuficiencia de poder, como ocurre con la extralimitación. Según Manuel Espejo –nota *ut supra*–, Federico de Castro manifiesta que el tercero puede confiar en la existencia y subsistencia del poder (aunque no existiera o fuera revocado).

XI. 3.2.3.B) En la delegación en el poder⁸⁴⁵

XI. 3.2.3.B)a) La sustitución. El subapoderamiento

El art. 1721 CC declara la responsabilidad del mandatario respecto de la gestión del sustituto: “cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente”. Y añade: “lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”.

merecer una solución diferente a la del mandato general utilizado para contratar con determinadas personas de modo reiterado, pág. 25.

⁸⁴⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1738, págs. 11880 y 11881.

⁸⁴⁵ A pesar de que, con apoyo en la doctrina mayoritaria, distinguimos tres supuestos de delegación, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, pág. 2992, solo regula dos: llama sustitución a la transferencia de poder y no exige en la delegación el otorgamiento de poder por parte del representante, de modo que los sujetos por él designados son nuncios del mandatario, meros ejecutores de sus instrucciones.

Este precepto regula la delegación o sustitución en el mandato, que comporta una subrogación total de un tercero en la posición del representante, mediante la transmisión del poder. En este caso el representante “transmite su poder”. No cabe confundirla con el subapoderamiento, que supone el otorgamiento de un poder por parte del representante, a favor del subapoderado, quedando vinculados ambos y haciendo a aquél responsable de la designación efectuada por propia iniciativa⁸⁴⁶.

Teniendo en cuenta la relación de confianza en que descansa la representación es normal que se extinga por el fallecimiento de mandante o mandatario y que no se pueda transmitir *mortis causa* (arts. 1732 y 1739 CC). Sin embargo, el art. 1721 CC permite que se pueda transmitir *inter vivos* si “el mandante no se lo ha prohibido”. Esto es así, como indica Díez-Picazo, por el principio de máxima eficacia práctica y posible fungibilidad de la gestión representativa: determinadas gestiones pueden ser llevadas a cabo indiferenciadamente por cualquier persona⁸⁴⁷.

En ambos casos el representante ha de conferir poder al sustituto para que represente al *dominus* y no a él⁸⁴⁸. De modo que el sustituto es representante del representado. Podemos distinguir dos situaciones:

⁸⁴⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 488, habla de sustitución por vía de transferencia y sustitución por vía de delegación.

⁸⁴⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *ut supra...*, pág. 487. Álvarez Caperochi, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, págs. 2991, 2992 y 2993, destaca el carácter personalista de la comisión mercantil frente al carácter objetivo del mandato civil, de ahí que el CCo no admita la sustitución en la comisión mercantil.

⁸⁴⁸ Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *ut supra*.

Que se hubiera prohibido al representante la sustitución; que no se hubiera autorizado ni prohibido; o que se le hubiera autorizado sin designación de personas y el nombrado fuera notoriamente incapaz o insolvente.

El representante hubiera sido autorizado expresamente con designación del sustituto o que hubiera autorización sin designación de personas y el nombrado fuera capaz o solvente.

En el primer supuesto la responsabilidad recae sobre el representante [STS 23 diciembre 1954 (RJ 1954/3168)], sin perjuicio de la acción directa del mandante frente al sustituto (art. 1722 CC)⁸⁴⁹. En el segundo, “el riesgo es del representado que lo autoriza”⁸⁵⁰.

Otro modo de clasificar los anteriores supuestos es distinguir cuando el representado autoriza la sustitución al representante de cuando no lo autoriza. Puig Brutau no comparte este criterio porque defiende que el artículo “debe leerse como si dijera que el representante puede nombrar sustituto si el representado le autoriza (expresa o tácitamente)”⁸⁵¹. Sin embargo, Albaladejo sostiene que el nombramiento de un subrepresentante, cuando se carece de facultades para ello, es una extralimitación de poder⁸⁵².

Aunque el representante y el subrepresentante, por estar sometidos a un poder acotado en su extensión por unos límites, pueden cometer extralimitación, no creemos que el nombramiento de sustituto no autorizado pueda calificarse de

⁸⁴⁹ En términos similares se expresa el art. 1890 CC en la delegación de los actos del gestor oficioso.

⁸⁵⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I...*, pág. 487, con cita de las SSTs 2 marzo 1992 (RJ 1992/1833) y 22 abril 1994 (RJ 1994/3087).

⁸⁵¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, págs. 946 y 947.

⁸⁵² ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 785.

este modo. La única vía con la que cuenta el representante para cometer extralimitación es haciendo uso de su poder⁸⁵³. Cualquier acto que recaiga sobre el mismo objeto pero quede fuera del ámbito del poder, sería infracción; un acto que, además, no recaiga sobre el objeto de poder sería inexistencia.

La posición del mandatario respecto de su sustituto es similar a la que ostentan mandante y mandatario⁸⁵⁴. En ambos casos se delega en otro la gestión de un asunto, acto o negocio jurídico ajeno, y tanto en uno como en otro, el sujeto interpuesto puede cometer extralimitación. El art. 1721 CC hace responsable a quien eligió por el daño causado al *dominus* y declara la nulidad solo en caso de prohibición. La mera incapacidad o negligencia que pueda desembocar en extralimitación solo produce la responsabilidad del elector (el principal en la sustitución). Y el art. 1722 CC permite al mandante dirigir la acción frente al mandatario o directamente frente al sustituto, quien también puede actuar contra el mandante⁸⁵⁵. Es decir, el perjudicado/mandante puede demandar tanto a aquél con quien contrató -el mandatario, ya que no podemos olvidar que el mandato es un contrato- como al sustituto. Aplicando este esquema al de la extralimitación el perjudicado sería el tercero que podría dirigirse contra el que contrató -el representante- como contra aquél a quien sustituye -el representado-.

⁸⁵³ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ut supra*, reconoce que el nombramiento de sustituto no es un negocio representativo.

⁸⁵⁴ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 507, asegura que “un sector doctrinal considera aplicable por analogía las normas del mandato”. Ver DIEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 193 y 194, quien aboga por una analogía no indiscriminada; ALBALADEJO GARCÍA, M., *ut supra*, págs. 784 y 785, y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, págs. 409 y 410. Para Albaladejo, el nombramiento de subrepresentante cuando se carece de facultades para ello es una extralimitación de poder, susceptible de ratificación. Sin embargo, de acuerdo con lo defendido en este trabajo no puede existir extralimitación si se carece absolutamente de legitimación para realizar un determinado acto o contrato. En este caso habría una infracción de poder por el mal uso que hace el apoderado, pero no extralimitación, ya que no parte de una actuación legítima que se acaba transgrediendo. En Argentina, MARINO, R.E., y FERNÁNDEZ VILLANUEVA, M.P., “Sustitución de poderes”, *Revista del Notariado, Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, Vol. 112, n° 895, año 2009, pág. 147, dicen que entre sustituto y sustituido se aplican las normas del mandato, conforme al art. 1928 de su CC.

⁸⁵⁵ SSTS 14 diciembre 1943 (RJ 1943/1313) y 2 marzo 1992 (RJ 1992/1833).

Como vemos, el régimen de responsabilidades se reparte en atención a tres conceptos: riesgo, culpa y extralimitación. Conforme al primero, la responsabilidad la asume el representado cuando fue él quien autorizó y designó, como si el nombramiento hubiera sido hecho por él mismo. Con arreglo al segundo, la asume el representante cuando eligió equivocadamente⁸⁵⁶. Y con arreglo al tercero, que como decimos creemos más acertado el de inexistencia, cuando además de la culpa por la elección infringe lo indicado por el principal.

El art. 1287 PMCC regula expresamente la delegación y el “subapoderamiento”, siempre que no se haya prohibido por el *dominus*, expresa o tácitamente (el texto habla de actividades en las que no sea razonable esperar que el representante tenga que realizarlas por sí mismo). Declara la responsabilidad del representante en dos supuestos: cuando no se le dio facultad para nombrar al sustituto, y cuando se le confirió pero sin designar persona. En este último caso, el precepto dice que el representante responderá por culpa *in eligendo*.

XI. 3.2.3.B)b) Los auxiliares del representante

Aún cabe imaginar un tercer supuesto: cuando el representante, en vez de otorgar poder a favor de otro, emplea auxiliares o colaboradores. En este caso se aplican las normas sobre el cumplimiento de las obligaciones por los auxiliares del deudor y la responsabilidad de éste por los actos de los colaboradores⁸⁵⁷.

Álvarez Caperochipi entiende que la actuación del mandatario no es personalísima, de modo que siempre puede actuar por medio de delegados o auxiliares. No obstante, plantea la posibilidad de sustitución en el contrato de

⁸⁵⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, pág. 2991, habla de culpa levísima.

⁸⁵⁷ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Vol. I, Segunda parte...*, pág. 949.

sociedad, no en el mandato, es decir, la delegación de funciones del legal representante de una sociedad⁸⁵⁸.

En la doctrina se ha defendido la necesaria objetivación de esta responsabilidad, incluso sin culpa del auxiliar: aquél que introduce a un extraño en la relación contractual debe responder de los daños que tal auxiliar cause al acreedor⁸⁵⁹. El fundamento doctrinal se haya en la inclusión de un elemento ajeno y perturbador en la relación acreedor/deudor, no tanto en la relación de dependencia, que en definitiva puede justificar el cumplimiento de determinadas órdenes e instrucciones y/o la obtención de un determinado lucro. Dicho de otro modo: quien se sirve de otro debe responder de sus actos, por la mera creación del riesgo que comporta la delegación del negocio; como mero delegado, intermediario, auxiliar o representante, quedará sometido a ciertos límites impuestos por quien le designó, y de los que el principal responderá frente a tercero, sin perjuicio del derecho de resarcimiento que le asista frente al sujeto extralimitado; si éste, además, ostenta la condición de dependiente, la responsabilidad del principal frente al tercero será la misma, pero el derecho de repetición interno aumentará por el incumplimiento de las órdenes e instrucciones recibidas en el desempeño de su encargo. En este segundo supuesto, a la justificación de la responsabilidad del *dominus* frente al cocontratante por la mera designación del intermediario, se suma el beneficio pretendido u obtenido con ella.

El TS ha interpretado el término “dependiente” de forma muy amplia y flexible, considerando cualquier actividad ejercitada por cuenta y encargo de otro, lo que ha derivado en responsabilidad indirecta en el dueño o comitente, conforme al axioma de que quien emplea una persona en su propio beneficio, la emplea a su

⁸⁵⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, pág. 2992, con cita de la RDGRN 5 noviembre 1992 (RJ 1992/9480).

⁸⁵⁹ LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107...”, art. 1101, pág. 1209.

propio riesgo⁸⁶⁰. Y sin necesidad de identificar al concreto dependiente causante del daño, bastando con que se hayan producido en el ámbito de organización, dirección o funcionamiento⁸⁶¹.

XI. 3.2.3.C) Conclusión

Creemos que no existe razón para mantener la responsabilidad del *dominus* en la extinción del poder y negarla en caso de extralimitación, siempre que el tercero actúe de buena fe. Lo que se busca en ambos casos es la seguridad del tráfico jurídico y la protección del tercero.

La extinción comporta una falta absoluta de representación, mientras que en la extralimitación solo es relativa; el representante sigue ligado al representado. No puede admitirse tener por subsistente el poder cuando ya se ha revocado, se obligue al *dominus* a asumir todas las consecuencias derivadas del negocio representativo, y se niegue en la extralimitación la obligación y la responsabilidad, cuando en ambos casos la finalidad es la misma.

Tampoco creemos que deba distinguirse entre la extralimitación del representante y la extralimitación del sustituto libremente designado ya que, tanto en un caso como en otro, lo que justifica la responsabilidad ante el mal uso del poder es el haber provocado una apariencia en la que otro confía. La responsabilidad puede nacer *ab initio*, con la creación del riesgo mediante la

⁸⁶⁰ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil, comentado y concordado...*, pág. 481. Alude a una STS 6 diciembre 1912 (JC 124, núm. 107, 852 y ss.), donde el Alto Tribunal atribuyó el concepto de dependiente al director de un periódico explotado por una sociedad, a los efectos de imputar la responsabilidad subsidiaria establecida en el número 3 del art. 1903 CC.

⁸⁶¹ PARRA LUCÁN, M^a. A., "Responsabilidad por hecho ajeno...", pág. 943.

delegación o con la culpa en la elección del sujeto inidóneo o bien, posteriormente, a través de la culpa *in vigilando*⁸⁶².

XI. 3.2.4.- La responsabilidad del *dominus* ante la apariencia de representación

XI. 3.2.4.A) Breve exposición y crítica

Según Álvarez Caperochipi, la teoría de la apariencia tiene su origen en la del factor notorio. Previsto en el art. 286 CCo, la teoría del poder notorio del factor mercantil se desarrolla por la jurisprudencia en España en los años treinta⁸⁶³.

La STS 6 abril 1967 (RJ 1967/1810) planteó el problema de si la responsabilidad del principal por la actuación del factor notorio lo era por la función ejercida o por la apariencia creada por el comitente. Y llegó a la conclusión de que la responsabilidad del factor no solo derivaba de la confianza del tercero sino de la responsabilidad directa del comitente por la apariencia creada. Es decir, requería una participación del *dominus* en la apariencia y una confianza o buena fe en el tercero⁸⁶⁴.

⁸⁶² RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1025, admite su responsabilidad por culpa propia –cuando con su actuación haya determinado la del representante, si pudo evitar la extralimitación del representante, advirtiendo al tercero cocontratante, poniendo o extremando la diligencia debida-, por culpa del propio representante –siempre que el sujeto extralimitado sea un auxiliar o colaborador del principal, también por culpa in contrahendo-, concurriendo su culpa con la del representante.

⁸⁶³ SSTS 8 abril 1932 (RJ 1932/1000), 25 noviembre 1932 (RJ 1932/1315), 19 marzo 1936 (RJ 1936/811), 6 marzo 1943 (RJ 1943/306), 27 diciembre 1943 (RJ 1943/1324), 14 mayo 1959 (RJ 1959/2556), 26 octubre 1959 (RJ 1959/4428), 10 febrero 1967 (RJ 1967/654), 23 enero 1969 (RJ 1969/200), 23 diciembre 1980 (RJ 1980/5097), 3 noviembre 1982 (RJ 1982/6523), 15 enero 1985 (Roj: STS 1547/1985; ECLI:ES:TS:1985:1547), 25 abril 1986 (RJ 1986/2001), 1 marzo 1988 (RJ 1988/1541), 2 junio 1989 (RJ 1989/4282), 22 junio 1989 (RJ 1989/4776), 5 febrero 1992 (RJ 1992/829), 13 mayo 1992 (RJ 1992/3923), 18 noviembre 1996 (RJ 1996/9014). El art. 1286 PMCC prevé la inclusión del factor notorio en el futuro CC.

⁸⁶⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1710, págs. 2970 y 2971, citando las SSTS 10 mayo 1984 (RJ 1984/2405), 26 octubre 1986 (RJ 1986/6614).

Gordillo Cañas redactó su tesis doctoral bajo la rúbrica “La representación aparente: una aplicación singular del principio general de protección de la apariencia”, más tarde desarrollada en un libro homónimo publicado por la Universidad de Sevilla en 1978, y del que existe una segunda edición de 2016. Con apoyo en el Derecho alemán, el autor hace de esta protección un principio general aunque con ello contraría, en opinión de Álvarez Caperochipi, la doctrina mayoritaria alemana que parte del presupuesto de que si hay poder hay acto jurídico, aunque el tercero conociese el abuso o la revocación, pues la eficacia del poder depende de su notoriedad y no de la *contemplatio domini*⁸⁶⁵.

La tercera parte de la obra –protección del tercero de buena fe, como principio general en nuestro Código civil- trata de indagar si efectivamente cabe extraer dicho principio de nuestro Derecho positivo, y en las páginas 377 a 340, dedicadas al primer capítulo, se examina el Derecho español, escogiendo preceptos que a primera vista pudieran implicar la protección del tercero –arts. 197, 464, 645 y ss., 974 y ss., 1124, 1160, 1164, 1295-1298, 1473, 1510, 1526-1527, 1540, 1693, 1695, 1698, 1734-1738, 1765, 1778, 1897 CC y art. 275 de la Compilación de Cataluña⁸⁶⁶ (arts. 622-35, 622-38 y 622-39, Libro VI CCCat)-.

En opinión de Clavería Gonsálvez, Gordillo estudia estos artículos “desde la perspectiva que le interesa” e invoca abundantes preceptos de Derecho extranjero –francés, alemán, italiano o portugués- pero de escasa utilidad si

⁸⁶⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “La representación aparente...”, pág. 1116. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Revocación del mandato...”, pág. 638, al rechazar las conclusiones de Hupka, dice que el hecho de que el poder exista provisionalmente antes de perfeccionarse la relación básica no significa que la eficacia definitiva del poder no dependa de la concesión efectiva de la facultad de gestión y que, por lo tanto, sólo el tercero que ignore, no aquel que conozca aquella circunstancia, podrá ampararse en la existencia provisional del poder.

⁸⁶⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, págs. 118 a 122, habla de los arts. 464, 1160, 1473, 1734 y 1738 CC, 280 CCo, 10 LCCh, 234 TRLSC, 34 LH y 9 RRM.

nuestro Ordenamiento jurídico es tan insuficiente, cuestionándose si “no habremos construido un castillo de naipes”⁸⁶⁷.

Gordillo distingue dos supuestos de representación sin poder: cuando el falso representante sea *falsus procurator* pero no representante aparente, en cuyo caso cabe plantear la indemnización a la que tendría derecho el tercero a cargo del pseudo-representante –prevista por el parágrafo 179 del *BGB* pero no por el art. 1398 del *Codice*-, sin perjuicio de su posible responsabilidad frente al *dominus* por el incumplimiento del contrato de mandato; y que el falso representante sea auténtico representante aparente, en cuyo caso será el *dominus* el acreedor de su deber de resarcimiento, pues es éste quien padece el hecho de quedar vinculado al tercero por unos efectos que no quiso o que quiso en otros términos⁸⁶⁸.

Denomina representación aparente a la situación creada por la falta de representación ante la extinción, la inexistencia, el abuso de poder y la extralimitación cuando concurren dos requisitos: la implicación del *dominus* -imputación objetiva- y la buena fe del tercero, fundada sobre el hecho objetivo de la apariencia –criterio subjetivo-⁸⁶⁹. Su validez no es el resultado de una pretendida abstracción del poder sino una secuela de la protección al tercero de buena fe que confía en la apariencia.

⁸⁶⁷ CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación”, Anuario de Derecho Civil, Fascículos 2-3, 1979, págs. 484 y 486.

⁸⁶⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1714, pág. 2981, dice que si el mandatario se extralimita pero existe una apariencia de poder imputable al *dominus negotii*, entonces la protección del tercero se funda en la responsabilidad por la apariencia.

⁸⁶⁹ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 183; LACRUZ BERDEJO, J.L., “La representación aparente, de Antonio Gordillo”, ID vLex: 331987, pág. 1213; CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación...”, pág. 481; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “La representación aparente...”, pág. 1116; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La interpretación literal...*, pág. 13; MAIRATA LAVIÑA, J., Equiparación de apariencia y realidad: la representación aparente, *La Ley Mercantil*, nº 9, Sección Empresa y empresario, Diciembre 2014, Edit. La Ley 9279/2014, pág. 1.

En la representación voluntaria la implicación del poderdante no exige la voluntad tácita de apoderar, ni la creación voluntaria de la apariencia, ni la permisión de hecho de la misma, sino que el acto se haya producido dentro del esfera de riesgo del *dominus*⁸⁷⁰; mientras que en la representación legal, la implicación del *dominus* resulta directamente de la objetividad de la *species facti*, sin necesidad de acudir a ningún criterio de imputación. Rechaza por tanto como criterio de imputación el subjetivo de la culpa y acoge el objetivo del riesgo.

No es exigible la buena fe del pseudo-representado ni la del pseudo-representante o representante aparente que es quien, presentándose como tal, provoca la concreta apariencia⁸⁷¹. La buena o mala fe del pseudo-representante afecta únicamente a sus relaciones con el poderdante. La buena fe del tercero, que sí se requiere, exige el error sobre la situación real y la confianza en la situación aparente –buena fe en sentido subjetivo- y diligencia en su modo de proceder –buena fe en sentido objetivo-.

Por último, debe existir una relación causal entre apariencia y buena fe, y entre buena fe y conducta posterior del tercero; que la actuación del pseudo-representante se realice dentro de la esfera de dicha apariencia; y que la adquisición obtenida con el negocio jurídico pseudo-representativo sea onerosa⁸⁷².

⁸⁷⁰ CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación...”, pág. 481, lo explica así: la representación aparente no supone voluntariedad del *dominus* en la creación de la apariencia, sino que su implicación queda suficientemente explicada por haberse producido ésta en la esfera de riesgo del *dominus*.

⁸⁷¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal..., pág. 18, asegura que la presencia en el art. 1738 CC de buena fe en el representante tiene más que ver con la responsabilidad del mismo frente al representado, que a constituir un presupuesto de protección del tercero.

⁸⁷² GORDILLO CAÑAS, A. *La representación aparente...* Este autor desarrolla el funcionamiento de la representación aparente en la segunda parte de su obra, que se encuentra dividida en cinco capítulos precedidos de una introducción, págs. 132 y ss., si bien las más destacadas en lo referente a los puntos indicados serían las números 183, 212, 214, 153, 185, 223, 240, 245, 246, 250, 251, 267, 268, 271, 272, 274, 276, 282, 288, 290, 291, 301 y 316. En las págs. 455 y ss. acepta el brocardo *qui certat de damno vitando anteponeendus est cui certat de lucro captando*, en base a la idea de que la protección de la apariencia es una medida de equidad; ver también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentarios a la STS de 12 de diciembre de 1989...”, pág. 914.

Desde un punto de vista objetivo, esos elementos que deben concurrir con la buena fe son la protección de la confianza en medios de publicidad⁸⁷³ y la seguridad del tráfico. Desde un punto de vista subjetivo, es necesaria una comparación de los intereses en juego que justifique la medida, y que el tercero haya actuado con la debida diligencia.

Dentro de nuestras fronteras ha encontrado detractores, ya que el principio de autonomía privada impide generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido correctamente. El concepto de buena fe ha dado lugar a grandes discusiones, empezando por si debe considerarse unitariamente o, por el contrario, hay que partir de la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva. En opinión de José María Miquel⁸⁷⁴ “es preciso separar todas aquellas concreciones legislativas o invocaciones de la misma que requieren ulteriores desarrollos antes de traducirse en criterios suficientemente concretos como para consentir la subsunción. Hay que distinguir, por tanto, la buena fe como parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador... de la buena fe como contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico”. Mientras que en el primer supuesto la buena fe ha sido concretada por el legislador y no es un concepto jurídico indeterminado que pueda ser precisado por el juez – buena fe objetiva-, en el segundo no queda definida –buena fe subjetiva-. Y aunque merece ser protegida en todos los casos, su alcance es diverso. Este autor defiende además que “si existiera un principio por virtud del que todos los terceros de buena fe fueran preferidos a los titulares de los derechos, habría que concluir no sólo que la buena fe (objetiva) limita el ejercicio de los derechos, sino que la buena fe (subjetiva) los suprime. Un principio semejante no existe en nuestro ordenamiento jurídico, aunque se pretenda defenderlo bajo diversos

⁸⁷³ SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V., Representación voluntaria..., pág. 7, recuerda que en el Derecho romano, si se habían establecido límites al poder del *institor*, la *praepositio* era otorgada por escrito y no se le daba publicidad, el principal no podía alegar la existencia de límites impuestos a la gestión de aquél, salvo los límites inherentes al *officium*.

⁸⁷⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario del artículo 7.1 del Código Civil...”, pág. 41.

nombres (especialmente el de <<protección a la apariencia>>). Todos los derechos están sometidos al límite de la buena fe (objetiva), pero no hay ningún principio por el que los titulares de los derechos, que los ejerciten correctamente, sean privados de ellos sólo por la buena fe de un tercero”⁸⁷⁵.

Por último, y en cuanto a la diligencia, asegura que se refiere a la existencia o inexistencia de culpa en el autor del acto o negocio jurídico, y no influye en la existencia de buena fe sino en la suficiencia exigida por el legislador para merecer protección jurídica. El legislador puede decidir que no baste la buena fe para obtener un efecto jurídico determinado, exigiendo buena fe y, además, ausencia de culpa⁸⁷⁶. Es posible que equipare ambos conceptos en supuestos concretos –arts. 433, 435, 1950 CC y 34.2 LH-, sin olvidar que equiparación no significa identificación. De hecho, para nuestro ordenamiento jurídico buena fe y culpa no son incompatibles⁸⁷⁷. El supuesto más llamativo sea quizá el art. 457 CC, que admite la compatibilidad entre la buena fe y el dolo del poseedor.

También critica Álvarez Caperochipi que para Gordillo la ley impute al *dominus* los efectos de la apariencia sin distinguir si su creación fue voluntaria o involuntaria. Puede destruirla o no hacerlo, pero una vez que se ha producido la apariencia no puede eximirse frente al tercero de buena fe, ya que el criterio de imputación no deriva de una actuación culpable sino de un dato objetivo⁸⁷⁸.

XI. 3.2.4.B) La protección de la apariencia en el ordenamiento jurídico

⁸⁷⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *ut supra*, pág. 45.

⁸⁷⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *ut supra*, pág. 43.

⁸⁷⁷ Ver BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, pág. 712, a propósito del art. 1107 CC. En contra DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1107, pág. 55, para quien la culpa, entendida como falta de diligencia, es incompatible con el concepto de buena fe.

⁸⁷⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “La representación aparente...”, pág. 6.

A pesar de que existen sentencias que la rechazan⁸⁷⁹, es generalmente admitida y nuestra jurisprudencia ha hecho uso de ella en numerosas ocasiones⁸⁸⁰.

Desde un punto de vista legal viene regulada de forma contundente en los Códigos Civiles de Berna (art. 794), Austria (art. 1026), Argentina (art. 367) y Francia (art. 2005), cuando dicen que el mandante es responsable de la gestión del mandatario para con los terceros que no han podido saber la revocación del mandato, salvo su recurso. Actualmente, el art. 1156 del *Code* francés, tras la reforma operada por la ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, la regula expresamente en el ámbito de la extralimitación, cuando dice que el acto realizado por el agente extralimitado es nulo frente al representado, salvo que el tercero crea en la realidad de los poderes de representación, “sobre todo a causa de la conducta o declaraciones de los representados”.

Según Gordillo Cañas la protección de la apariencia viene tratada, en sede de representación, en los arts. 1733 y 1734 de nuestro CC, que hacen responsable al mandante frente a los terceros de buena fe en casos de extinción del mandato por revocación.

El art. 1738 CC no solo protege la apariencia *stricto sensu* sino también – preferentemente, según Clavería Gonsálvez⁸⁸¹- la simple confianza del representante. En relación con este precepto Gordillo Cañas afirma que siempre que tras la extinción de la relación causal se produzcan en relación con el tercero

⁸⁷⁹ Según ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal..., págs. 5 y 11, las SSTS 24 octubre 2008 (RJ 2008/6308) y 13 febrero 2014 (RJ 2014/1343) son las únicas resoluciones de nuestro TS en las que, basándose en una interpretación literal del art. 1738 CC, acorde con los precedentes franceses de nuestro Código, se rechaza la teoría de la apariencia.

⁸⁸⁰ SSTS 18 septiembre 1987 (RJ 1987/6067), 27 septiembre 1995 (RJ 1995/6453), 31 marzo 1998 (RJ 1998/2039), 17 abril 1998 (RJ 1998/2505), 18 marzo 1999 (RJ 1999/1858), 31 marzo 2006 (RJ 2006/5299), 14 abril 2008 (RJ 2008/4069), 9 junio 2009 (RJ 2009/4449), 27 noviembre 2012 (RJ 2013/1548), 12 noviembre 2013 (RJ 2013/7820), 7 octubre 2014 (Rec. 262/2013), entre otras; y también de la jurisprudencia menor: SAP Alicante 17 septiembre 1999 (Roj 3420/1999), SAP Barcelona 15 octubre 2003 (ROJ 5372/2003), SAP Cádiz 7 julio (Roj 876/2009) y 13 julio 2009 (Roj 913/2009), SAP Valencia 29 diciembre 2011 (Roj 7208/2011) o SAP Pontevedra 9 julio 2012 ((Roj 2067/2012).

⁸⁸¹ CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación...”, pág. 482.

los efectos propios del poder, no será porque se considere éste subsistente, sino porque la ley así lo dispone en función de un interés digno de tutela⁸⁸².

Queda claro, por tanto, que en casos de extinción del poder, la protección de la apariencia alcanza, cuanto menos, al tercero que ha actuado de buena fe y a título oneroso, siempre que el acto o negocio representativo se haya desarrollado dentro de los límites del poder y exista implicación del *dominus*.

También alude a ella la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación. Su art. 1284, tercer párrafo, exige la intervención del *dominus* en la creación de la apariencia, razonable y fundada, que suscita la confianza del tercero. El art. 1289 permite al tercero pedir al representado confirmación o ratificación, si tras la creencia inicial surge una duda razonable acerca de la existencia de poder o de su extensión (extralimitación). El silencio tras el requerimiento equivale a la confirmación o ratificación. Entendemos que, no fijando plazo, y en atención a los términos empleados por los arts. 1282 a 1293⁸⁸³, será necesario un “plazo razonable” para estimar el silencio positivo.

XI. 3.2.4.C) Consideración crítica frente a la extralimitación

Desde nuestro punto de vista, el dato más llamativo que arroja esta teoría es la diferente concepción que merece el negocio pseudo-representativo dependiendo de la óptica a seguir. Gordillo centra su atención en la figura del

⁸⁸² GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 128.

⁸⁸³ Artículos referidos a la representación en los contratos: “según su naturaleza”, art. 1283; “duda razonable”, art. 1284; “no sea razonable esperar”, art. 1287; “fuera manifiesto”, “incumplimiento esencial”, art. 1292.

dominus y en la del tercero, haciendo depender los efectos del negocio pseudo-representativo en la ley, no en la voluntad de las partes.

Rivero Hernández defiende, en cambio, que el negocio realizado por el representante sin poder, o con poder insuficiente, no difiere sustancial ni estructuralmente del negocio que lleva a cabo para su representado cualquier representante con poder suficiente, “por cuanto que tanto el verdadero representante como el *falsus procurator* actúan en nombre de y para otro, no para sí, <<alieno nomine>>”⁸⁸⁴. Con esto, da mayor protagonismo y “normaliza” la figura del representante extralimitado.

Como la teoría de la apariencia no solo abarca la extinción del poder sino otras hipótesis susceptibles de generar la confianza del tercero⁸⁸⁵, en principio es de aplicación a la extralimitación, como de hecho afirma Gordillo Cañas, uno de sus principales artífices dentro de nuestras fronteras⁸⁸⁶, y la jurisprudencia⁸⁸⁷. Aunque al ser realidades diversas no siempre que hay extralimitación concurren los presupuestos de la representación aparente, ni viceversa. Y, en ocasiones, pueden resultar incompatibles.

La apariencia no atiende a la causa que motivó la falta de poder, es tan solo un mecanismo de equidad que exige la concurrencia de unos presupuestos, subjetivo y objetivo. El elemento objetivo exige la implicación del *dominus negotii*. Si éste ha contribuido a crear una expectativa en el tercero, el hecho de que el daño se haya producido dentro del área de riesgo por él creada le hace responsable frente al tercero, sin perjuicio de la participación y posible

⁸⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1064.

⁸⁸⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal..., pág. 14.

⁸⁸⁶ Ver *ut supra*, pág. 353.

⁸⁸⁷ La STS 10 junio 2015 (RJ 2015/2749), dice que son decisivos los criterios externos, como las facultades que le han sido otorgadas al apoderado en el documento notarial de apoderamiento. El poderdante no puede alegar extralimitación frente a terceros cuando el apoderado mandatario se excedió de las instrucciones que le habían sido concedidas. Es decir, el tercero resulta protegido en caso de extralimitación por la protección de la apariencia.

responsabilidad del representante. Y lo mismo cabe decir de todas las incidencias derivadas de la representación, ya que el riesgo atiende a un dato objetivo y no al subjetivo de la culpa. No exige voluntad de apoderar, ni de creación voluntaria de la apariencia, ni su permisión por el principal, a diferencia de la extralimitación, donde sí existe esa voluntad desde el momento en que el representante actúa frente al tercero haciendo uso de un poder válido y eficaz otorgado por aquél.

Decíamos también que la representación aparente exige buena fe y diligencia en el tercero. En opinión de *Hupka*, la protección del tercero de buena fe solo se justifica por un conocimiento del poder que el mismo principal haya proporcionado y después no haya dejado sin efecto. Si una persona (tercero) celebra un negocio jurídico con el representante, sin más fundamento que la mera afirmación de éste, obra en todos los aspectos a riesgo suyo. En este último caso, si existe extralimitación, el tercero podrá dirigirse frente al representante en quien depositó su confianza, no frente al principal⁸⁸⁸. Dicho de otro modo: el riesgo –o mayor riesgo⁸⁸⁹– lo asume el principal, que es quien cede a otro la gestión de sus asuntos, siempre que el tercero con quien contrata el representante haya actuado de buena fe y con la debida diligencia; si esto no sucede, es decir, si aunque exista buena fe –ya que sin ella el tercero no merecería la protección de la ley– actúa de forma negligente, sin solicitar la exhibición del poder que le permita tener conocimiento de su extensión y límites, el riesgo que en principio correspondería al principal, pasa a asumirlo él. A *sensu contrario* cabe entender que si el negocio jurídico representativo se basa en algo más que la mera manifestación del representante, como la intervención activa o pasiva del principal en la creación de la apariencia, no hay razón para desplazar

⁸⁸⁸ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 396 y 397.

⁸⁸⁹ Hablamos de “mayor riesgo” porque el riesgo en sí es inherente a las transacciones comerciales. El economista *Frank H. Knight* publicó en 1921 su tesis doctoral defendida en 1916 bajo el título “Riesgo, Incertidumbre y Beneficio”, en el que exponía el papel fundamental del empresario en la economía mediante la asunción del riesgo de la actividad económica. De modo que en la representación, mientras el tercero asume el riesgo económico en igual medida que el principal, éste carga además con el riesgo que comporta la actuación ajena.

el riesgo, que seguirá ostentándolo el principal, y, por tanto, la responsabilidad, tanto de la representación como de las incidencias que surjan.

Y aunque se ha afirmado que es indiferente la buena fe del representante y del representado para la protección de la apariencia, creemos que, por lo menos, sí es exigible la diligencia. La responsabilidad del *dominus* planteada en el párrafo anterior no podrá ser exigible si adopta todas las precauciones que corresponderían al hombre medio en la retirada del poder, exigida por el art. 1733 CC. El principal no puede responder de todo el uso indebido que el representante haga del documento donde conste (cuando emplea en el tráfico jurídico un testimonio del poder en la creencia de que subsiste y es suficiente para realizar el negocio jurídico) o fraudulento (cuando el representante actúa sin poder, mediante copia simple o autenticada, consciente de sus actos).

Por otro lado, aunque la buena fe del representante y del representado no influya en la protección que ofrece la apariencia frente al tercero, sí puede resultar relevante en las relaciones *ad intra*, como ocurre igualmente en el ámbito de la extralimitación.

Aunque no exista representación en el exceso, la protección de la apariencia puede hacer que se mantengan sus efectos en la relación *ad extra*, aunque no concorra utilidad para el *dominus* ni ratificación, quedando obligado frente a los terceros de buena fe y a título oneroso, sin perjuicio de las relaciones internas entre poderdante y apoderado, en las que el primero puede exigir responsabilidad al segundo por su modo de proceder. Igual que sucede en sentido inverso: la extralimitación derivada del art. 1725 CC será inoponible al tercero con quien el apoderado hubiera contratado siempre que el mismo hubiese adquirido derechos de buena fe y a título oneroso, por efecto de la protección de la apariencia jurídica⁸⁹⁰. De modo que en caso de extralimitación,

⁸⁹⁰ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?...”, pág. 5.

si concurren los presupuestos necesarios para la protección de la apariencia, el *dominus* quedará obligado a asumir frente al tercero las consecuencias del negocio extralimitado.

La STS 11 julio 1991 (RJ 1991/5571) dice que la voluntad del poderdante no puede oponerse a terceros. Las facultades concedidas se objetivan con independencia de la finalidad perseguida por el mandato que lo sustenta; no sucede así en la relación entre poderdante y apoderado, por lo que éste quedaría obligado conforme a lo que resulte de la finalidad y ámbito del poder, pero sin que ello incida sobre los derechos del tercero con quien el apoderado contrate en representación de su mandante.

Algunas normas recogen expresamente este principio, como el art. 234 del TRLSC: cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, representantes de la sociedad, será ineficaz frente a terceros, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil; y la sociedad quedará obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido dentro del objeto social.

XI. 3.2.4.D) La superación de la teoría de la representación aparente

La protección de la apariencia exige algo más que la mera confianza del tercero en el representante porque, como asegura Espejo Lerdo de Tejada, “para dar solución a estos casos estaría ya la responsabilidad de este último frente al tercero”⁸⁹¹. Esta teoría hace descansar la responsabilidad en el *dominus*, exigiendo para ello su implicación en la creación de la apariencia.

⁸⁹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal..., pág. 28.

Una voluntad tácita por parte del principal⁸⁹², una creación voluntaria de la apariencia o la permisón o aceptación daría lugar a un apoderamiento tácito, salvo en aquellos negocios jurídicos sometidos al requisito de la forma. En este caso no cabría hablar de representación aparente sino de verdadera representación, donde el negocio *ad extra* se asienta sobre un poder tácito. Y algo similar ocurriría con la ratificación: si la actuación posterior del *dominus* cabe interpretarla como ratificación tácita o aprovechamiento de ventajas, tampoco cabría hablar de representación aparente.

De modo que solo una situación objetiva, al margen de la voluntariedad del principal, tendría suficiente entidad para aplicar la teoría. La implicación sería el hecho no intencional causante de la confianza, que ha llevado al tercero a concluir el negocio con el representante extralimitado, quien a su vez ha colaborado en la creación de la apariencia.

Pero analizados los argumentos ofrecidos por la doctrina y la jurisprudencia, creemos que no cabe identificar imputación objetiva con responsabilidad objetiva⁸⁹³. La primera expresión hace referencia al hecho desencadenante de la apariencia, que no puede depender de la voluntad expresa, tácita o presunta del principal, porque en otro caso existiría verdadera representación –por apoderamiento, ratificación o *utiliter*-. La responsabilidad trata de resolver el problema de quién debe asumir los daños de un determinado acto o negocio jurídico, y admite dos respuestas: objetiva o por riesgo y subjetiva o por culpa.

⁸⁹² GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, pág. 183; LACRUZ BERDEJO, J.L., “La representación aparente...”, pág. 1213; CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación...”, pág. 481.

⁸⁹³ ARCOS VIEIRA, M^a.L., “Responsabilidad civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (Con especial referencia a la responsabilidad por omisión), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, distingue entre relación causal (págs. 27 a 77) e imputación objetiva (págs. 79 a 124), aludiendo a las teorías de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, de la causa eficiente, de la causa adecuada y la teoría de la relevancia, así como su repercusión jurisprudencial. También se preocupa de esta materia, en el ámbito penal, LUZÓN CUESTA, J.M^a, *Compendio de Derecho Penal...*, págs. 73 a 78. Para que una persona pueda ser considerada responsable de un daño (o autora de un delito) es necesario determinar que la acción de aquélla es causa del resultado dañoso (o descrito en el tipo delictivo).

Y, a *priori*, ambas pueden justificar la responsabilidad del *dominus* ante un hecho objetivo como es su implicación.

El principal asume, entre otras, dos obligaciones: el deber de conocer y el deber de denunciar. Según Álvarez Caperochipi, la responsabilidad del *dominus* nace por haber incumplido la obligación de denunciar al representante y está presente también en la revocación y en la ratificación⁸⁹⁴. Aunque actualmente, desbordados los contornos descritos por Gordillo, lo más importante para exigirla no es tanto la conducta desarrollada por el principal sino la convicción del tercero en la existencia de representación y en la constancia de una situación más o menos objetiva de apariencia.

Prueba de lo referido la encontramos en las SSTs 5 diciembre 1958 (TOL 4.351.312), 24 noviembre 1989 (RJ 1989/7903), 27 septiembre 1995 (RJ 1995/6453) o 17 abril 1998 (RJ 1998/2505), que protegen “la seguridad jurídica y del comercio” ante la actuación del representante, no del representado. O la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2014/272), que exige que “alguien” induzca al tercero de buena fe a creer razonablemente.

La STS 18 septiembre 1987 (RJ 1987/6067) también se basa en la apariencia creada por la actuación exclusiva del representante. La protección final que se otorga al tercero descansa en la posterior ratificación tácita del representado, pero no influye en el planteamiento de la apariencia tendente a buscar la responsabilidad del *dominus* por su mera intervención formal más que por su implicación real.

Podemos concluir diciendo que en la actualidad lo importante en la existencia de buena fe en el tercero no es tanto la implicación del principal, sino que la apariencia objetiva de representación se haya producido en su ámbito de riesgo⁸⁹⁵, lo que nos lleva a plantearnos, dada la compatibilidad entre protección

⁸⁹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “La representación aparente...”, pág. 1120.

⁸⁹⁵ Ver ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal..., pág. 26.

de la apariencia y extralimitación, qué tipo de responsabilidad puede asumir el *dominus*.

XI. 3.2.5.- La responsabilidad extracontractual del *dominus*

Tras la extinción del poder el *dominus* asume el negocio jurídico en virtud del riesgo creado y la protección de la seguridad jurídica. Igual que sucede en el art. 1715 CC, se considera que la actuación del gestor es plenamente representativa. Esta postura es admitida doctrinalmente, a pesar de que puedan resultar lesionados los intereses del principal porque se da preferencia al interés del tercero de buena fe, obligándole a asumir el negocio jurídico con todas sus consecuencias.

En cambio, cuando solo hablamos de responsabilidad, contractual o extracontractual, incluida la derivada de la extralimitación, la doctrina se decanta por el criterio subjetivo de la culpa, aunque tienda a objetivarla.

En el ámbito representativo, tanto en la protección de la apariencia por extinción como en la extralimitación, ha existido una actuación previa por parte del principal. En ambos casos ha sido él quien ha puesto en marcha el mecanismo representativo, asumiendo un riesgo con la delegación en la gestión del negocio (criterio objetivo). En cualquier caso el representante puede hacer un uso indebido del poder: excediéndose en su ejercicio o actuando una vez extinguido. Y si nos fijamos en el subjetivo de la culpa, tan culpable es el principal que no adopta las medidas necesarias para que el tercero conozca la extinción del poder –retirada del documento, comunicación directa, notificación a través de medios de publicidad, etc.-, como el que no vigila o controla la actuación del representante. Porque no olvidemos que la extinción del poder es una extralimitación en el tiempo, de ahí que no parezca razonable adoptar criterios diferentes.

XI. 3.2.5.A) Responsabilidad objetiva o por riesgo⁸⁹⁶

La teoría del riesgo es un medio por el que determinar cuál es el responsable de un daño ocasionado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar. Se aplica al campo de la responsabilidad civil extracontractual y surgió ante la necesidad de encontrar un criterio que no tuviese las mismas dificultades que presenta la noción de culpa que ha venido reinando en el campo de la responsabilidad civil⁸⁹⁷.

Con esta teoría no se busca un único responsable sino que involucra a todos cuantos en un determinado momento decidieron poner en marcha un mecanismo capaz de provocar ciertos riesgos, dentro de los cuales se encontraba el que pudiera generar daño a tercero.

Los requisitos establecidos por la doctrina para su aplicación son los siguientes:

- Que exista riesgo de daño que se encuentre más allá del ordinario riesgo que implica toda actividad humana. Es decir, que sea destacable.
- Que la actividad sea permitida por las leyes y las buenas costumbres.

⁸⁹⁶ PRADIER, P.C., y TEIRA SERRANO, D., Frank Knight y los positivistas, Universidad París I/Universidad Europea de Madrid, en www2.uned.es, afirman que *Frank H. Knight* distinguió entre riesgo e incertidumbre diciendo que el primero se basa en la aleatoriedad con probabilidades conocidas, mientras que la incertidumbre es aleatoriedad con probabilidades desconocidas, de ahí la importancia que la información suministrada adquiere en esta materia.

⁸⁹⁷ Explican los profesores CHRISTELLO, M., y BERLETTA, A., La teoría del riesgo, Cátedra de Obligaciones, págs., 2 a 4, que para los primitivos romanos sólo existía la responsabilidad objetiva. En época de las Institutas, comienza a vislumbrarse la idea de culpa aunque no con el alcance con que hoy la conocemos. Durante la corriente iluminista de finales del siglo XVIII se consagran los factores subjetivos de atribución (culpa-dolo) que acoge el *Code* de Napoleón de 1804, presentando un sistema sancionatorio. Pero la sociedad industrial y post-industrial trae consigo el aumento cuantitativo de los daños, especialmente en el ámbito laboral y los derivados de accidentes de tráfico, que hace entrar en crisis el sistema subjetivo, regresando la idea de la responsabilidad objetiva.

- La diligencia y cuidado no libera de responsabilidad, aunque existen hechos como la causa extraña –caso fortuito o fuerza mayor- o la culpa exclusiva de la víctima, que pueden atenuar o liberar la responsabilidad.
- Lo relevante es saber quiénes crearon el riesgo, no quien fue materialmente el que lo provocó.

Está formada por dos corrientes⁸⁹⁸:

- La teoría del riesgo-provecho.- Se funda en la idea del lucro o ganancia obtenida por quien produce el daño con el uso de una cosa o el ejercicio de una actividad. La responsabilidad extracontractual acoge una particular versión de la doctrina de la responsabilidad por riesgo: “ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa”⁸⁹⁹.

- La teoría del riesgo creado.- Se basa en hacer responsable al dueño o guardián de una fuente de peligro o productora de daños y que es introducida en la sociedad. Hay autores que sostienen la aceptación de los resultados desde el momento en que una persona deja en manos de otra la celebración de un determinado negocio, sean beneficiosos, sean perjudiciales (*cuius commoda, eius incommoda*).

⁸⁹⁸ CHRISTELLO, M., y BERLETTA, A., *ut supra*, pág. 5.

⁸⁹⁹ PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, pág. 1996. Para DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil, Tomo II*, Primera parte, Barcelona, 1985, págs. 237 y 238, el hecho de que el principal decida actuar en su propio interés, lo convierte en responsable por el riesgo creado, tanto si existe relación de dependencia como si el intermediario actúa de forma autónoma (representante).

De las dos modalidades de riesgo, la responsabilidad del *dominus* entraría dentro del riesgo-beneficio y no del riesgo-fuente de peligro.

Esta teoría se encuentra íntimamente ligada a la causa de extinción de las obligaciones por caso fortuito, fuerza mayor o inexistencia de culpa. Y aunque muchos autores estudian el riesgo en un contexto contractual muy restringido – compraventa y permuta-, cabe aplicarla a otros ámbitos, como los contratos innominados, los unilaterales y los bilaterales o sinalagmáticos⁹⁰⁰.

La teoría del riesgo del *dominus* en la representación está ampliamente asentada en la doctrina y la jurisprudencia. A propósito de la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, a veces la jurisprudencia acude al criterio de la asunción del riesgo de la actividad: la actividad que no implica riesgo o dificultad se presume arrendamiento [STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992/9596)] y la que sí lo comporta para el principal, mandato; siendo lógico que el riesgo se atribuya al responsable de la organización y no a su ejecutor material⁹⁰¹. Si una persona crea un título de legitimación amplio, generando con ello un riesgo, deberá asumir sus consecuencias en beneficio de terceros de buena fe por un elemental principio básico de responsabilidad⁹⁰².

El examen de la jurisprudencia nos muestra que en multitud de ocasiones se impone en el mandante un deber de colaboración efectiva y deber de iniciativa, si quiere evitar su responsabilidad por actos del mandatario, aunque éste carezca de poder o se extralimite. Podemos distinguir cuatro supuestos:

⁹⁰⁰ ZUSMAN TINMAN, S., La teoría del riesgo, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5084895.pdf>, págs. 80 y 83.

⁹⁰¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1709, págs. 2961 y 2962, comentando una STS 4 marzo 1988; en la pág. 2963 reconoce que ese riesgo también lo asume el representante en el ámbito societario, algo que lo distingue tanto del mandato como del arrendamiento de servicios.

⁹⁰² TENA ARREGUI, R., y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO, E., “La firma electrónica...”, pág. 5.

- Que el acto o negocio se realice en presencia y en nombre del principal, aunque no lo consienta expresamente⁹⁰³.
- Si el principal conoció o debió conocer lo realizado en su nombre y no denunció “temporáneamente”⁹⁰⁴.
- Si se aprovecha de las ventajas.
- Si creó una apariencia de poder de la que era responsable⁹⁰⁵. Este hecho determina un variado tipo de obligaciones: por ejemplo, si limitó los poderes del mandatario, adoptar las medidas necesarias de publicidad para impedir que terceros puedan engañarse [STS 10 febrero 1967 (RJ 1967/654)].

Díez-Picazo, al hablar acerca de las condiciones de validez del autocontrato, dice que si el *dominus* ha asumido el riesgo de que el autocontrato se produzca debe quedar vinculado por lo que haga el representante, a menos que exista una justa causa para que pueda desvincularse de ello⁹⁰⁶. En el bien entendido supuesto de que el autocontrato comporta la representación y el principal puede ser representado por un autocontratante extralimitado.

Para determinar quién crea el riesgo en la extralimitación no hay que atender a la persona que contrata sino a la persona por cuya cuenta se contrata. Incluso

⁹⁰³ SSTS 5 mayo 1968 (RJ 1986/2831) y 21 abril 1971 (RJ 1971/1784).

⁹⁰⁴ SSTS 9 mayo 1958 (RJ 1958/1726), 14 mayo 1959 (RJ 1959/2556), 23 enero 1969 (RJ 1969/200), 3 noviembre 1982 (RJ 1982/6523), 23 diciembre 1987 (RJ 1987/9651), 28 octubre 1988 (RJ 1988/7746), 3 julio 1989 (RJ 1989/5282), 5 diciembre 1989 (RJ 1989/8798), 23 octubre 1990 (RJ 1990/8040), 25 abril 1992 (RJ 1992/3413), 30 septiembre 1992, 7 mayo 1993 (RJ 1993/3462), 25 febrero 1994 (RJ 1994/1263), 29 marzo 1995 (RJ 1995/2333).

⁹⁰⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, arts. 1710 y 1727, págs. 2969 y 3000.

⁹⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. Primero..., pág. 225.

en la representación indirecta, desde el momento en que la adquisición se hace por cuenta del principal y con su peculio, aunque se actúe en nombre propio⁹⁰⁷.

XI. 3.2.5.B) Responsabilidad subjetiva. Culpa *in vigilando/in eligendo*

XI. 3.2.5.B)a) Introducción

La responsabilidad por culpa ha sido tratada fundamentalmente en el ámbito de las relaciones extracontractuales: por hecho propio, en el art. 1902 CC; y por hecho ajeno, en el art. 1903 CC. Este último artículo, que es donde se puede producir la extralimitación, acoge supuestos de responsabilidad *cuasiobjetiva* donde se presume la culpa de las personas declaradas responsables, invirtiendo la carga de la prueba. Lo que el ordenamiento en definitiva hace es escoger, con arreglo a la escala de valores en cada tiempo y lugar prevaleciente, y entre los patrimonios de quienes intervienen en el evento dañoso, aquel que debe soportar los perjuicios⁹⁰⁸.

La doctrina no está de acuerdo acerca de si la relación contenida en el art. 1903 tiene el carácter de *numerus clausus* o *apertus*. Unos se decantan por la primera opción, al decir que “la enumeración de este artículo, muy concreta y precisa, hace suponer que, en principio, no se admita aquí la extensión por analogía”⁹⁰⁹. Otros, en cambio, admiten la posibilidad de extender el principio de la responsabilidad por hecho ajeno a otras situaciones distintas de las contempladas específicamente en el precepto, exigiendo, eso sí, un nexo de jerarquía o subordinación que permita dar a otro órdenes e instrucciones y exija

⁹⁰⁷ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 68 y 69.

⁹⁰⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil...”, art. 1903, pág. 2005, con cita de García-Mina.

⁹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. Segundo...*, pág. 495.

un deber de control⁹¹⁰. Pantaleón sostiene que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico como el del *BGB* sino de cláusula general: todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés lesionado sea indigno de protección⁹¹¹.

El art. 1903 CC regula una modalidad especial de responsabilidad extracontractual más allá del propio autor del evento dañoso, siendo el incumplimiento del deber de vigilar la razón directa o indirecta de la causación del daño. Entre otros supuestos tasados recoge el precepto la infracción del deber de cuidado reprochable al empresario en la selección de dependientes o en el control de la actividad por estos desarrollada –culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*-⁹¹².

La Sala Primera del TS viene exigiendo una serie de requisitos para apreciar este tipo de culpa *in vigilando*⁹¹³: relación de dependencia entre el autor del daño con la entidad de la que depende, nexo causal, la presunción de culpa solo desaparece con la prueba del superior jerárquico de que adoptó las medidas de control y vigilancia para evitar el daño, y analizar las circunstancias del caso concreto. A estas se pueden añadir las siguientes: que el principal sea empresario, que el dependiente actúe en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas y la existencia de culpa en el dependiente⁹¹⁴.

⁹¹⁰ MAGRO SERVET, V., “Responsabilidad por culpa in vigilando”, Revista de Jurisprudencia, nº 2, noviembre 2013, Editorial Lefebvre.El Derecho, págs. 1, 3 y 4.

⁹¹¹ PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil...”, pág. 1994.

⁹¹² MAGRO SERVET, V., “Responsabilidad por culpa...”, págs. 1, 3 y 4.

⁹¹³ SSTS 6 junio 2002 (EDJ 2002/20080), 19 julio 2003 (EDJ 2003/80447), 3 abril 2006 (EDJ 2006/48755), 19 mayo 2006 (EDJ 2006/80792), 30 marzo 2007 (EDJ 2007/19748), 10 octubre 2007 (EDJ 2007/175202), 6 mayo 2009 (EDJ 2009/72813), 14 mayo 2010 (EDJ 2010/61554).

⁹¹⁴ La exigencia de culpa en el dependiente no significa que deba demandarse junto al principal porque la responsabilidad del art. 1903 CC es directa y no subsidiaria. Ver MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...”, art. 1903, pág. 2059. Hacen alusión a las SSTS 19 junio 2000 (RJ 2000/5291) y 10 octubre 2007 (RJ 2007/6813).

No se trata de una dependencia de carácter estricto, no se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere de una interpretación amplia, como cuando existe un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades para impartir órdenes e instrucciones a la otra⁹¹⁵, o en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas⁹¹⁶. Por ello se admite cuando la relación que une a las partes se basa en un contrato de arrendamiento de obras o servicios, o en el mandato⁹¹⁷.

Aunque el precepto exige que los actos del dependiente se hayan cometido “en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones”, la jurisprudencia ha ido ampliando el alcance de la responsabilidad a los casos de extralimitación temporal del dependiente o de extralimitación objetiva, es decir, cuando realiza actividades accesorias a las encomendadas, siempre que su actuación se relacione de algún modo con la actividad del principal⁹¹⁸.

Tampoco se exige la individualización del dependiente. Basta con que el daño se haya producido dentro del ámbito de la organización empresarial del principal [STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002/9640)]. La objetivación a la que aludimos se observa en el hecho de que mientras el principal puede exonerarse demostrando su diligencia en la elección o control de los dependientes [STS 6 marzo 2007 (RJ 2007/1828)], encuentra numerosos impedimentos prácticos, que convierten la doctrina subjetiva en otra de corte objetivo basada en el riesgo [STS 19 junio 2000 (RJ 2000/5291)]. A pesar de reconocer este extremo, el propio TS sigue mostrándose reacio a desligarse completamente de la teoría subjetiva [STS 10 octubre 2007 (EDJ 2007/175202)], aunque en el ámbito penal el art. 120.4º CP

⁹¹⁵ SSTS 30 diciembre 1992 (EDJ 1992/12922) y 17 marzo de 2009 (EDJ 2009/32140).

⁹¹⁶ SSTS 3 abril 2006 (EDJ 2006/48755), 6 mayo 2009 (EDJ 2009/72813), entre otras.

⁹¹⁷ MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil...”, art. 1903, pág. 2059.

⁹¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. Segundo...*, pág. 501; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., *ut supra*, pág. 2060.

regula la responsabilidad civil subsidiaria y objetiva del principal derivada de los delitos cometidos por sus “empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

E incluso ha atribuido la responsabilidad al principal aun sin existir dependencia formal o jerárquica. En este sentido, recuerda la doctrina que aunque “es jurisprudencia consolidada la que rechaza atribuir la responsabilidad al comitente y considera que la responsabilidad corresponde exclusivamente al contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia... los Tribunales españoles admiten la responsabilidad del comitente cuando éste ha actuado de forma negligente al seleccionar al contratista independiente, así como en aquellos casos en que, a pesar de actuar a través de un contratista independiente, las circunstancias del caso imponen sobre el comitente ciertos deberes de vigilancia y control sobre la actuación de aquél” –y ello a pesar de que la responsabilidad lo sea al amparo del art. 1902, no del 1903 CC, por faltar el requisito de la dependencia-⁹¹⁹.

La exoneración de responsabilidad del empresario exige la prueba de lo que el art. 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil (*PETL*) denomina *estándar de conducta que le era exigible en la supervisión*, pese a que en la práctica, la objetivación de estos estándares haga difícil la exclusión.

XI. 3.2.5.B)b) La responsabilidad
subjetiva del principal analizada al
amparo de los actos realizados por
auxiliares o dependientes

⁹¹⁹ MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., *ut supra*, pág. 2059.

En Derecho romano el deudor no era responsable de la culpa de sus dependientes o agentes, salvo que él mismo hubiera incurrido en culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* respecto a la elección y seguimiento de su labor. Solo en casos excepcionales resultaba responsable aun sin haber incurrido personalmente en estas modalidades de culpa: cuando ponía al frente del negocio mercantil a un encargado con amplios poderes (*institor*) o en la responsabilidad del contratista de una obra (*locatio conductio operis*) por la negligencia de sus operarios o trabajadores⁹²⁰.

En la actualidad la responsabilidad por el incumplimiento de los auxiliares se haya recogida de manera generalizada en los Códigos: art. 1228 CC italiano de 1942, parágrafo 278 *BGB*, art. 800 CC portugués, art. 101 Código suizo de las obligaciones. En el Código francés falta una regla general, como sucede en el nuestro, que lo solventa con preceptos aislados, como los arts. 1564, 1596, 1601, 1602, 1784, 1890 CC y, en el campo que nos ocupa, en su art. 1721.

Lo que se trata es de determinar si, en caso de que la obligación resulte incumplida por un acto del auxiliar, el deudor resultará responsable sólo cuando él, a su vez, haya incurrido en culpa (criterio subjetivo) o si, por el contrario, asumirá la responsabilidad por el hecho objetivo de haberse servido de la actividad de otra persona para la consecución de sus fines.

La doctrina tradicional, exigía culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero esta postura es contraria al tráfico jurídico actual, especialmente en aquellos escenarios en los que el empresario se sirve de múltiples auxiliares y no puede controlar ni la contratación ni el ejercicio directo de su actividad.

⁹²⁰ CRISTÓBAL MONTES, A., "La responsabilidad del deudor por sus auxiliares", ADC, Fascículo 1, año 1989, pág. 6.

Hoy en día no existe una regla general en nuestro ordenamiento que establezca la responsabilidad del deudor por la culpa de sus auxiliares, ya que no es posible al tercero perjudicado distinguir cuándo la culpa es del empresario y cuándo es del auxiliar y, desde el punto de vista de la solvencia, al perjudicado le interesa más “tener que vérselas” con la empresa que con el auxiliar; además de que si el acreedor tuviera que indagar si el deudor ha incurrido en culpa –no el auxiliar– el tráfico jurídico sufriría un serio quebranto⁹²¹. El deudor solo puede exonerarse probando que el acontecimiento que provoca la imposibilidad de la prestación debida no le es imputable, es decir, si reviste la condición de fortuito. Si bien es el deudor quien aparece como causa original del daño, en tanto que pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo⁹²².

El principal responderá frente al acreedor para satisfacer su interés no solo cuando haya actuado sin culpa sino, también, cuando sus auxiliares hayan actuado sin culpa, ya que lo único que lo libera es el caso fortuito. Mientras que solo responderá del daño cuando, ahí sí, si los auxiliares hubieran actuado culposamente⁹²³.

En las relaciones empresario-auxiliar-cliente, la mera labor intermediadora del segundo, es decir, el hecho objetivo de haberse servido de otro, permite acudir a la responsabilidad extracontractual regulada en los arts. 1902 y 1903 CC⁹²⁴.

Cuantas más personas auxiliares contraten, por ejemplo, un comerciante, un artesano o un empresario, y cuanto menos coopere por sí mismo en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor

⁹²¹ CRISTÓBAL MONTES, A., “La responsabilidad del deudor...”, págs. 7, 12 y 13.

⁹²² TORRALBA SORIANO, “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, ADC, 1971, pág. 1157.

⁹²³ TORRALBA SORIANO, *ut supra*, págs. 1157 y 1164; CRISTÓBAL MONTES, A., “La responsabilidad del deudor...”, pág. 15.

⁹²⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, pág. 2993; TORRALBA SORIANO, *ut supra*. En contra, CRISTÓBAL MONTES, *ut supra*.

sería la perspectiva del cliente para la indemnización en el caso de realización imperfecta de lo convenido, si el empresario hubiese de responder sólo por su propia culpa y no también por la de sus auxiliares⁹²⁵.

XI. 3.2.5.B)c) La responsabilidad subjettiva del principal en la actividad representativa

Hay autores para los que no parece adecuado equiparar en su plenitud la posición del auxiliar con la del representante⁹²⁶. En este segundo caso las posibilidades de vigilancia y control del principal sobre la labor desarrollada son mayores y la inconsistencia de la teoría de la culpa, menor. A pesar de todo, guardan cierta relación. De hecho, el mandatario que concibe el código es el de un siervo o dependiente del mandante, mientras que el comisionista es un intermediario⁹²⁷.

Albaladejo señala, a propósito de la representación voluntaria, que “de la voluntad del interesado (representado) depende no sólo el nombrar representante, sino también el elegir al sujeto que haya de serlo”⁹²⁸. Por ello se ha afirmado la responsabilidad del representado por culpa contractual o extracontractual (culpa *in eligendo* o *in vigilando*), al margen de la que recae sobre el representante en caso de extralimitación sin dar conocimiento suficiente de sus poderes, prevista por el art. 1725 CC⁹²⁹.

⁹²⁵ LARENZ, *Derecho de obligaciones...*, pág. 294.

⁹²⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1721, pág. 2993.

⁹²⁷ El art. 327 del Código suizo de las obligaciones dice que la responsabilidad del mandatario está sometida, de una manera general, a las mismas reglas que las del empleado.

⁹²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 768.

⁹²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 203.

Esta elección o vigilancia, determinante en determinados casos de la responsabilidad del *dominus*, diferencia la extralimitación de la representación sin poder porque, como aclara Serna Meroño, “el hecho de que el representado otorgue poder a una persona que posteriormente se extralimita en su ejercicio, determina que en algunas ocasiones los defectos del acto realizado por el representante incidan sobre el representado, cosa que nunca ocurrirá en los supuestos en los que nunca se otorgó el poder, porque acaso en estas hipótesis se le responsabiliza al representado por *culpa in eligendo* o también porque se le impute una apariencia de representación suficiente que ha motivado que el tercero de buena fe confiara en ella y por ello contratara con el representante”⁹³⁰. La falta de participación del *dominus* en la extinción y en la inexistencia de poder eluden la responsabilidad del principal, si ha actuado con la diligencia exigible al hombre medio⁹³¹, al margen de las obligaciones que pueda asumir conforme a las normas y principios relativos a la protección de la apariencia.

XI. 3.2.6.- Responsabilidad solidaria

Vista la posibilidad de que concurra la responsabilidad del representante extralimitado y del representado, cabe analizar ahora el régimen al que se someten. A pesar de la presunción de no solidaridad contenida en el art. 1137 CC, la jurisprudencia aplica una interpretación correctora cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones y hay conexión interna entre ellas [STS 2 marzo 1981(STS 4887/1981; ECLI:ES:TS:1981:4887)], situación que concurre en la extralimitación de la representación. Ejemplos muy claros los observamos con la aplicación del art. 1591 CC y la Ley de Ordenación de la Edificación, y en los accidentes de tráfico, ex arts. 1902 y 1903 CC. A pesar de fundarse en otros principios (en la edificación, la imposibilidad de individualizar la culpa; en el tráfico, la generación de un riesgo-fuente de peligro) todos buscan un objetivo común: el total resarcimiento del daño ocasionado a

⁹³⁰ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 530.

⁹³¹ Dijimos que el principal no debe desentenderse del poder en caso de extinción, sino adoptar las precauciones necesarias para evitar su uso indebido una vez finalizada su vigencia: retirando el documento, cancelando la inscripción registral, etc.

quien no tiene el deber de soportarlo, igual que sucede en la extralimitación de la representación frente a un tercero a título oneroso, de buena fe y diligente.

Más allá de la relación de dependencia que de ordinario concurre en la representación, donde el principal asume culpa *in vigilando* o *in eligendo*, la protección de la parte más débil –el tercero que desconoce las relaciones internas entre representante y representado, y al que se le impone la carga de probar los daños sufridos- exige que pueda dirigirse frente a ambos. No se trata de que el principal tenga que cumplir la obligación extralimitada sino resarcir al tercero por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un negocio celebrado por el representante, ya que ha sido él quien ha decidido el formato negociador (interposición gestoria) y ha sido él quien ha elegido al representante de sus intereses.

De este modo se aumentan las garantías del tercero, que podrá dirigirse frente a la parte con quien contrató y frente al interesado en el negocio. A esta solidaridad no se opone el art. 1717 CC, que alude a obligaciones y no a la responsabilidad derivada del daño. Ni el art. 1903 CC, referido al responsable último de la obligación de resarcimiento, ya que la protección del tercero se entiende sin merma de las acciones de repetición que pueda efectuar el representado frente al representante (mediante el ejercicio de la acción de regreso ex art. 1904, primer párrafo, CC).

XI. 3.2.7.- Conclusión

Hupka dice que la *praepositio* es el nombramiento de un gestor y de lo que “el principal responde es del hecho de esta designación” y de la gestión realizada dentro de los *límites* marcados por ella. Afirma que para determinar la responsabilidad del *dominus negotii* lo único importante es saber si está conforme con la celebración del contrato por cuenta suya, siendo indiferente que

esté conforme o no con su responsabilidad directa pues el fundamento de la responsabilidad escapa de la voluntad de las partes.

Es cierto que la responsabilidad no se genera *ex voluntate* sino *ex lege*, pero eso no justifica que lo “único” importante no sea la conformidad en el negocio sino también la designación de la persona elegida y el control de su actividad.

Como indica acertadamente Serna Meroño, los defectos del acto realizado por el representante pueden incidir sobre el representado, unas veces responsabilizándole por culpa, otras veces por la posible creación de una apariencia de representación suficiente⁹³². Dependerá de la conducta que adopte ante la extralimitación.

Conforme a la teoría de la representación aparente su responsabilidad está clara, aunque para ello es necesaria su implicación, buena fe y diligencia en el tercero, y que la adquisición sea onerosa. Pero, ¿qué ocurre fuera de este concreto supuesto?:

El representado no es solo la persona que otorga el poder, quien recibe los efectos del negocio representativo y aquel cuyo interés preside la actuación del representante, sino también el elector de quien va a representar sus intereses. Debe actuar con diligencia a la hora de evitar los perjuicios que este modo de obrar pueda causar a terceros, sin olvidar que la representación voluntaria responde al interés y no a la necesidad.

Debe facilitar al representante los medios necesarios para cumplir su encargo o, cuanto menos, procurar que quede indemne, así como tratar de evitar los *errores*

⁹³² SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 530.

que el desconocimiento directo de su voluntad pueda generar: dar a conocer al tercero, directamente o a través del representante, su identidad, el carácter representativo de quien va a negociar con él, asegurarse de que conoce –o puede conocer- la extensión y límites del poder, originariamente concedido o de las modificaciones que haya podido experimentar. Si existe registro de poderes, inscribirlo y hacer saber este extremo, cuando la inscripción no sea obligatoria. Retirar los poderes al representante que deja de serlo y comunicar al tercero esta circunstancia. Llevar un control periódico de las gestiones realizadas por el representante en defensa de su interés. Etc.

Al haber sido el representado quien ha creado la situación de riesgo, quien ha elegido al representante y sobre quien pesa la carga de vigilar el adecuado cumplimiento en la gestión de su interés, defendemos la responsabilidad del principal frente al tercero, salvo fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de éste.

Por este motivo el régimen de responsabilidad, excediendo la culpa, no llega al extremo de la total objetivación, que daría lugar a la responsabilidad por la creación del riesgo. Genera, eso sí, una inversión de la carga de la prueba y la presunción de culpa en el poderdante, salvo prueba en contrario, por ese plus de riesgo al que aludíamos frente a los demás partícipes en la representación.

Es cierto que la jurisprudencia ha sido bastante estricta a la hora de admitir algunas causas de exención de responsabilidad, pero se ha mostrado flexible en otras, tratando de adaptar las instituciones a los nuevos tiempos.

El tercero puede actuar directamente frente al *dominus*, sin necesidad de utilizar la vía indirecta, demandar al representante o a ambos, ya que uno y otro han contribuido al daño o perjuicio sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad interna entre poderdante y apoderado, y al ejercicio de la acción de repetición. El

principal por la elección del representante y por la creación del riesgo. El representante por el uso indebido del poder.

El TS entiende, en sede de responsabilidad extracontractual, que se trata de una responsabilidad directa, no subsidiaria⁹³³, y aunque el perjudicado puede entablar su reclamación directamente contra el empresario, no significa que no esté en libertad de demandar únicamente, si lo desea, al empleado.

Por último, creemos que la indemnización busca lograr la total satisfacción del perjudicado (sea representante, sea tercero), a través del interés positivo. Una indemnización parcial que solo admitiera el daño emergente pero rechazara el lucro cesante, solo repararía el daño concreto, dejando sin resarcir los derivados de ese daño y, por tanto, perjudicando al tercero en el balance global. Deberá comprender todos los gastos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento STS 26 noviembre 1984 (Roj: STS 1804/1984; ECLI:ES:TS:1984:1804), las indemnizaciones que a su vez hubiera tenido que satisfacer el acreedor a terceros por daños producidos por la cosa defectuosa (STS 27 octubre 1983)⁹³⁴ y el daño moral [STS 9 mayo 1984 (RJ 1984/2403)]. Es decir, tanto las consecuencias dañosas (daño emergente y lucro cesante) como los perjuicios sufridos (materiales y morales, en su caso).

De no existir en nuestro ordenamiento jurídico los arts. 1259 y 1727 CC, que prevén la figura de la ratificación, defenderíamos no solo la responsabilidad del *dominus* sino la asunción plena del negocio extralimitado, conforme a la teoría

⁹³³ SSTS 15 febrero 1975 (Roj: STS 24/1975; ECLI:ES:TS:1975:24) y 26 junio 1984 (Roj: STS 1256/1984; ECLI:ES:TS:1984:1256).

⁹³⁴ LLAMAS POMBO, E., "Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107...", art. 1106, pág. 1218, manifiesta que el daño emergente incluye la indemnidad del interés del acreedor, el gasto realizado para la reparación de la prestación defectuosa, la privación del uso de un bien propiedad del acreedor, los daños materiales que sufren los bienes del acreedor, el coste del negocio de cobertura realizado por el acreedor para cubrir las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento y el efecto que sobre el patrimonio del acreedor tenga el incumplimiento por su parte de otros contratos con terceros (trabajadores, clientes, subarrendatarios, etc.).

del riesgo-provecho, al interés que justifica la actuación representativa, a la relación interna que une a poderdante y apoderado, y a la debida protección del tercero de buena fe. Si un particular adquiere de buena fe y a título oneroso un producto a través de un dependiente que se ha extralimitado, parece más clara la vinculación del principal, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el empleado. Solo la ratificación, que se concibe como un negocio (o declaración) voluntaria y libre para el *dominus*, impide la asunción de la obligación por el principal, porque en caso contrario se le estaría obligando a prestar su consentimiento, del que se prescinde en caso de *utiliter* en virtud de una presunción legal.

XI. 3.3.- La incidencia de la actitud del tercero sobre la responsabilidad del *dominus* o del representante

El hecho de que el representante y/o el representado puedan asumir responsabilidad por la frustración de las legítimas expectativas del tercero en la extralimitación, no significa que sea indiferente la actitud mostrada por el tercero, que servirá para atemperar e incluso excluir la responsabilidad de aquéllos. Es por ello que Rivero Hernández defiende que el cocontratante no siempre será acreedor por los perjuicios que pueda sufrir, sino que va a depender de su propia conducta o posición subjetiva⁹³⁵.

Es cierto que el representado crea la situación de riesgo, al desvincularse directamente de la realización del acto o negocio jurídico representativo, y confiar la defensa de su interés al representante. Que el representante asume el riesgo ajeno y se obliga a preservarlo, en la medida de lo posible, lo que a su vez implica la asunción de un riesgo propio por el que podría llegar a responder frente al principal. Pero el tercero también asume un riesgo, que está directamente

⁹³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Responsabilidad del falsus procurator...", págs. 1026 y 1029. En caso de que el representante no le muestre el poder siempre puede no contratar.

vinculado con la información recibida por la contraparte y su actitud mostrada en el negocio.

Solo admitiendo una representación indirecta donde quede oculta la identidad del representado, el tercero no tendría por qué conocer la existencia de la representación, la identidad del principal ni asumiría la carga de investigar acerca de estos extremos. Pero para que el tercero pueda formarse válidamente su consentimiento es necesario que conozca que aquél con quien contrata no lo hace para sí, sino para otro, la identidad del principal y el contenido del poder de representación.

El error sobre la persona solo invalida el consentimiento “cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo” –art. 1266, segundo párrafo, CC- pero qué duda cabe que aun sin invalidarlo, puede influir en el negocio. El principio de buena fe exige que los contratantes pongan en conocimiento de la contraparte aquellos elementos de juicio necesarios que sirvan para formar su decisión y valorar la conveniencia del negocio. Aunque el contrato no sea *intuitu personae* son muchos los factores que pueden determinar el consentimiento: la solvencia económica de quien ha de asumir los efectos del negocio, su reputación profesional, enemistad o animadversión, incompatibilidad o prohibición, etc. Una vez celebrado el contrato quizá no sean de suficiente entidad para anularlo, cuando el coste económico o los perjuicios derivados de la impugnación superen los inconvenientes del mantenimiento, pero de haber sido conocidos *a priori* podrían haber sido determinantes de las condiciones contractuales. De hecho, nadie puede ser obligado a contratar con persona distinta de quien haya de asumir los riesgos de la operación.

La doctrina y la jurisprudencia españolas no se muestran muy claras respecto a la diligencia exigible al tercero en la extralimitación. Unas veces exigen al

mandatario la prueba de la existencia y suficiencia del poder⁹³⁶ y otras veces no⁹³⁷. De Amunátegui Rodríguez limita la acción del tercero frente al mandatario cuando existe extralimitación no comunicada al cocontratante, negándola cuando ambos han actuado de acuerdo, ya que el tercero ha asumido voluntariamente los riesgos⁹³⁸. Para Rivero Hernández la *ratio legis* del art. 1725 CC es bastante clara: proteger al cocontratante que desconoce el traspaso de los límites del poder, quedando responsable frente al tercero cuando concurre con su ocultación⁹³⁹.

Desde nuestro punto de vista no está tan claro el sentido de la norma. Estamos de acuerdo en que el precepto busca proteger el interés del tercero. Por ello hace responsable al representante cuando oculta su extralimitación. Sin embargo, no parece que establezca una protección ilimitada, con independencia del comportamiento mostrado por el tercero. El precepto exige que no se haya dado conocimiento suficiente de los poderes, pero no especifica el motivo. Y parece evidente que si el representante está dispuesto a dar ese conocimiento y es la actitud del tercero la que impide el buen fin, su responsabilidad anulará la de aquél, aun cuando no haya tenido efectivo conocimiento. Tampoco creemos que deba responder cuando ha dado conocimiento al tercero de la extralimitación, con o sin exhibición de poderes pero de forma que quede debidamente

⁹³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 223; HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil...”, págs. 1563 y 1564. También la jurisprudencia: SSTS 7 noviembre 1969 (Roj: STS 1418/1969; ECLI:ES:TS:1969:1418), y 18 noviembre 1972 (Roj: STS 2417/1972; ECLI:ES:TS:1972:2417).

⁹³⁷ SSTS 6 febrero 1971 (Roj: STS 1291/1971; ECLI:ES:TS:1971:1291) y 14 marzo 1980 (Roj: STS 21/1980; ECLI:ES:TS:1980:21).

⁹³⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727...”, art. 1725, pág. 1867. No queda muy clara la posición de la autora: por un lado dice que la responsabilidad del mandatario será exigible por el tercero “en todos aquellos supuestos en los que excediéndose en el uso del poder no le ha comunicado su existencia al tercero”, de donde cabe deducir la falta de comunicación del poder, no del exceso, pues en otro caso habría dicho “no le habría comunicado el exceso o la extralimitación al tercero”; por otro lado, niega cualquier acción cuando parezca que mandatario y cocontratante han actuado de común acuerdo, asumiendo el tercero los posibles riesgos, de donde cabe deducir que la falta de comunicación va referida a la deslegitimación con la que actúa, siendo indiferente que el tercero desconozca el poder y el exceso, o solo el exceso, conociendo el poder. Como solo puede existir acuerdo válido si ambas partes conocen todos los extremos de lo acordado, nos decantamos por esta segunda interpretación de la autora.

⁹³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad del falsus procurator...”, pág. 1040.

informado, sin garantizar la ratificación, ya que, de igual modo, el tercero actúa a riesgo suyo.

Además, existen dos supuestos en los que la responsabilidad del tercero, si no anula, sí concurre con la del representante y sirve para moderarla:

- Cuando el representante hace saber al tercero su condición. Sin perjuicio de la responsabilidad que asume por no haber dado una información “suficiente”, el tercero es responsable por negligencia, al conocer el riesgo de la operación y no haber exigido su exhibición.

- Cuando el tercero contrata tras la negativa del representante a exhibir los poderes. En este caso la prudencia exigiría no negociar.

Los planteamientos que defienden la preferencia del tercero se basan en la admisibilidad de la ocultación del carácter representativo con el que actúa el representante y la identidad del representado, y en los medios de comunicación vigentes en el momento de efectuar sus aportaciones doctrinales. Admitiendo el carácter esencial de la *contemplatio dominii* y el nuevo escenario tecnológico, que ha provocado una revolución en el mundo de la comunicación equiparable al que supusieron en su momento la Revolución Francesa o la Revolución Industrial, donde las noticias son accesibles al instante y la interconexión entre particulares son inmediatas, es difícil concebir la imposibilidad que exonere en el cumplimiento de la carga, más allá, como decimos, de una actitud ilícita de la contraparte.

Es perfectamente lícito que las partes, representante y tercero, puedan alcanzar pactos en esta materia en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Teniendo en cuenta que la responsabilidad la asume aquél por hecho

propio aunque actúe en interés ajeno, puede llegar a acuerdos en esta materia aprovechando el marco negocial que le ofrece el negocio representativo.

Como la responsabilidad puede alcanzar al *dominus*, cabe también la posibilidad de que el representante intervenga en una doble condición: pactando su propia responsabilidad en nombre e interés propio, y la responsabilidad ajena en nombre e interés del principal.

SEGUNDA PARTE

I. EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL

I. 1.- Introducción

La primera parte de nuestro trabajo la hemos dedicado a estudiar la extralimitación en el ámbito de la representación voluntaria. Decíamos que la extralimitación se asienta en la representación, de ahí que para analizar las peculiaridades en este campo sea necesario fijar los caracteres diferenciales entre ambos tipos representativos.

Las diferente naturaleza entre representación legal⁹⁴⁰ y voluntaria ha hecho que la doctrina se plantee si estamos ante dos especies distintas de una misma institución o, si por el contrario, se trata de dos instituciones diferentes⁹⁴¹. El carácter tuitivo que posee la representación legal hace que el concepto de padre o madre, tutor o defensor, exceda al de mero representante⁹⁴², y el beneficio que

⁹⁴⁰ A diferencia del ordenamiento patrio, el Derecho alemán regula bajo la denominación “poder legal de representación” todo poder de representación que no se funda en la voluntad del representado, aunque no lo confiera directamente la ley. Así engloba supuestos de lo más variado: poder de representación para el heredero; disposición de última voluntad en la que nombra un ejecutor testamentario; poder para el acreedor hipotecario –art. 1189 *BGB*-; para todos los acreedores de un mismo préstamo; por resolución de la asamblea de acreedores –art. 1 de la Ley sobre Obligaciones-; poder fundado en los estatutos de una persona jurídica (asociación o fundación) –art. 29 *BGB*-; por disposición de la autoridad (tutor –art. 1774 *BGB*-, curador –arts. 1909 y ss. *BGB*-, auxiliar –art. 1.693 *BGB*-, administrador de la herencia –art. 1975 y ss. *BGB*-, síndico de la quiebra –arts. 81 Ley de quiebras, 1981 III *BGB*); directamente de la ley (padre –art. 1630 *BGB*-, madre –art. 1686 *BGB*-, poder de administración doméstica de la mujer casada -1357 *BGB*-, poder de representación de la mujer casada –art. 1450 *BGB*-).

⁹⁴¹ Véase DÍEZ-PICAZO, *La representación...*, págs. 48 y 49.

⁹⁴² Mientras el representante voluntario no goza de un derecho ni de una obligación por el ejercicio del poder de representación, sino tan solo de una *potestas* o legitimación –salvo que haya asumido la condición de representante por vía contractual-, el representante legal goza de un derecho/deber y ni puede sustraerse del ejercicio de sus obligaciones ni puede ser privado de sus derechos sin causa legal. DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 482 y 483, dice que la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó el CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, recuerda que “la patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y, por tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes”. Este mismo autor asegura

busca la representación legal sea algo más que el interés que guía la representación voluntaria. Lo que trata es de ofrecer al desvalido una protección integral⁹⁴³, de acuerdo con la institución donde se integra⁹⁴⁴.

A diferencia de la representación voluntaria, que nace por voluntad del *dominus negotii*, bien de un acto o negocio unilateral (poder) o bilateral (contrato de gestión), la representación legal nace de la ley, directamente o a través de una resolución procesal. Mientras aquélla es válida y eficaz por la voluntad, y puede recaer sobre cualquier materia que no esté fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC) y no sea contraria a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC), ésta queda excluida de ciertos actos⁹⁴⁵ y en ocasiones requiere de autorización⁹⁴⁶ para realizar otros de especial trascendencia.

En la representación voluntaria el principal conserva su capacidad, pudiendo revocar el poder y controlar la labor del representante, mientras que la representación legal parte de una incapacidad natural o jurídica del representado, y donde el control se ejerce por otros sujetos, aspecto de vital

en la pág. 485 de su obra que “posiblemente el aspecto de capital interés dentro de la esfera personal propia de la patria potestad sea el de la representación de los menores sometidos a la misma”, donde el legislador ha previsto para supuestos de “discrepancias y, sobre todo, para paliar efectos contrarios o desfavorables al interés de los hijos, que siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él”. RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, pág. 302, afirma que la idea de deber prima sobre la de derecho o potestad.

⁹⁴³ Mientras el interés atiende aspectos accesorios de la personalidad, ya sean personales o patrimoniales; el beneficio al que aludimos va dirigido a la tutela de aspectos más complejos, incluidos los asistenciales y los vitales.

⁹⁴⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 222, dice que la representación legal se enmarca dentro de una institución más amplia al servicio de los intereses del representado y de terceros, cuyo estudio se realiza al hilo de cada una de ellas: patria potestad, tutela, ausencia.

⁹⁴⁵ Actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; aquellos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; y los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los progenitores (art. 162, segundo párrafo, CC). Algo similar ocurre con los tutores respecto de los pupilos (art. 267 CC).

⁹⁴⁶ Para renunciar a derechos de que los hijos sean titulares –incluida la repudiación de la herencia o legado deferidos al hijo–, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, precisan de la previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, y siempre que concurren causas justificadas de utilidad o necesidad (art. 166 CC). En el ámbito de la tutela hay que acudir al art. 271 CC.

importancia en materia de extralimitación⁹⁴⁷. Aquélla implica una actividad de colaboración en la voluntad ajena y ésta, su sustitución⁹⁴⁸.

Quiere esto decir que si, como vimos, el interés jugaba un papel fundamental en la primera parte de nuestro trabajo, aquí reviste una influencia aún mayor. Se convierte en un estándar jurídico que guía por completo la representación legal y que delimita la labor del intérprete en la extralimitación⁹⁴⁹.

Es, además, un concepto indeterminado en relación con un supuesto de hecho determinado⁹⁵⁰. Antes de que la autoridad judicial adopte una decisión debe identificar el interés del representado⁹⁵¹, ya sea en el nombramiento del representante, ya sea en la autorización de determinados actos o negocios jurídicos, ya sea en la rendición de cuentas; decisión que una vez tomada no es fácil revertir. Debe valorar si la actuación representativa se ajusta al interés que trata de proteger, es decir, el límite sustantivo o material del que hablábamos,

⁹⁴⁷ El ausente y el desaparecido no son propiamente ni incapaces ni incapacitados, ya que allá donde estén probablemente conserven su plena capacidad jurídica y de obrar. Pero su falta de presencia para controlar los aspectos relativos a sus patrimonios o a las relaciones personales que pudieran afectarles, hace que sus posiciones frente a la extralimitación sean equivalentes a la del incapacitado. En todos los casos (menores, incapacitados y ausentes) es necesario un representante que tutele sus intereses.

⁹⁴⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, págs. 221 y 222. DE PABLO CONTRERAS, P., “El mandato...”, pág. 723, no obstante, mezcla ambos conceptos, cuando a propósito del mandato dice que es un instrumento “de cooperación jurídica por sustitución”.

⁹⁴⁹ A este respecto afirma DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 287, que el alcance y límites de la representación legal del defensor quedarán determinados por el acto judicial en virtud del cual se establezca su nombramiento.

⁹⁵⁰ RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, págs. 70 a 73 y 311, a propósito del interés del menor pero que puede hacerse extensivo a cualquier interés protegido en el ámbito de la representación legal.

⁹⁵¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por el otro ¿Legitimación propter matrimonium?”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 7, Murcia, 1988, págs. 13 a 25, pág. 25, asegura, con cita de REVERTE NAVARRO, A., *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, pág. 18, que el «interés de la familia» que el Código ordena a tener en cuenta para la actuación de marido y mujer, ha de ser, también «criterio interpretativo en toda actuación o intervención judicial». De la misma opinión, ORDÁS ALONSO, M., “Comentario de los artículos 259 a 275 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 426.

con el problema añadido de que el representado carece de suficiente capacidad para identificar su propio interés y para controlar los actos del representante.

I. 2.- Extralimitación de representación frente a inexistencia

No siempre es fácil delimitar, en el ámbito de la representación legal, entre falta de representación y representación extralimitada. En principio podemos decir que hablamos de inexistencia de representación solo en aquellos casos en los que una persona se arroga la condición de representante legal de otro sin serlo o cuando realiza actos excluidos (por ejemplo, el padre que realiza actos personalísimos del menor o actúa en conflicto de intereses, art. 162 CC); mientras que habrá extralimitación cuando el representante legal realiza actos legítimos más allá del límite de su autorización (legal o judicial) o sin ella, ya que, en este segundo supuesto, el representante que ostenta poder emanado de la ley o de la resolución que lo designa, realiza un acto para el que necesita un complemento de legitimación.

Como no siempre es fácil distinguir en la práctica, creemos que la extralimitación actúa como concepto residual de la inexistencia, es decir, que habrá extralimitación siempre que el representante legítimo realice actos o negocios jurídicos no autorizados pero tampoco excluidos por su naturaleza jurídica.

A diferencia de la representación voluntaria, el conflicto de intereses con el representado queda expresamente excluido del ámbito representativo, lo que significa que el abuso de poder es un subtipo de inexistencia en la representación legal.

La diferencia entre extralimitación e inexistencia radica en que ésta da lugar a un negocio nulo mientras en aquélla se admite la ratificación o la aprobación posterior.

I. 3.- El interés como medida de la extralimitación

I. 3.1.- El superior interés del menor

El interés del menor goza de especial protección por parte del ordenamiento jurídico nacional y extranjero⁹⁵², como ha sido puesto de relieve por la doctrina⁹⁵³ y destacado por la jurisprudencia⁹⁵⁴.

⁹⁵² En el ámbito internacional cabe citar: la Declaración sobre los Derechos del Niño celebrada en Ginebra en 1924, Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas celebrada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, Convención de Naciones Unidas sobre el Niño de 1959, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos celebrados en el seno de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing) de 1985, la Convención sobre Derechos del Niño celebrada en el seno de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, la Convención Europea sobre ejercicio de los Derechos del Niño, del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 8 de septiembre de 1995, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

En el ámbito del Derecho comparado: La República Dominicana cuenta con el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes (CDFNNA). En los países anglosajones: la *Family Law Act* 1975, modificada en 1996, de Australia; la *Children Act* 1989 del Derecho inglés; el *Statutory Law* de aproximadamente la mitad de los Estados de USA, que se han adherido a la *Uniform Marriage and Divorce Act*, especifican cuáles deben ser los factores relevantes en la determinación del *best interest of child* (citadas por RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, págs. 110 y ss.). Y en el ámbito continental europeo: el art. 302.1 del CC suizo; el art. 137 del CC austriaco; los párrafos 1627, 1666.1, 1671.2, 1680.2 o 1697-a del BGB; los arts. 371 y ss. del CC francés; o la *Guardianship of Infants Act* 1968 irlandesa.

En el ámbito interno, podemos distinguir la legislación nacional y autonómica. Dentro del primer grupo: CE, CC, LJV, LEC, CP, LECr, LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, LO 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Y en el de las autonomías:

- Cataluña.- Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (vigente hasta el 2 de julio de 2010); la ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (vigente hasta el 2 de julio de 2010); el Código de Familia catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio (vigente hasta el 1 de enero de 2011); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (actualmente en vigor)].
- Extremadura.- La ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Asturias.- Ley 1/1995, de 27 de enero, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, de Protección del Menor.
- Murcia.- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.
- Madrid.- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Ceuta y Melilla.- Real Decreto 416/1996, de 1 de marzo, de Creación de Comisiones de Atención a la Infancia en Ceuta y Melilla.
- Canarias.- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de la Atención Integral de los Menores.
- Galicia.- Ley 3/1997, de 8 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia; el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de Familia, Infancia y Adolescencia y el Decreto 406/2003, de 29 de octubre, por el que se modifica el anterior Decreto 42/2000, de 7 de enero.
- Andalucía.- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.
- Castilla-La Mancha.- Ley 3/1999, de 31 de marzo de 1999, del menor de Castilla-La Mancha.

- Cantabria.- Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia; y Ley de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia, aprobada el 29 de noviembre de 2010.
- Castilla y León.- Ley 14/2002, de 25 de julio, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de Promoción, Atención y Protección de la Infancia.
- País Vasco.- La ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia y Ley 3/2009, de modificación de la ley 3/2005, de 18 de febrero.
- Navarra.- Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- La Rioja.- La ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.
- Baleares.- Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia en las Islas Baleares.
- Aragón.- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; Ley 13/2006, de 27 de diciembre; Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.
- Comunidad Valenciana.- Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana; y el Decreto 28/2009, de 20 de febrero, de la Generalitat, por el que se modifica el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 93/2001, de 22 de mayo.

⁹⁵³ En opinión de TRUJILLO MATA, M., “El interés del menor en los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión Europea”, *El Derecho Editores*, Base de Datos de Bibliografía El Derecho, EDB 2011/8242, 7 marzo 2011, pág. 4, “tras la Constitución española, por la que la Nación se constituye en Estado social y democrático de Derecho (art. 1 EDL 1978/3879), la pauta de beneficencia da paso a la de justicia social (art. 10,1 EDL 1978/3879), garantizándose de esta manera los derechos del menor de edad frente a posibles extralimitaciones de los padres o guardadores en el ámbito privado o de la administración en la esfera pública.” En este sentido merece ser destacada la obra de ANDREU MARTÍNEZ, M^a.B., *La protección de los datos personales de los menores de edad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, centrada en un aspecto muy concreto (los datos personales) pero que alcanza una dimensión mucho mayor, al quedar afectados derechos fundamentales. DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1^a edición, Iustel, 2009. El Capítulo II de su obra regula el aspecto sociológico y psicológico, y el Capítulo III el jurídico, defiende que el menor, como parte más débil, exige una protección reforzada del ordenamiento jurídico y considera su estudio como una cuestión multidisciplinar, donde entran en juego las normas de la sociología, la psicología y el derecho. DE TORRES PEREA, J.M., “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *ADC*, Fascículo 2, año 2006, págs. 676 y 677, recuerda que la doctrina alemana, centrada en su estudio desde comienzo de los años setenta -lo que hace de Alemania el país más avanzado de nuestro entorno en la regulación de la protección jurídica del menor-, se ciñe a recoger los distintos supuestos en los que puede existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, legitimando la actuación del Estado, dirigiendo la intervención y fijando las pautas de los tribunales. Este mismo autor dice en DE TORRES PEREA, J.M., “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McComarck a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *ADC*, Fascículo 2, 2013, pág. 589, que el Derecho norteamericano carece de normas federales de carácter general, pero el interés del menor funciona como estándar jurídico: algunos estados lo desarrollan mediante estatutos y códigos mientras que otros, la mayoría, lo regulan a través de la jurisprudencia que emana de los tribunales; siendo un tema controvertido la conveniencia o no de encorsetar el interés del menor en una regulación precisa, pues una y otra opción presentan ventajas e inconvenientes.

⁹⁵⁴ SSTS 22 julio 2011 (Rec. 813/2009); 19 abril 2012 (Rec. 1089/2010); 27 abril 2012 (Rec. 467/2011); 26 octubre 2012 (Rec. 1238/2011); 18 febrero 2013 (Rec. 438/2011); 3 abril 2014 (Rec. 1719/2012); 16 octubre 2014 (Rec. 683/2013); 20 octubre 2014 (Rec. 1229/2013); 18 noviembre 2014 (Rec. 412/2014); 3 diciembre 2014 (Rec. 1946/2013); 16 enero 2015 (Rec. 2178/2013); 13 febrero 2015 (Rec. 2339/2013); 17 febrero 2015 (Rec. 2923/2014); 18 marzo 2015 (Rec. 194/2014); 8 mayo 2015 (Rec. 309/2013); 18 mayo 2015 (Rec. 2302/2013); 2 junio 2015 (Rec. 2408/2014); 24 junio 2015 (Rec. 2392/2013); 9 julio 2015 (Rec. 1562/2014); 10 julio

En nuestro país, habida cuenta del interés social, la *ratio legis* de las normas y los preceptos constitucionales en que se basan, las leyes que regulan instituciones y derechos que afectan a menores constituyen una normativa de orden público, de inexcusable observancia por todos los poderes públicos [STC 141/2000, de 29 de mayo (Rec. Amparo 4233/1996)]. Y en la misma línea, la jurisprudencia califica como imperativas algunas normas afectantes a menores [p.ej., STS 14 de mayo de 1987 (Roj: STS 3348/1987; ECLI:ES:TS:1987:3348)]. Esto justifica un tratamiento procesal específico de cuantos conflictos interpersonales en que se halle implicado el interés de un menor lleguen a los tribunales, la interpretación de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor, y los límites normales en el ejercicio de ciertas potestades, como la patria potestad⁹⁵⁵.

La jurisprudencia ha otorgado al interés del menor una protección reforzada, especialmente, en los supuestos de crisis matrimoniales⁹⁵⁶ y en la defensa de

2015 (Rec. 682/2014); 14 julio 2015 (Rec. 2398/2013); 15 julio 2015 (Rec. 409/2014); 15 julio 2015 (Rec. 530/2014); 16 julio 2015 (Rec. 1676/2013); 20 julio 2015 (Rec. 1791/2014); 22 julio 2015 (Rec. 541/2014); 10 septiembre 2015 (Rec. 797/2014); 23 septiembre 2015 (Rec. 1420/2014); 25 septiembre 2015 (Rec. 1537/2014); 14 octubre 2015 (Rec. 712/2014); 15 octubre 2015 (Rec. 1161/2014); 27 octubre 2015 (Rec. 2664/2014); 11 noviembre 2015 (Rec. 2446/2014); 12 noviembre 2015 (Rec. 1493/2014); 17 noviembre 2015 (Rec. 1889/2014); 26 noviembre 2015 (Rec. 36/2015); 2 diciembre 2015 (Rec. 1983/2014); 30 diciembre 2015 (Rec. 415/2015); 11 febrero 2016 (Rec. 326/2015); 17 febrero 2016 (Rec. 523/2015); 29 marzo 2016 (Rec. 1159/2015); 15 junio 2016 (Rec. 1698/2015); 27 junio 2016 (Rec. 1694/2015); 27 junio 2016 (Rec. 3698/2015); 30 junio 2016 (Rec. 1957/2015); 15 julio 2016 (Rec. 1290/2015); 12 septiembre 2016 (Rec. 3200/2015); 10 noviembre 2016 (Rec. 2191/2015).

⁹⁵⁵ RIVERO HERÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, págs. 36 y 37.

⁹⁵⁶ La STS 17 junio 2013 (Roj: STS 3347/2013; ECLI:ES:TS:2013:3347) lo define, en el ámbito de las crisis matrimoniales, como “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus si no similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos

los derechos fundamentales⁹⁵⁷. E igual que sucede en Alemania, da prioridad a este interés por muy legítimos que sean los demás intereses con los que concurra⁹⁵⁸.

I. 3.2.- El interés de la familia

Junto al interés del menor, nuestro Código habla del interés de la familia: entre otros, los arts. 67, 70 o 1389 CC. También lo recoge la CE en su art. 39.1. La familia, como ente, goza de determinados derechos legales y constitucionales – por ejemplo, de intimidad familiar⁹⁵⁹ – y es objeto de protección jurídica específica [véase la STS 15 julio 2016 (Rec. 1290/2015)]. González Pacanowska lo define como “interés superior del grupo familiar, trascendente a los intereses de los individuos que lo componen y dotado de cierto carácter público”⁹⁶⁰. Desde el momento en que la familia puede estar formada por mayores y menores de edad, capaces e incapaces, presentes y ausentes, el interés familiar puede coexistir con otros más específicos y surgir conflictos [STS 1 julio 2014 (Rec. 1365/2012)]. Por ello se habla también del “interés familiar más necesitado de protección”⁹⁶¹.

presentes y futuros”. La STS 31 enero 2013 (RC 2248/2011) trata de un supuesto de modificación de medidas respecto de la guarda y custodia de un menor, concluyendo que se debe tener presente el prioritario interés del menor. La STS 29 abril 2013 (RC 2525/2011) analiza la guarda y custodia compartida en atención al interés del menor, que es el que debe primar sobre el de los progenitores. La STC 182/2012, de 17 de octubre (EDJ 2012/224014), afirma que la guarda y custodia compartida no debe ser lo excepcional sino la regla general, siempre que no perjudique el interés del menor, pues el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres.

⁹⁵⁷ La STS 8 mayo 2013 (RC 1241/2010), analiza el conflicto desde la doble perspectiva de la protección general que se dispensa al derecho a la propia imagen y la sobreprotección que merece la imagen de los menores.

⁹⁵⁸ Véanse, entre otras, las SSTS 28 enero 2016 (Rec. 2205/2014), 11 de febrero de 2016 (Rec. 326/2015) y 29 marzo de 2016 (Rec. 1159/2015).

⁹⁵⁹ La STS 4 diciembre 2012 (RC 1181/2010) alude a la intromisión ilegítima en la intimidad familiar.

⁹⁶⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Efectos personales del matrimonio...”, pág. 14.

⁹⁶¹ COBACHO GÓMEZ, J.A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”, Anales de Derecho, nº 8, 1985, págs. 143 y 144.

Puede suceder también que algún miembro goce de una posición especialmente reforzada frente a otros que tan solo gocen de la cobertura que les brinda el ser miembros de la unidad familiar⁹⁶². Las normas reguladoras del Derecho de la persona y familia ponen de manifiesto el carácter tuitivo y protector que las inspira, fruto de relaciones en las que confluyen factores de índole jurídica y emocional. El matrimonio se concibe como una base de derechos y obligaciones recíprocos con la que crear las condiciones necesarias para el desarrollo de la familia –arts. 66 a 68 CC-, integrada por los contrayentes y la prole. La base física se obtiene con la vivienda, el alimento y la compañía. Por este motivo, el art. 68 CC impone a los contrayentes la obligación legal de vivir juntos y el art. 69 establece la presunción de convivencia.

El TS ha declarado que “la vivienda familiar” es “un bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario”⁹⁶³. También la STC 31 octubre 1986 (Rec. Amparo 935/1985), respecto de la protección de la vivienda familiar establecida en los arts. 96 y 1320 CC señala que ambas normas “responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario” [SAP La Rioja 22 junio 2009 (Rec. 136/2009)].

El deber asistencial que inspira la normativa obliga a los parientes a prestarse alimentos –arts. 142 y ss. CC-⁹⁶⁴.

⁹⁶² Por ejemplo, decidir el interés familiar cuando surge un conflicto entre el hijo menor de edad, incapaz y, además, ausente, frente al progenitor mayor de edad plenamente capaz y presente, pero que, por su condición de padre o madre, pertenece al núcleo de la familia. El interés del cónyuge no titular de la vivienda frente al titular en casos de nulidad, separación o divorcio (en COBACHO GÓMEZ, J.A., *ut supra*, págs. 147 y 148). Véanse también las SSTS acerca del interés del cónyuge, cuando fuera el más necesitado de protección, de 5 septiembre 2011 (Rec. 1755/2008), 17 junio 2015 (Rec. 1332/2013), 23 junio 2015 (Roj: STS 2954/2015; ECLI:ES:TS:2015:2954), 28 octubre 2015 (Roj: STS 4439/2015; ECLI:ES:TS:2015:4439).

⁹⁶³ SSTS 31 diciembre 1994 (AC, Ref. 334/1995) y 31 octubre 2008 (Rec. 1720/2004), entre otras.

⁹⁶⁴ En este sentido, ver la obra de COBACHO GÓMEZ, J.A., “La obligación de alimentos y la tutela”, en *II Congreso regional de protección de los discapacitados*, coordinador Ignacio SERRANO GARCÍA, 2007, págs. 79 a 96.

Los derechos que integran la patria potestad son a la vez deberes inexcusables que permiten el desarrollo personal del hijo –art. 154 y ss. CC-. Y a pesar de que “pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como lo que adquiriera con su trabajo o industria... los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones” –art. 165 CC-⁹⁶⁵.

No obstante, aun considerando el interés de la familia como algo distinto y superior al interés personal de cada uno de los miembros que lo integran⁹⁶⁶, se trata tan solo de una aspiración que cede ante los concretos intereses de sus integrantes. De modo que, a pesar de que los progenitores actúen movidos por un fin superior, si surge un conflicto habrá que analizar los intereses personales implicados en cada caso particular. Y, como hemos dicho, dentro de la unidad familiar pueden coexistir intereses diversos –menor, incapaz y ausente-. En este caso un nuevo concepto, el interés más necesitado de protección⁹⁶⁷, permitirá optar por el prioritario: unas veces prevalecerá el interés dotado de protección

⁹⁶⁵ Este argumento es mantenido por la SAP Barcelona, Sección 18ª, 15 marzo 2010, (Rec. 296/2009), cuando dice que “el deber de prestar alimentos los padres respecto de los hijos, sancionado constitucionalmente –artículo 39.3 de la Constitución Española- y regulado en el Código de Familia –artículos 143 y 259- es uno de los deberes de mayor contenido ético de nuestro ordenamiento jurídico, y deriva no ya de la patria potestad, sino del hecho de la procreación e inicialmente se configura como de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionado a las necesidades del hijo y a los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados”, lo que no impide que en el caso enjuiciado de un hijo menor incapacitado tras la mayoría de edad, con rehabilitación de la patria potestad, se estimara la oposición del padre a la obligación de contribuir a los alimentos, por no ser necesaria, ya que al hijo le fue concedida una indemnización importante, que gestiona la madre, administrando y disponiendo a favor del hijo de la totalidad de los intereses que se generen con motivo del depósito a plazo de la indemnización percibida por el hijo, y que según el art. 145 del indicado Código pertenecen al hijo los frutos y rendimientos de sus bienes y derechos, así como el deber de contribuir equitativamente a los gastos familiares mientras conviva con la familia –art. 146 Código de Familia-.

⁹⁶⁶ El art. 18 CE alude al derecho a la *intimidad familiar*, como algo distinto a la suma de las intimidades personales de los miembros que la forman. A ella se refiere la STS 4 diciembre 2012 (RC 1181/2010), mientras que la STS 22 abril 2013, regula el derecho a la intimidad y a la imagen de un periodista, así como a la intimidad de sus hijos, desligando la intimidad individual de los miembros de la familia de la propia intimidad familiar.

⁹⁶⁷ SSTS 6 abril (Rec. 1309/2015) y 13 abril 2016 (Rec. 1473/2015), 27 junio 2016 (Rec. 1694/2015), 21 julio 2016 (Rec. 2187/2015).

especial y reforzada pero en otras deberá ceder por aplicación del principio de proporcionalidad. En caso de conflicto entre los intereses de igual naturaleza dentro de este entorno, el interés familiar puede servir de elemento adicional para la debida elección del interés más necesitado de protección.

I. 3.3.- El interés de la persona con discapacidad

El interés de la persona con discapacidad presenta matices peculiares respecto del menor y del ausente (incluido el desaparecido). Mientras la ausencia comporta una realidad cuantitativamente insignificante y solo requiere de protección patrimonial; el menor de edad suele tener unos padres o tutores que le protegen y su falta de capacidad intelectual y volitiva es temporal; la persona con discapacidad puede padecer enfermedades o deficiencias persistentes o irreversibles y carecer de familiares con suficientes vínculos afectivos como para asumir tan alto grado de compromiso. Representa el concepto de desamparo⁹⁶⁸ mejor quizá que el menor y el ausente, sin perjuicio de las concretas manifestaciones que pueda adquirir en ámbitos específicos⁹⁶⁹.

La normativa nacional tampoco ayuda a solventar su situación jurídica. Nuestras leyes sustantivas y procesales tratan de proteger a la persona con discapacidad a través de un escaso grupo de medidas de hecho (guarda) o de derecho (patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela, defensor judicial); de carácter temporal (caso del defensor judicial) o con vocación de permanencia (el resto). Y no todas dan lugar a la representación, sino solo la tutela –art. 215.1º y 216 y ss. CC-, la patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada –art. 171 CC- y el defensor judicial -art. 215.3º CC y arts. 27 y ss. LJV-. Pero tanto las

⁹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, pág. 285, asegura que la “representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su gobierno”.

⁹⁶⁹ En este sentido, véase la obra de ANDREU MARTÍNEZ, M^a.B., “Autonomía de la mujer, discapacidad y derechos reproductivos”, en TORRES GARCÍA, T.F., *Construyendo en igualdad. La feminización del Derecho privado. Carmona III*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21 a 36.

normas sustantivas como las procesales basan la protección en la capacidad jurídica de la persona (arts. 200 CC y 760.1 LEC)⁹⁷⁰.

Estos preceptos son el resultado de un proceso global iniciado a mediados del pasado siglo⁹⁷¹. La STS 5 marzo 1947 (JC, 2ª serie, T. XVIII, nº 4) fue la precursora del cambio de tendencia en nuestro país, tratando de adecuar las instituciones de guarda del CC a las necesidades de la vida social de mitad del siglo XX⁹⁷². La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, modificada más tarde por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad (y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad) son, junto con la Ley 41/2002, de 14 noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, los hitos más importantes sobre la materia acaecidos en España durante los últimos años. La Ley 41/2003 introdujo la autotutela (art. 223 CC), los poderes preventivos (art. 1732 CC) y la autoincapacitación (art. 757.1 LEC); mientras que la Ley 41/2002, hizo lo propio con las instrucciones previas, voluntad anticipada o testamento vital⁹⁷³

⁹⁷⁰ Dice el art. 200 CC que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.” A su vez, el art. 760.1 LEC proclama que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.

⁹⁷¹ El Derecho francés introdujo su primera reforma con la Ley 1968-5, de 3 de enero, modificada más tarde por la Ley 2007-308, de 5 de marzo. Conscientes de que la incapacidad puede variar, el Derecho galo creó diferentes técnicas de protección: la representación, que implica la transferencia de poderes a otra persona que materialmente realiza el acto en nombre del incapaz (el tutor); la autorización, que supone un aumento de poderes del incapaz por parte de otra persona que le asiste, su consejero o curador; y el control a *posteriori*, que busca remediar los efectos nocivos de un acto ya realizado por el incapaz, y puede consistir en su reducción o anulación. Las instituciones de protección del incapaz son: la salvaguarda de justicia, la curatela, la tutela y los mandatarios judiciales para la protección de los mayores. Austria hizo lo propio con la Ley 136/1983, de 2 de febrero; Alemania con la Ley de Asistencia de 12 de septiembre de 1990; el Derecho inglés con la *Mental Capacity Act* de 2005; Italia con una ley de 9 de enero de 2004.

⁹⁷² PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas en Derecho español en materia de autotutela...”, págs. 1 a 6. Ya en 1948, a propósito de esta sentencia (STS 5 marzo 1947), DE CASTRO, F., “Incapacitación del imbécil”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, op. cit., en una época donde se empleaban términos como oligofrénicos, imbéciles, dementes, locos borrachos, morfinómanos, derrochadores, pleitistas inadaptados, peligrosos sociales, débiles mentales, dice en la pág. 1563, que “los principios inspiradores del Derecho español, en materia de capacidad, son los de libertad y protección de la persona. Por ello, las declaraciones de incapacidad tienen siempre carácter excepcional”.

⁹⁷³ SERRANO GARCÍA, I., “La voluntad anticipada del incapaz”, en *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Coords. DE LA CUESTA SÁENZ, J.M. y otros, Editorial Aranzadi, 1ª edición,

(traducción del término anglosajón “living will”), “cuya paternidad corresponde a la jurisprudencia norteamericana”⁹⁷⁴.

Con esta normativa el legislador pretende conceder mayor libertad a las personas aquejadas de una falta de capacidad (mayor o menor, temporal o definitiva), como paso previo al alejamiento de la figura de la incapacitación judicial e intervención del juez. El problema es que de este modo infringe la Convención de Naciones sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (publicado en el BOE de 21 abril de 2008), cuyo artículo 12 reconoce personalidad jurídica a las personas con discapacidad y capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”⁹⁷⁵.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su 11º período de sesiones, celebrado entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, remitió al estado español una serie de observaciones acerca del cumplimiento de la referida Convención, diciendo que la capacidad jurídica es un derecho inherente a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Esta capacidad comporta tanto la capacidad legal para ser titular de derechos y ser reconocido como persona jurídica ante la ley, como la legitimación para actuar con respecto a los derechos y al reconocimiento de las acciones por la ley. Es este segundo componente el que se deniega o reduce, basándose en si la persona puede o no entender la naturaleza y consecuencias de la decisión o sopesar la información pertinente; criterio incorrecto, a su juicio, porque se aplica de forma discriminatoria a las personas con discapacidad y presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana. El art. 12 de la Convención no permite negar la capacidad jurídica de forma discriminatoria. Exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.

Pamplona, 2013, pág. 1137, dice que la voluntad anticipada –también llamada “instrucciones previas” por la ley 41/2002-, manifestada con la intención de ser aplicada en el futuro, puede tener eficacia a través del mandato preventivo o dotado de ultractividad, y de la autotutela.

⁹⁷⁴ MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo..., pág. 18.

⁹⁷⁵ El entrecorillado es del doctorando.

A pesar de algunos movimientos operados por el legislador y que el propio comité reconoce⁹⁷⁶, ha emplazado por dos veces al Estado español para que informe acerca de la aplicación de las observaciones finales emitidas por el Comité. La Convención lo que se busca, en definitiva, es acabar con la incapacitación y sustituir el sistema actual por otro de apoyos donde, respetando la plena capacidad del individuo, se le asista allá donde precise. De este modo se pondría fin a la representación legal de la persona con discapacidad y, también, a la posibilidad de extralimitación del representante legal. Esto no quiere decir que acaben los abusos pero, si se elimina, no quedarán sometidos al régimen que nos ocupa. En atención a las categorías jurídicas con las que cuenta el ordenamiento español, la que mejor responde a los principios de la Convención es la curatela⁹⁷⁷ y en ella el curador no asume la condición de legal representante.

Que nuestro país no cumple la Convención de Naciones Unidas de 2006 es un hecho notorio, pero también es cierto que se han producido ciertos movimientos que apuntan en la dirección marcada:

⁹⁷⁶ Véase el sexto período de sesiones, celebrado entre los días 19 a 23 de septiembre de 2011, citando las leyes nº 49/2007, 26 diciembre 2007, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; o la Ley 26/2011, 1 agosto 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ALCAÍN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.A., GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNÁNDEZ, C., *Informe 2011, La protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, elaboran un análisis cualitativo de las reformas e iniciativas que atañen a la discapacidad en los diferentes sectores de nuestro ordenamiento legal, del impacto que la crisis está produciendo en las personas con discapacidad y en sus familias, así como de las políticas sociales que determinan el destino de los fondos europeos sobre fines sociales y de inclusión.

⁹⁷⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, Editorial La Ley, La Ley 1578/2014, Derecho de familia, nº 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014, pág. 6. GARCÍA GARNICA, M.C., y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “Algunos instrumentos de asistencia al discapacitado: la guarda de hecho y los apoderamientos otorgados antes o en atención a la discapacidad”, ID vLex:551819414, pág. 6, opinan que la curatela tampoco es el instrumento más idóneo para proteger al discapacitado”.

1.- Permitiendo que la voluntad de la persona alcance ámbitos anteriormente indisponibles (por ejemplo, en materia de derechos personalísimos⁹⁷⁸) y, en especial, en el campo del Derecho civil y penal⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Según la doctrina, *persona* es todo ser capaz de derechos y obligaciones, mientras que *personalidad* es la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. DE CASTRO, F., "Los llamados derechos de la personalidad", en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, op. cit., págs. 887 y 888, viene a decir que los *derechos de la personalidad* son aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de la personalidad y sus más importantes cualidades. El profesor Martín Ballesteros los clasifica en tres grandes grupos: derecho a la individualidad –nombre, domicilio, estado civil, patrimonio y profesión-, derecho a la existencia física –vida, integridad física y disposición del propio cuerpo- y derechos morales –imagen, secreto, honor, derechos de autor, derechos de familia en sus relaciones personales, los recuerdos familiares, los sepulcros y libertades públicas-. Ese poder se manifiesta a través de una doble vertiente: la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones –capacidad jurídica- y la aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos –capacidad de obrar-. La incapacidad es una restricción de la capacidad de obrar basada en circunstancias subjetivas que obliga a la Ley a retardar o suspender, temporalmente o por tiempo ilimitado, la aptitud para realizar actos jurídicos remediando, mientras tanto, con instituciones o medios supletorios, como la patria potestad y la tutela. Cuando el presunto incapaz es declarado judicialmente incapacitado –art. 199 CC-, queda privado de su capacidad de obrar, asumiendo la representación legal el progenitor o progenitores titulares de la patria potestad o el tutor, pero mantiene su capacidad jurídica. En opinión de LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. Segundo...*, pág. 130, el goce de los más importantes derechos de la personalidad no requiere ninguna capacidad de obrar, por lo que se ha cuestionado si la distinción entre capacidad jurídica y de obrar es pertinente en este campo. Recuerda que el art. 49 CE reconoce a los disminuidos psíquicos –sin distinciones- los derechos que el Título primero de la misma ofrece a todos los ciudadanos y la Ley 1/1996 permite ejercer a los menores por sí solos los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4º), información (art. 5º), libertad de ideología, conciencia y religión (art. 6º) y asociación (art. 7º). También considera incorrecta la disyuntiva entre actuación por sí solo y representación, ya que el art. 162.1º CC solo determina qué actos están excluidos de la representación, pero pueden exigir asistencia o intervención de autoridad externa a la familia.

⁹⁷⁹ En el Derecho penal, con el auxilio al suicidio –art. 143.4- y el consentimiento en las lesiones –art. 156, ambos del CP-. En el Derecho civil, con la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuyo art. 4.a) y d) prohíbe la extracción de órganos de donantes vivos cuando el donante sea menor de edad o padezca algún tipo de deficiencia psíquica, enfermedad mental o cualquier otra causa que le impida otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente, mientras que el art. 6.c) permite que el consentimiento para la recepción del órgano se efectúe por los representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad⁹⁷⁹. Y algo similar ocurre con la Ley 41/2002, de 14 noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, cuyo art. 11 dispone que las instrucciones previas –o voluntad anticipada-, es un documento por el que "una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente... o una vez llegado el fallecimiento... El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo... para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas."⁹⁷⁹ Ejemplos todos ellos de disponibilidad en algo tan personal como las decisiones que afectan a la salud o a la propia vida del representado. Sin embargo, dice ANDREU MARTÍNEZ, M^a.B., "Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinadores GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 73 a 130, que con la atribución automática al representante legal de decisiones que afectan al ámbito de la salud del incapacitado judicialmente, la Ley de autonomía del paciente no respeta los apoyos y salvaguardas previstos en la Convención de Nueva York, sino que opta por la vía de la intervención sustitutiva, a pesar de las modificaciones introducidas

2.- Con el cambio de terminología empleado⁹⁸⁰.

3.- Con la admisibilidad de la representación en el Derecho de la persona y de la familia. No quiere esto decir que haya pasado de ser la excepción a la regla general pero sí que existe mayor permisibilidad jurisprudencial.

4.- Con la tendencia, cada vez mayor, a preservar el interés de la persona con discapacidad⁹⁸¹.

Esta evolución se observa en algunas sentencias concretas, donde se pasa de la protección generalizada del interés del “incapacitado” y emplean conceptos de forma confusa⁹⁸², a otras más recientes que buscan defender el interés de la persona con discapacidad mediante el respeto a su capacidad jurídica⁹⁸³.

por leyes como la 26/2011 y el Real Decreto 1276/2011. En el mismo sentido se expresa esta autora en su obra “Consentimiento por sustitución”, en *Derecho y salud: estudios de Bioderecho (comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, coordinadores Belén ANDREU MARTÍNEZ y Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS; director, José Ramón SALCEDO HERNÁNDEZ, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 143 a 183.

⁹⁸⁰ Se sustituye la terminología tradicional por otra más respetuosa con los derechos de las personas con discapacidad. La nueva LJV dedica su capítulo VI del Título II a “la protección del patrimonio de las personas con discapacidad” y en los capítulos VII y VIII del Título II, y en la Sección 3ª del Capítulo II, Título III, ya no habla de incapaz sino de “persona con capacidad modificada judicialmente”. Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, en su artículo 5º alude al “incapaz no incapacitado”, es decir, aquella persona carente de entendimiento y voluntad para gobernarse autónomamente pero sobre la que no pesa resolución judicial de incapacitación.

⁹⁸¹ Preservar su interés no significa aislarle del mundo jurídico sino reconocer los derechos de la persona con discapacidad y establecer un sistema de apoyos necesarios para que pueda colaborar en su ejercicio hasta donde su verdadera capacidad jurídica permita. En este sentido, véase la obra de ALCÁIN MARTÍNEZ, E., “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, director Luis Cayo PÉREZ BUENO, Editorial Aranzadi, 2009, págs. 525 a 546.

⁹⁸² Recuerda la STS 29 abril 2009 (Rec. 1259/2006) que la incapacitación es solo una forma de protección de la persona afectada, no un sistema de protección de la familia; de modo que por encima de los intereses que puedan afectar al colectivo, prevalece –a priori– la defensa de quien se haya en situación de especial vulnerabilidad. Esta sentencia es precisamente la controvertida resolución que niega la contradicción entre el ordenamiento interno y el art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006. Otras SSTs sobre protección del incapaz son las de 30 mayo 2012 (Rec. 1132/2011) –en este caso se trata de un hijo incapacitado al que se ha rehabilitado la patria potestad–; 17 julio 2012 (Rec. 1362/2011) –también alude al incapacitado–; 24 junio 2013 (Rec. 1220/2012) –habla de discapaz–; 30 junio 2014 (Rec. 1405/2013) –incapacitación–.

⁹⁸³ La sentencia de 3 junio 2016 (Rec. 2367/2015), remitiéndose a otra anterior, dice: “para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la

En el ámbito concreto del derecho de representación, que es donde puede producirse la extralimitación, el rechazo a la figura del representante legal ha producido ciertos inconvenientes a los que la jurisprudencia ha tenido que dar una respuesta. Muy comunes son los actos jurídicos válidamente celebrados por el sujeto que, una vez incapacitado, le comprometen para el futuro⁹⁸⁴. Véase el caso de quien contrajo matrimonio y su estado no le permite divorciarse, por tratarse de un acto tan personalísimo como el de contraer matrimonio. Quizá la importancia sea mayor que los impedimentos que afectan al menor, pues mientras una situación es temporal la otra suele ser definitiva. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de febrero de 1999 (Rec. 1469/1998), comprendió lo injusto del caso y trató de corregirlo, fundamentándolo del siguiente modo: “existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor por estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentación (art. 663.2 CC)... la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar... Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio... No puede entenderse que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el art. 32.1 en relación con el art. 14, ambos de la CE. Tiene declarado con reiteración el TC que no toda desigualdad de trato respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo aquellas

graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015)”. Cuando la Fiscalía ante el TC demanda garantizar el derecho de representación y defensa del interno, postura recogida en la STC 22/2016, de 15 de febrero, dice: “la importancia de este derecho radica en que la persona se encuentra afectada por una limitación o restricción de su derecho a la libertad personal, pero además en un estado de especial dificultad para ejercer su autodefensa, precisamente por su estado de trastorno psíquico y su situación de internamiento”.

⁹⁸⁴ Mientras se mantenga la actual legislación debemos utilizar los términos jurídicos que emplea la Ley, porque las situaciones planteadas derivan justamente de ellos. Como dijimos *ut supra*, pág. 402, si cambia la normativa muy probablemente cambiarán los problemas que planteamos y si se adapta la norma española a los postulados de la Convención de 2006, desaparecerán como casos de extralimitación en la representación, aunque subsista la extralimitación o el abuso en el ejercicio del cargo.

desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello... (TC S 90/1995 de 9 Jun.). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio.”

Más tarde, el TS dictó una sentencia en interés casacional⁹⁸⁵, acorde con el “planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz”, contenido en la STC 311/2000, de 18 diciembre 2000 (Rec. Amparo 1158/1998). El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva del incapaz, algo que no se conseguiría negando legitimación al tutor para entablar, en nombre del incapaz, una acción de separación matrimonial. Una interpretación impeditiva, además de desproporcionada por su rigor, “no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de tutela”, creando una situación de desigualdad entre los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, con afectación de los derechos contenidos en los artículos 32.1 y 49 de la CE. Un voto particular del ponente, don Vicente Conde Martín de Hijas, va más allá, superando en su argumentación la tradicional distinción entre derechos personales y personalísimos, y dice que negar la tutor legitimación para el ejercicio de la acción “no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC.”

Lo más importante de la referida sentencia constitucional es que centró la atención en el interés del incapacitado, pero al ser en un momento en el que la regulación de la separación y el divorcio contenidos en el CC era causal, exigió que fuera actualizada en su fundamentación por la mencionada STS de 21

⁹⁸⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 septiembre 2011 (La Ley 254633/2011)], tras las sentencias de 26 mayo 1982 (Roj: STS 18/1982; ECLI:ES:TS:1982:18) y 27 febrero 1999 (La Ley 3711/1999).

septiembre 2011, en la que, entre otras, llega a la conclusión de que el derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271.6 CC, siempre con autorización judicial. “Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación⁹⁸⁶”.

A nivel legislativo, la referida sentencia está en consonancia con la regulación normativa de los países de nuestro entorno. El Código Civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, pero sí la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en casos de divorcio contencioso –art. 249-, solo si ha obtenido autorización del consejo de familia, previo el informe médico. En Alemania, el párrafo 8, nº 1 de la *Familienverfahrgesetz*, establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero si es mentalmente incapaz debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas. En Italia no hay previsión sobre esta posibilidad.

En España, la ley de divorcio de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar la acción de separación por los incapacitados, con autorización del Consejo de familia -art. 40-. No se especificaba nada en relación al divorcio pero el art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran “menores, ausentes o incapaces”. Tampoco dice nada al respecto

⁹⁸⁶ “Esta solución –continúa diciendo- no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC)”. De este modo, el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por aplicación del artículo 216.1 CC –las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial-, y debe obedecer a los intereses del incapaz. La intervención procesal del Ministerio Fiscal en los procesos de familia en los que son parte menores e incapaces garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

nuestro Código civil pero, con base en el art. 96.1 CE⁹⁸⁷, la Convención de Nueva York de 2006 se ha integrado en nuestro ordenamiento interno desde que fue ratificada y publicada en España. El art. 12.3 obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad, prestando el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como a asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás (art. 13.1).

En consonancia con todo lo expuesto, nuestros tribunales han dado mayor cobertura que el legislador a la referida convención, garantizando el derecho de defensa de la persona con discapacidad a través de diversas vías: admitiendo la presentación de demandas de separación y divorcio por parte de tutores de incapacitados⁹⁸⁸, recabando el consentimiento de la persona aquejada de una causa de incapacidad⁹⁸⁹, etc.

⁹⁸⁷ Art. 96.1 CE, primera parte: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

⁹⁸⁸ Sirvan de ejemplo la SAP de Cáceres, Sección 1ª, 25 noviembre 2004 (Rec. 555/2004); la SAP de Álava, Sección 1ª, 5 junio 2008 (Rec. 31/2008); la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 20 abril 2009 (Rec. 607/2008); o la SAP Murcia, Sección 4ª, 15 abril 2010 (Rec. 326/2009).

⁹⁸⁹ Recientemente se ha dictado la STC, Sala 2ª, nº 22/2016, de 15 de febrero (Rec. Amparo 3689/2014), a propósito del ejercicio del derecho de defensa de una persona internada por razón de trastorno psíquico. El argumento ofrecido por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en el rollo de apelación nº 216-2014, auto de 30 de abril de 2014, por el que confirmaba la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Telde, de 17 de junio de 2013, era que no se había producido la infracción de ninguna regla sustancial del procedimiento susceptible de causar una indefensión con “consecuencias prácticas”, esto es, de ocasionar “un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella” –a decir del Alto Tribunal-, que el fiscal ante el TC trata de corregir formalizando demanda de amparo, por considerar que esta materia tiene “un marcado interés público e importancia social”, como ha asentado el TC en la sentencia 141/2012, de 2 de julio (Rec. Amparo 5070/2009). Las razones jurídicas que el TC ofrece para admitir la legitimación del Ministerio Público y estimar el amparo solicitado se basan en el art. 749.1 LEC, que el tribunal interpreta –ya que su redacción literal es otra-, en el sentido de que el “Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada” (FJ 2). En ella arguye que el derecho a la asistencia jurídica es irrenunciable para su titular, por lo que el juez debe dirigirse al afectado, sin que recaiga sobre él la iniciativa de su designación, y si es en la modalidad de internamiento urgente, dentro del plazo de 72 horas, al ser improrrogable. De modo que si el interesado no manifiesta nada al respecto o el plazo no se puede cumplir –porque materialmente no hay tiempo para la designación de profesionales-, el propio Ministerio Fiscal deberá ejercer la representación y defensa, salvo que haya sido el promotor de la medida, en cuyo caso habría que nombrar defensor judicial. Vemos, por tanto, que el TC hace prevalecer el *interés del discapacitado* en base al *interés social* que suscita la materia.

Aunque mientras no se adapten debidamente nuestras leyes a las reglas de la Convención y se aborde esta materia de forma global (multidisciplinar) y específica, seguirán produciéndose situaciones injustas o, cuanto menos, curiosas. Veamos un ejemplo: un matrimonio formado entre español y extranjera decide poner fin al vínculo matrimonial a través de un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. El marido está incapacitado; la esposa es capaz pero reside en el extranjero. El artículo 777.3 LEC exige ratificación por separado de los cónyuges. La señora debería cumplimentar el trámite por medio de comisión rogatoria internacional pues, tratándose de un derecho personalísimo, tendría vetada la posibilidad de hacerlo por medio de otro. El tercero, como mero transmisor de la voluntad ajena, sería considerado *nuntius* pero, a diferencia de lo previsto en el artículo 55 CC, carecería de legitimación por falta de amparo legal. El cónyuge español, residente en España y judicialmente incapacitado tras la interposición de la demanda de divorcio, podría actuar a través de representante legal para cumplir el mismo trámite, gracias al cambio de rumbo operado por el TC y el TS. Es decir, con anterioridad ninguno de los dos podía divorciarse a través de representante. Ahora sí, atendiendo exclusivamente a la capacidad de los contrayentes y no a la lógica de los hechos, lo que, a pesar del adelanto, sigue siendo una medida insuficiente. No parece razonable que una persona pueda contraer matrimonio por poderes –con independencia del *nomen iuris* que utilicemos para describir esta situación- y se le niegue la posibilidad no ya de divorciarse por poderes –que sería el acto contrario y de igual relevancia jurídica- sino ratificar en la oficina judicial a través de tercero una demanda de mutuo acuerdo que firmó por sí mismo. Además de ilógico contraía el principio general del derecho *qui potest plus, potest minus o a maiori ad minus*. En este escenario algunos autores reclaman un estatuto propio para la persona con discapacidad intelectual⁹⁹⁰.

I. 4.- El control de la extralimitación. Peligros

⁹⁹⁰ DE SALAS MURILLO, S., “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, ADC, Fascículo 2, año 2010. En esta obra su autora analiza la valoración de la capacidad desde distintos ámbitos: judicial –jueces del orden civil, penal y social-, notarial, administrativo y médico, interrelacionando los conceptos de capacidad –civil, laboral y fiscal-, discapacidad, minusvalía y dependencia.

El representado voluntario tiene capacidad plena para comprender y querer y, salvo en determinados casos de representaciones técnicas⁹⁹¹, está en igualdad de condiciones para controlar la labor del representante, pudiendo exigirle rendición de cuentas, revocar el poder, etc. El representado legal carece de plena capacidad, de hecho (desaparecido o ausente) o de derecho (menor, incapacitado), para asumir este papel y depende de la actuación de otros.

El representante legal puede cometer extralimitación en dos momentos: con carácter previo, arrogándose la plena representación sin la preceptiva autorización; y con posterioridad, infringiendo los términos de lo autorizado. Actúa en nombre y, en teoría, también en interés del representado. El primer aspecto es fácilmente verificable, no así el segundo. Constreñir en exceso su papel puede redundar negativamente sobre el interés encomendado, pero una excesiva libertad puede llevar también a consecuencias negativas. De ahí que la labor de control externa, objetiva e imparcial, sea determinante en la detección de la extralimitación y en la aplicación de sus consecuencias.

Todo avance en esta materia puede ser útil pero, sin duda, puede encerrar graves inconvenientes. Así, por ejemplo, permitir el divorcio a través de representante puede ser beneficioso tanto para la persona con discapacidad como para el cónyuge, pero en función de quién sea el representante legal y el modo en que ejerza su cargo van a depender las consecuencias patrimoniales en el reparto de los bienes gananciales.

El hecho de que el acto representativo pase el filtro de la autorización no impide que pueda cometerse extralimitación y los mecanismos de control que ofrece el ordenamiento jurídico no ofrecen las debidas cotas de seguridad. El volumen de trabajo y los escasos medios con los que cuentan Juzgados y Fiscalías son

⁹⁹¹ Nos referimos aquí a las representaciones ligadas a conocimientos técnicos del representante, que dificultan el control debido por el representado, no a la representación del procurador en los términos expresados por el art. 1 del RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

insuficientes para ejercer eficazmente la labor que en este punto tienen encomendada. En muchos casos dependen de la actividad privada de los particulares quienes, en este punto, están constreñidos por la legitimación para instarlo: la LJV solo dice en materia de representación legal que “la aprobación judicial (de las cuentas presentadas por el tutor –o curador-) no impedirá el ejercicio de acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor (o curador) y tutelado (o sujeto a curatela) o a sus causahabientes por razón de la tutela (o curatela), art. 51.5; en lo demás, parte de la presentación de las cuentas por el representante legal en virtud de la obligación a la que queda sometido por la norma sustantiva. Este régimen es de aplicación al defensor judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 32 LJV.

El CC solo recoge la obligación de los padres de presentar cuentas a instancia de sus hijos (art. 168 CC), obligación que también pesa sobre el tutor según lo dispuesto en el art. 279 CC (que podría aplicarse al representante del ausente con base en el art. 185, último párrafo, CC) y sobre el defensor judicial (arts. 299 bis y 302 CC) por ministerio de la Ley. Pero no dice el código las consecuencias del incumplimiento, que entendemos que deberán regirse por las reglas generales de los arts. 1101 a 1104 CC, ni tampoco quién está legitimado para hacerlo (salvo el art. 168) en caso de que no lo haga voluntariamente el representante legal.

Teniendo en cuenta que el control puede ser previo (por ejemplo, a través de la adopción de medidas cautelares) o posterior (en el curso de la representación legal o a su conclusión), la LEC restringe la solicitud de medidas al órgano judicial (art. 762.1) y al Ministerio Fiscal (art. 762.2). Para el primero es obligado adoptarlas, aunque solo las que “estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”. Para el segundo, tienen carácter facultativo. De modo que la única forma que tiene el particular de ejercer el control es a través de la autoridad judicial o fiscal. Nada dice, en cambio, de lo que sucede tras el dictado de la sentencia o resolución que ponga fin al proceso.

Solo la guarda de hecho otorga legitimación a “cualquiera que tenga un interés legítimo”, art. 52 LJV, (aparte del Ministerio Fiscal y del sometido a la guarda), aunque esta figura no da lugar a la representación legal.

Por último, el control puede ejercerse por el tercero en dos momentos: antes de la aprobación por el propio interesado⁹⁹², a través de lo que el código denomina “revocación por el tercero”; o con posterioridad, de acuerdo con las reglas generales sobre vicios del consentimiento, vicios ocultos, incumplimiento contractual, mora, etc., derivados ya de un negocio perfecto, válido y eficaz.

En este aspecto se echa en falta la labor especializada de ciertos profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, administradores judiciales, etc.) que asesoren y mantengan vivo el procedimiento durante toda su vida útil, es decir, hasta que el representante legal cumpla la función para la que fue designado, haciendo un seguimiento efectivo de las autorizaciones. No como fórmula de desconfianza sino como instrumento garantista que no convierta los controles legales posteriores en papel mojado.

I. 5.- El conflicto de intereses en la representación legal

Como dijimos *ut supra*, punto III.3.1, el abuso de poder y la extralimitación se asemejan en la lesión del interés del *dominus* y se diferencian por el respeto o infracción de los límites formales del poder. Frente al principal, igual de deslegitimado actúa quien se extralimita que quien abusa, pero la distinción es importante frente al tercero, que desconoce el interés del principal. La apariencia de legitimidad influye en la buena fe del tercero.

⁹⁹² Menor que alcanza la mayoría de edad, incapacitado que recupera la capacidad, ausente que reaparece.

Si en la práctica no siempre es fácil distinguir entre abuso y extralimitación a propósito de la representación voluntaria, en la legal esta posibilidad se complica todavía más: se confunden y la contravención de unos y de otros se califica como “extralimitación”. Así se pone de manifiesto por algún autor, para quien la idea de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio del menor –art. 154, segundo párrafo CC-, tiene un carácter relativo y netamente subjetivo, de modo que la eventual responsabilidad que en estos pudiera desatarse por razón del acto realizado, si éste hubiese resultado perjudicial para el menor, únicamente puede juzgarse en función del talante subjetivo que hubiera rodeado el acto y no por razón del resultado producido. Así si los padres hubieran obrado de buena fe aunque el acto hubiera sido desventajoso para el menor difícilmente generará algún tipo de responsabilidad, pero si no actuó con buena fe, como la nota del beneficio del menor viene a delimitar el ámbito de representación de los padres, existirá indefectiblemente un supuesto de extralimitación⁹⁹³. Considera extralimitación todo acto desventajoso para el menor realizado por los progenitores que actúan de mala fe, sin atender el ámbito de legitimación de su actuación como representante (los actos excluidos de la representación generan inexistencia de representación, no extralimitación) ni al traspaso de los límites formales de su poder (que marcarían la diferencia entre abuso y extralimitación).

Y a la misma conclusión, aunque con diferentes argumentos, llega la RDGRN 18 diciembre 2002 (BOE nº 32, 6 febrero 2003), cuando ve conflicto de intereses en la extralimitación por parte de los autores de un cuaderno particional a propósito de una herencia en la que concurren un tutor en nombre propio y en representación de un hijo incapacitado al que se había prorrogado la patria potestad, por entender que un perjuicio en la formación de lotes excede la función del autor del cuaderno⁹⁹⁴. Quien hace la partición es el contador que,

⁹⁹³ URIBE SORRIBES, A., “La representación de los hijos. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de abril de 1982”. ID vLex: 233223, pág. 6.

⁹⁹⁴ El Registrador suspendió la inscripción de la escritura de herencia por existir contradicción de intereses, habiéndose omitido el necesario nombramiento de un defensor judicial –art. 299.1 CC- y la aprobación judicial posterior de la partición, si el juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento –art. 1060, segundo párrafo, CC-. La Dirección General resolvió recordando que ese centro directivo viene aceptando criterios de flexibilidad que permiten eludir la necesidad

como dijimos, no es representante legal (por lo que no cabe extralimitación de una representación de la que carece), mientras que el conflicto de intereses en que incurre el padre con el hijo es un supuesto de inexistencia de representación, por aplicación del art. 162.2º CC en relación con el art.171 CC.

El carácter tuitivo en que se basa la representación legal, pensada para salvaguardar el superior interés del más necesitado, hace que cualquier acto que se exceda de su cometido sea visto como un ataque directo al propio interés, rompiendo así el esquema propio de la representación voluntaria. Pero ¿es una postura adecuada? Pensemos el caso de un tutor que en el año 2010 necesita vender un bien inmueble de su pupilo para prestarle la debida asistencia personal. Encuentra comprador, solicita la autorización judicial para la enajenación, que finalmente se concede, pero en vez de acudir a la venta en subasta pública decide saltarse este trámite y perfeccionar el contrato directamente. Para obtener la autorización el tutor deberá interponer la solicitud, que se reparta, minuta del escrito, comparecencia para dar audiencia a las partes, informe fiscal –que a pesar de verse obligado a acudir a dicha comparecencia, en la práctica no lo hace por falta de efectivos, y así consta en las instrucciones y circulares internas del cuerpo-, y finalmente resolución aprobatoria. Posteriormente, la venta en subasta pública exige la presentación de la certificación de dominio y cargas que expide el registrador de la propiedad, el avalúo de los bienes por perito, la comunicación a titulares de cargas anteriores para que manifiesten si subsisten o en qué cuantía, la liquidación de cargas, el acto de subasta y el decreto de adjudicación. No olvidemos que cuando el tutor acude al juzgado ya ha encontrado adquirente y la tardanza de este proceso puede implicar su pérdida.

de intervención de un defensor judicial cuando las peculiaridades de cada caso permitan concluir que no se da la exigencia legal que la impone, insistiendo en que no hay conflicto de intereses cuando los intereses son iguales. Aunque en el caso examinado llega a la conclusión de que los autores del cuaderno particional se exceden en el ejercicio de las funciones que como contadores-partidores ostentan y forman lotes sin observar la mínima igualdad entre ellos que impone el art. 1061 CC, lo que excede del acto meramente particional para incidir en los actos dispositivos, que no entran en sus funciones, al igual que no les compete la conmutación de los derechos usufructuarios que por legítima corresponden al cónyuge viudo [art. 839 CC y STS 24 noviembre 1960 (Roj: STS 82/1960; ECLI:ES:TS:1960:82)].

Si el tutor vende directamente, sin necesidad de acudir a la subasta, se habrá extralimitado en el ejercicio de sus funciones, pero no por ello actuará en contra del interés del pupilo. Antes al contrario, la moderación de un trámite impuesto por los arts. 2011 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, mantenido en vigor por la Disposición Derogatoria Única de la actual LEC, beneficia al pupilo.

Este desajuste entre la realidad jurídica y la realidad social ha llevado al legislador a limitar la obligatoriedad de venta en subasta pública –art. 65.2 LJV⁹⁹⁵–, sin que por ello se vea afectado el interés del pupilo, con la diferencia de que con arreglo a la anterior legislación la actuación del tutor que vendía directamente era extralimitada y ahora no tiene por qué serlo.

La autorización, aun entendida como complemento del poder, es tan solo un medio de control. No sustituye la voluntad del representante sino que cumple una finalidad garantista, controlando su actuación en los asuntos de mayor trascendencia personal o patrimonial para el representado⁹⁹⁶. Lo que era necesario o útil seguirá siéndolo con autorización o sin ella. Quizá hayan sido razones de urgencia las que han movido al representante a actuar sin la preceptiva autorización y con el fin de salvaguardar el superior interés del representado, ante la perspectiva de perder un negocio jurídico. Con autorización o sin ella, si el negocio era necesario y útil, seguirá siéndolo y, en caso contrario, ni lo fue entonces ni lo es ahora. Además, la necesidad de autorización es tan solo una medida de política legislativa perfectamente mutable en el tiempo, en atención a la sensibilidad o a las preferencias de cada legislador.

⁹⁹⁵ El art. 65.2 LJV mantiene la venta en subasta pública pero introduce como importante novedad el hecho de que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o por entidad especializada, sin necesidad de subasta y el juez así lo autorice. No elimina plenamente el requisito de la subasta, aunque de *facto* sí que lo hace en el caso que planteamos: el de un representante legal que ha encontrado comprador y desea vender a una persona determinada. Por otro lado elimina la exclusión que el art. 2015, segundo párrafo, LEC 1881, establecía para los padres, ya que el peligro de conflicto de intereses también puede darse en ellos.

⁹⁹⁶ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Comentario de los artículos 164 a 168 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 300, habla de “supervisar”. GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario del artículo 271 del Código Civil” en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, op. cit., pág. 798.

Téngase en cuenta que la LEC 1881 estuvo en vigor durante más de un siglo, hasta que fue sustituida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, un año después de su publicación. La Disposición Final 18ª de la nueva ley previó la creación de un proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en el plazo de un año a contar desde la fecha de la entrada en vigor de la nueva LEC y no ha sido hasta el 23 de julio de 2015 cuando ha entrado en vigor la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, haciendo efectivo el cambio apuntado. En realidad la forma de venta nunca ha afectado al interés del pupilo, ya que el parámetro que preserva su interés se basaba en el control previo por el que se concedía la autorización. Ahora, cuando la autorización no es preceptiva, se sustituye dicho control anticipado por otro posterior, que obliga al tutor a presentar cuentas de su gestión –art. 279 CC-, y se admite el ejercicio de acciones entre tutor y tutelado o sus causahabientes –art. 285 CC-. Es decir, que si bien la extralimitación en el ámbito de la representación legal viene marcada por la norma, que dicta lo que está legitimado a hacer el representante legal y lo que no, el interés real que la ley trata de preservar puede ser ajeno a ella –de hecho muchas veces lo es-. El interés es inmutable porque responde a la condición humana mientras que los límites en la actuación del representante dependen de convenciones sociales que tienen reflejo en la norma y cuyo desajuste suele tardar años en ser corregido por el legislador.

Cuestión distinta es la relación entre límites e instrucciones, defendida en el ámbito de la representación voluntaria y que no puede sostenerse en el ámbito de la legal. Como dice Serna Meroño, al carecer de relevancia la voluntad del representado en la representación legal, éste no puede determinar cómo debe ser la actuación del representante, dándole instrucciones a las que éste debe someterse; por ello, cuando se alude en estos casos a extralimitación de poderes o abuso por parte del representante legal, se está haciendo referencia a la extensión de las funciones que la ley le atribuye⁹⁹⁷.

⁹⁹⁷ SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil...”, pág. 545.

El representante legal que se extralimita actúa contraviniendo la ley⁹⁹⁸.

I. 6.- Régimen jurídico de los actos realizados por los representantes legales infringiendo el requisito de la autorización

Son varios los preceptos de nuestro ordenamiento que prescriben la necesidad de autorización legal. El CC exige el requisito de la autorización previa en los arts. 166 (patria potestad), 186 (ausencia) y 271 (tutela). El primero de ellos, cuando concurren causas de utilidad o necesidad; el segundo, exigiendo que la necesidad o utilidad sea “evidente”; y el tercero, para actos adicionales pero sin la exigencia de la utilidad o necesidad.

El art. 65, en relación con los arts. 61 y ss. LJV, también requiere autorización (o aprobación) para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes o derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o al patrimonio protegido de su titular, siempre que concurren causas de necesidad, utilidad o conveniencia.

Dentro de este marco jurídico, en las siguientes páginas abordaremos el tema de la actuación del representante legal sin la debida autorización: si constituye o no actuación extralimitada, si debe ser previa o admite aprobación posterior, si la “utilidad o necesidad” aludida en los arts. 166 y 186 CC o la “conveniencia” añadida por el art. 63.1 LJV integran el requisito o deben ser tratadas de forma autónoma y, por último, las consecuencias legales derivadas de su falta.

I. 6.1.- La autorización y la aprobación

I. 6.1.1.- Introducción

⁹⁹⁸ MONTÉS PENADÉS, V.L., La representación..., pág. 5.

Decíamos a propósito del poder que, para la doctrina, autorización es la concesión de una facultad de obrar en la esfera jurídica ajena, en interés del titular de esa esfera, que nace de una declaración unilateral de voluntad⁹⁹⁹. Puesta la definición en relación con el art. 1259 CC, podemos extraer dos consecuencias en el ámbito de los negocios representativos:

Primera.- Que debe nacer de la voluntad privada, ya que el precepto exige que parta de “éste”, es decir, del particular a cuyo nombre se contrata.

Segunda.- Debe ser previa al negocio, porque la Ley proscribiera de entrada inmiscuirse en los asuntos ajenos.

En sede de representación legal, los arts. 166, 186 y 271 CC y los arts. 61 y ss. LJV también exigen autorización para determinados actos de especial trascendencia o repercusión en la esfera personal o patrimonial del representado. El art. 166 CC indica, además, que esa autorización ha de ser previa al acto del representante¹⁰⁰⁰.

La mayor parte de la doctrina defiende que la autorización ha de ser previa a la realización del acto por tres tipos de motivos:

- Es cuando el juez dispone de las máximas garantías de objetividad e independencia a la hora de ponderar la conveniencia o utilidad del acto, obviando la “indudable presión que, en muchos casos, puede derivar de las circunstancias de un negocio consumado”¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, págs. 129 y 130.

¹⁰⁰⁰ La expresión “autorización previa” es una tautología porque, por definición, solo cabe autorizar lo que aún no está permitido. Quizá con ella el legislador quiera reforzar la idea del momento en que debe concurrir.

¹⁰⁰¹ GUILARTE ZAPATERO, V., “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I)”, *Actualidad Civil*, nº 3, 1992, pág. 470.

- De admitirse a *posteriori* se convertiría en aprobación y su denegación supondría deshacer los efectos que se hubieran producido¹⁰⁰².
- Apelando a la literalidad de la norma y al carácter unánime de la jurisprudencia¹⁰⁰³.

En nuestra opinión estas razones carecen de suficiente peso para rechazar la aprobación como mecanismo legitimador:

- La mayor o menor libertad del juzgador presupone admitir una presión obstaculizadora que en realidad no existe o, mejor dicho, que es consustancial a su función. No es mayor ni menor *per se* que aquella a la que queda sometido en su quehacer cotidiano al frente de Juzgados y Tribunales en el orden civil y, en todo caso, cualitativamente inferior a la sufrida en otros órdenes jurisdiccionales, como el penal. La objetividad e independencia vienen reconocidas e impuestas al juez por los arts. 117.1 CE y por el Título II del Libro IV LOPJ.
- La reversión de los efectos del acto consumado es una posibilidad legalmente admisible y relativamente frecuente en el ámbito civil (véanse las medidas cautelares o la ejecución provisional en el campo del Derecho procesal civil).
- La literalidad de la norma no es criterio muy fiable en una materia como la que nos ocupa donde, por ejemplo, el art. 1259 CC emplea términos

¹⁰⁰² AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al artículo 271 del Código Civil...”, págs. 541 a 543. LEGERÉN MOLINA, A., “Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano”, ID vLex: 570724562, págs. 1345 y 1346; LLAMAS POMBO, E., *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Primera edición, Editorial Trivium, Madrid, 1993, págs. 119-120.

¹⁰⁰³ LLAMAS POMBO, E., *ut supra*. GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, Tomo XXVI, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1959, pág. 437, tacha de corruptela la autorización posterior. En el mismo sentido se pronuncia ORDÁS ALONSO, M., “Comentario de los artículos 259 a 275 del Código Civil”..., pág. 426.

como nulidad y revocación, duramente criticados y cuestionados por la doctrina.

- La unanimidad jurisprudencial, que no es tal, resulta mutable. Y los inconvenientes de la revocación, ni son privativos de este campo ni ajenos a los restantes tipos de ineficacia sobrevenida. Destacando, por otro lado, que este tipo de interpretaciones pierden de vista el fin último al que aspira la representación legal.

Por el contrario, la aprobación opera a *posteriori*¹⁰⁰⁴, una vez realizado el acto o negocio jurídico (art. 272 CC y arts. 61 y ss. LJV). Su significación jurídica dependerá de la concepción del mecanismo representativo y la función que cada elemento posee en el ensamblaje. De momento podemos apuntar dos notas:

- Que, a diferencia de la autorización, no es anterior sino posterior al negocio.
- Que existe un cierto paralelismo entre autorización previa/aprobación posterior y negocio de apoderamiento/ratificación.

I. 6.1.2.- Naturaleza jurídica

I. 6.1.2.A) La autorización

Vista desde la óptica de la representación, podemos afirmar que existen dos tipos de autorizaciones en el campo del Derecho privado: aquellas que conceden una facultad de la que se carece y las que tratan de remover un obstáculo legal.

¹⁰⁰⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a, “Comentarios de los artículos 142 a 180 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo III, Volumen segundo*, EDERSA, Madrid, 1978, art. 166, pág. 567, confunde los términos *autorización* y *aprobación* judicial.

El primer grupo estaría formado por las autorizaciones propias del Derecho privado puro, entendidas como declaraciones o actos, expresos o tácitos, que recogen la voluntad del titular de un derecho. Es decir, apoderamientos voluntarios que tratan de satisfacer intereses privados. Es el caso de los arts. arts. 1162 o 1259 CC.

El segundo grupo habría que buscarlo en el campo del Derecho privado de orden público, aquél donde concurren intereses privados y públicos. Véanse los Derechos de la persona -arts. 20.2.a), 21.3 segundo párrafo, 158.3º a) y c), 166, 186, 271 o 272 CC-, Derecho de sucesiones -art. 1001 CC- y Derecho de familia -antigua autorización o licencia marital contenida en los arts. 1387 o 1416, o licencia judicial del art. 1444, en la redacción original del CC¹⁰⁰⁵-.

¹⁰⁰⁵ Art. 1387: "La mujer no puede, sin licencia del marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos que sea judicialmente habilitada al efecto". Art. 1416: "La mujer no podrá obligar bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. Se exceptúan de esta regla los casos previstos en el art. 1362 y en los arts. 1441 y 1442". Art. 1444: "La mujer no podrá enajenar o gravar, durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido. La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia o necesidad de la enajenación. Cuando ésta se refiera a valores públicos o créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave o inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de Agente o Corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto hasta que recaiga la aprobación del Juez o Tribunal competente. El Agente o Corredor responderán siempre personalmente de que se haga la consignación o depósito a que se refiere el párrafo anterior". Desaparecida la necesidad de licencia marital o judicial, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., "Efectos personales del matrimonio...", págs. 17 y ss., analiza la injerencia de un cónyuge sin poder en los asuntos privativos del otro cónyuge.

Desde esta perspectiva, la autorización judicial en el campo de la representación legal puede ser entendida como un requisito esencial del elemento interno¹⁰⁰⁶ o como un medio de control público en la defensa de intereses privados¹⁰⁰⁷:

- La autorización como elemento esencial de la representación legal. Quienes defienden la primera posición parten de que el representante legal posee las facultades que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico, no más. Así, los arts. 162, 181, 267 CC atribuyen a los padres, representantes legales de los ausentes y los tutores, la representación legal de los hijos, ausentes y pupilos, excluyendo ciertos actos. En base a estos preceptos defienden que la representación legal no es absoluta. Con la autorización el juez integra el poder de representación de los padres o tutores, al atribuirles un poder del que carecen para la celebración de determinados actos¹⁰⁰⁸.

Desde nuestro punto de vista, si la autorización forma parte del elemento interno, la ausencia de autorización implicaría falta de legitimación. Por ejemplo, el art. 271.5º CC exige autorización judicial al tutor para hacer gastos extraordinarios

¹⁰⁰⁶ GUILARTE ZAPATERO, V., "De nuevo sobre la ineficacia...", pág. 469, la concibe como un requisito de forma *ad solemnitatem*, al decir que la finalidad de las normas protectoras de menores y pupilos "se extienden fundamentalmente a la forma, modo o mecanismos que la ley impone para asegurar la efectividad de tal protección", adquiriendo "la naturaleza de elementos esenciales y necesarios para la validez del acto". Más categórico, si cabe, es GIL RODRÍGUEZ, J., "Comentario del artículo 271 del Código Civil...", pág. 799, para quien "la autorización judicial que se exige constituye un requisito esencial del negocio. Ni menos ni más." LEGERÉN MOLINA, A., "Régimen jurídico de los actos...", págs. 1339 a 1366, pág. 1344. BERRROCAL LANZAROT, A.I., "Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010", Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2012, parte Estudio, Pamplona, 2012, pág. 101. En contra HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, págs. 26 y 27, para quien el término autorización es un concepto vago y solo entendible como poder jurídico de disposición.

¹⁰⁰⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 166 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, volumen II*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1117. AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al artículo 271 del Código Civil...", pág. 543. CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a., "La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LV, julio-agosto 1979, nº 533, págs. 1029 y 1030. CASTÁN VÁZQUEZ, "Comentario de los artículos 142 a 180...", art. 164, pág. 188, dice que la exigencia de autorización judicial obedece a la necesidad de asegurar la conservación del patrimonio de los hijos, mientras están sometidos a la patria potestad, limitando los actos de enajenación de los bienes que formen parte de su patrimonio. SERRANO FERNÁNDEZ, M^a, "Comentario del artículo 271", en *Comentarios al Código Civil*, Director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010, pág. 401.

¹⁰⁰⁸ LLAMAS POMBO, E., *El patrimonio de los hijos...*, pág. 119.

en los bienes del pupilo. Si el tutor realiza tales gastos sin la preceptiva autorización, de acuerdo con esta postura, carecería de legitimación. Pero la falta de legitimación solo puede justificarse de tres formas: negando la representación legal al tutor, admitiendo que es representante legal solo para algunos actos o aceptando dos tipos de legitimación (una plena y otra limitada, dependiendo de que sus actos requieran o no ser complementados). La primera solución es contraria al art. 267 CC, que otorga al tutor la condición de representante del menor o incapacitado. La segunda exigiría que un mismo sujeto ostentara la doble condición representante legal/no representante, dependiendo del tipo de actos que realizara; y en un mismo acto sería o no representante, actuando legitimado o deslegitimado, según poseyera o no la debida autorización. En el ejemplo propuesto, admitiendo que fuera representante del menor para hacer gastos ordinarios y dejara de serlo si comprometiera el patrimonio del pupilo sin recabar autorización; o que fuera su representante en caso de realizar gastos extraordinarios autorizados y no lo fuera en el supuesto de no obtener la autorización previa. Los distintos ámbitos de los arts. 267 y 271 CC, nos llevan a descartar estas dos opciones: el tutor es representante sobre la persona y bienes del pupilo, salvo aquellos actos que el menor o incapacitado pueda realizar por sí solo; solo cuando se exige su presencia como representante puede plantearse la necesidad de autorización; la falta de autorización acarrea consecuencias sobre el acto concreto pero no afecta a la condición de su titular. Por tanto, creemos que la mejor solución, dentro de esta teoría, es la admisión de dos tipos de legitimidad por parte del representante legal: plena, cuando no necesita autorización de sus actos o negocios jurídicos, y limitada, cuando sí se requiere. De este modo la autorización completa el elemento interno.

- La autorización como medio de control. El segundo grupo está formado por quienes ven en la autorización un elemento de control que trata de evitar un perjuicio y decidir la conveniencia del acto representativo. Dentro de este grupo, los hay quienes, como Amorós Guardiola, aseguran que no es una condición negocial de eficacia sino un requisito legal constitutivo o *conditio iuris*, necesario para la validez de dichos actos, donde los efectos del acto autorizado no tienen

carácter retroactivo; y aunque reconoce la conveniencia de que sea previa al acto, se inclina a pensar que el acto ya formalizado pueda ser autorizado a *posteriori* mediante la convalidación o convalescencia¹⁰⁰⁹. Otros opinan que los negocios no autorizados realizados por el representante legal son negocios válidos, por concurrir todos sus elementos, pero adolecen de una irregularidad en su estructura al haberse realizado sin poder suficiente¹⁰¹⁰.

I. 6.1.2.B) La aprobación

La aprobación posee la misma naturaleza jurídica aunque opera en un momento distinto. Su finalidad tampoco es la de legitimar la actuación del representante sino la de controlar que ha obrado de acuerdo al fin que inspira la representación legal: la salvaguarda del interés del representado.

Un ejemplo lo encontramos en el art. 271.4º CC, en su redacción anterior a la operada por la LO 1/1996, 15 enero, de Protección Jurídica del Menor. Este precepto exigía al tutor, además de una autorización previa, la posterior aprobación judicial para realizar la partición de la herencia o la división de cosa común en las que estuviera interesado el pupilo. Teniendo en cuenta que el art. 406 CC establece que a la comunidad de bienes se le aplicarán las reglas concernientes a la división de la herencia, parecía que el tutor, representante legal del pupilo por disposición del art. 267 CC, necesitaba el doble control judicial, anterior y posterior, tanto para partir bienes del pupilo como dividir; lo que resultaba contradictorio con lo estipulado por el art. 1060 CC, que tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 mayo, no exigía ni intervención ni aprobación judicial (criterio igualmente extensible a la comunidad de bienes en virtud del referido art. 406 CC).

¹⁰⁰⁹ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al artículo 271 del Código Civil...”, págs. 543 y 545.

¹⁰¹⁰ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 244, 319 y 404. Desde nuestro punto de vista la autora plantea una incongruencia en la página 235: mientras en el primer párrafo razona el diferente tratamiento entre padres y tutores por la mayor desconfianza del legislador hacia estos, en el segundo justifica la autorización en virtud del principio de protección de menores e incapacitados, no “porque se presuma una actuación de mala fe”.

Tras la LO 1/1996 ocurrieron tres cosas: no se solventó la contradicción¹⁰¹¹, el art. 271.4º se transformó en el art. 272 CC –que ahora no exige autorización pero sí aprobación-, y se introdujo el párrafo segundo del art. 1060 CC, exigiendo aprobación judicial al defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, siempre que el juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

El art. 166 CC dice que “no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público”. Lo innecesario de la autorización se basa en la concurrencia de dos presupuestos: la presunción de capacidad en el mayor de dieciséis años y en la exigencia de documento público para la prestación del consentimiento. Nada dice el Código acerca del momento en que el menor debe otorgar el consentimiento que, según creemos, puede ser anterior, coetáneo o posterior al negocio representativo. Por ejemplo: el representante legal del mayor de dieciséis años vende un inmueble del representado y éste comparece posteriormente para ratificar el acto a través de escritura pública¹⁰¹².

Una normativa que mantiene en unos preceptos la necesidad de autorización y aprobación, al tiempo que en otros –referidos a los mismos supuestos- no los exige; que prescinde del requisito previo para mantener el posterior; o que deja su exigencia a la libre valoración del juez, no puede entenderse como reguladora de un requisito de legitimación. Más que a la naturaleza de la institución responde a un criterio volátil de conveniencia legislativa, mutable en el tiempo y

¹⁰¹¹ Asegura DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentario del artículo 1060 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2495, que en la doctrina se dieron respuestas contradictorias a la cuestión, que fue afrontada por la Circular de la Fiscalía General del Estado y por la RDGRN 26 abril 1986, dando prioridad al art. 271.4º y que, por tanto, era necesaria aprobación judicial.

¹⁰¹² En este sentido VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 321; en contra, LLAMAS POMBO, E., *El patrimonio de los hijos...*, pág. 121, para quien debe ser previo o, cuando menos, simultáneo al acto dispositivo.

a veces contradictorio, que deja en manos del juez el control de los actos representativos más trascendentes sobre la esfera del representado¹⁰¹³.

Por ello, aunque a propósito de la ratificación decimos que algunos autores asimilan los términos aprobación –en las relaciones *ad intra*- y ratificación –en las relaciones *ad extra*-, no podemos defender esta asimilación. La ratificación completa el negocio jurídico representativo con la voluntad del *dominus*, dotándole del elemento interno que hasta ese momento falta (la misma finalidad integradora que cumple el poder). La aprobación, en el campo del Derecho privado de orden público, completa la legitimación del representante legal y tiende a controlar su actuación (igual que sucede con la autorización).

I. 6.1.2.C) Conclusiones acerca del papel que desempeñan la autorización y la aprobación en el mecanismo representativo y en la extralimitación

Analizando por un lado los arts. 166, 186 y 271 CC y 61 y ss. LJV, por otro los arts. 162, 164, 181 y 267 CC, en el contexto de la representación legal y el fin al que sirve, podemos extraer varias conclusiones, que precisan de las siguientes consideraciones previas:

- La representación legal es una figura creada en el marco de instituciones protectoras de sujetos especialmente vulnerables, construida sobre presunciones *iuris et de iure* en las que prima el interés del desvalido.

¹⁰¹³ Responde al mismo criterio supervisor sobre lo actuado, ejercido por el juzgador en tantos otros pasajes de nuestro ordenamiento jurídico: cónyuge (art. 103.4º CC), progenitor (art. 168 CC), tutor (art. 279 CC), defensor judicial (arts. 299 bis y 302 CC, art. 32 LJV), guardador de hecho (arts. 303 CC y 52 LJV), albacea (art. 907 CC), mandatario (art. 1720 CC), comisionista (art. 263 CCo), administrador concursal (art. 35.6 LC), administrador judicial (arts. 631.1 y 633.3 LEC), administrador para el pago (arts. 678, 679 y 690.3 LEC), liquidación de daños y perjuicios (art. 712 LEC), rendición de cuentas de una administración (art. 720 LEC) o administrador de la herencia (arts. 799 y 800 LEC).

- El titular de la representación (representado) no es el progenitor, tutor, defensor judicial o representante del desaparecido o ausente, sino el hijo, persona afectada por una discapacidad, defendido, desaparecido o ausente.

- Tiene su origen en la Ley, directamente o a través de una autoridad procesal. La sentencia, el auto o el decreto son, en este campo, resoluciones constitutivas¹⁰¹⁴, lo que significa que crean la representación, fijando su extensión y límites, y el régimen jurídico al que queda sometido el representado.

Partiendo de las anteriores premisas llegamos a las siguientes conclusiones:

Primera.- La representación legal no es absoluta, ya que el ordenamiento jurídico excluye determinados actos regulados en el art. 162 CC, entre los que figuran “los excluidos de la administración de los padres”, que son a su vez los comprendidos en el párrafo segundo del art. 164 del Código y no los del art. 166.

Segunda.- No todos los actos de administración (entre los que se incluyen la administración extraordinaria y la disposición) están excluidos de la representación legal. Existen actos de administración y disposición que sí integran la representación legal.

Tercera.- Los actos excluidos de la administración y representación no pueden ser objeto de autorización. Por tanto, difiere el ámbito objetivo de la representación legal y el de la autorización.

Cuarta.- Tampoco coincide el ámbito de los arts. 166, 186 y 271 CC y 61 y ss. LJV, por un lado, y el de los arts. 162, 181 y 267 CC, por otro.

¹⁰¹⁴ STS 27 de enero 1998 (Roj: STS 452/1998; ECLI:ES:TS:1998:452 y también Roj: STS 448/1998; ECLI:ES:TS:1998:448).

Quinta.- Cuando el Código exige autorización judicial no está pidiendo un nuevo elemento en la representación sino la integración del ya existente, completando una legitimación insuficiente.

Sexta.- Esta labor de complemento o integración no es incompatible con el control ejercido en su concesión¹⁰¹⁵. Se completa la legitimación siempre que en el control previo (autorización) o posterior (aprobación) quede justificado, a juicio de la autoridad judicial, el acto dispositivo o la despatrimonialización del desvalido.

Séptima.- El requisito de la autorización es objeto de interpretación por parte de los tribunales de justicia con el fin de adaptar la rigidez normativa al interés más necesitado de protección.

Octava.- El rechazo doctrinal hacia la figura de la aprobación prioriza razones de oportunidad o conveniencia frente al interés más necesitado de protección.

I. 6.1.3.- El carácter indisponible de la necesidad o utilidad

Al margen de los cambios normativos que exigen autorización o aprobación donde antes no se requería, y viceversa, o las incongruencias derivadas de la actualización sesgada e inconexa de la norma, que han reclamado por parte de la doctrina la revisión de la doctrina jurisprudencial¹⁰¹⁶, el Código es claro a la

¹⁰¹⁵ Como ejemplo podemos citar el art. 65.1 LJV, que reconoce el carácter de representante legal del promotor del expediente para solicitar autorización; y el art. 66 LJV, que permite al juez adoptar medidas para asegurar que la cantidad obtenida con la enajenación o gravamen se aplique a la finalidad a la que se hubiese concedido la autorización.

¹⁰¹⁶ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., “Comentario del artículo 166 del Código Civil”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, arts. 90 a 332, Dirección José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Tomo I (2), 4ª edición, Editorial Trivium, Madrid, 1995, pág. 1615, a raíz del comentario sobre el art. 166 CC concluye diciendo: “después de la importante reforma introducida en este precepto –refiriéndose a la Ley 11/1981-... estimamos que la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los actos de los padres que precisaban o no autorización judicial ha de ser objeto de una cuidadosa revisión, dados los cambios no sólo conceptuales sino también objetivos que el mismo presenta respecto de la normativa anterior”.

hora de exigir la intervención judicial. Su falta o concurrencia producirá unos efectos que incidirán en las relaciones *ad extra* al desarrollarse en el ámbito de la representación.

Pero para la concesión de la autorización el art. 166 CC exige que concurren causas de utilidad o necesidad -que el art. 186 CC completa con el adjetivo “evidente”-, mientras que el art. 63.1 LJV habla de “necesidad, utilidad o conveniencia”. La ley no requiere la demostración de estos elementos sino su razonamiento, aunque la necesaria aportación de los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate, operaciones particionales de la herencia o división de la cosa común realizada, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción o el dictamen pericial de valoración del precio de mercado (art. 63.1, segundo párrafo, 63.2 y 63.3 LJV), nos hacen pensar que deben ser alegados, razonados y probados. Así, la necesidad, la utilidad o la conveniencia serán los elementos que lleven al juez a conceder o denegar la autorización pero, una vez otorgada, no afectarán a las relaciones entre representante y tercero¹⁰¹⁷.

Siendo un límite legal al poder de representación, los padres, tutores y poseedores temporales de los bienes del ausente, no pueden decidir si solicitan o no la autorización judicial. Y como parte integrante de la autorización, tampoco corresponde a los padres ni a los poseedores de bienes la apreciación de la necesidad, utilidad o conveniencia¹⁰¹⁸. Podrán valorar estos extremos antes de realizar el acto o negocio representativo para solicitar la autorización y justificar

¹⁰¹⁷ Para SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.Mª., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil (Comentario a una reforma)”, *Revista de Derecho Privado*, Octubre 1981, pág. 879, la utilidad o necesidad ha de concurrir con la autorización judicial pero, a diferencia de ésta, su esfera propia de actuación no trasciende a terceros de buena fe.

¹⁰¹⁸ ALONSO PÉREZ, M., “El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, pág. 23, dice que son los padres quienes están investidos de la facultad dispositiva y al mismo tiempo quienes mejor conocen la utilidad o necesidad, siendo ellos los que deben valorarla, sin perjuicio de que el juez al otorgar la autorización, reconsidere estas circunstancias. No obstante, entendemos que la valoración de la necesidad o utilidad por los padres, que efectivamente son quienes mejor conocen las circunstancias de hecho, solo tiene relevancia a la hora de acudir al juez, solicitando la autorización. Una vez promovido el expediente solo importa la apreciación judicial y sus razones subjetivas serán objeto de análisis junto a los restantes elementos de prueba que hubieran aportado a la hora de incoarlo.

los extremos o, en su caso, abstenerse de hacerlo; pero una vez decididos, será el juez quien conceda o deniegue la autorización, mediante su exclusiva valoración posterior.

Teniendo en cuenta que la autorización se insta en un procedimiento basado en principios privados¹⁰¹⁹ donde, salvo en casos de extraordinaria necesidad, el Ministerio Público actúa como órgano de vigilancia y control, el representante legal no puede decidir cuándo concurre la necesidad, utilidad o conveniencia, pero sí disponer indirectamente sobre ella, apartándose de la acción entablada o no acreditando documentalmente dichos extremos. En ambos casos no se obtendría la autorización, con la consiguiente imposibilidad de realizar el acto dispositivo por insuficiencia de legitimación; si a pesar de faltar la autorización (porque nunca se pidió o porque no se obtuvo) el representante legal decide realizar el acto dispositivo, incurriría en extralimitación.

I. 6.1.4.- Consecuencias jurídicas de la actuación del representante sin autorización judicial

Al igual que sucede en el ámbito de la representación voluntaria, doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas entre varias teorías acerca de la calificación jurídica que merece el negocio jurídico celebrado sin autorización¹⁰²⁰.

I. 6.1.4.A) Teoría de la nulidad

¹⁰¹⁹ El principio dispositivo, consagrado en el Capítulo IV, Título I, Libro I, LEC, arts. 19 a 22, ambos inclusive; y el de aportación de parte, en los arts. 216 y 282 LEC, manifestaciones del llamado principio de justicia rogada.

¹⁰²⁰ Utilizamos aquí el término autorización en sentido amplio, equivalente a la plena legitimación que necesita el representante para que el negocio representativo extralimitado sea válido y eficaz para el *dominus*. En el campo de la representación voluntaria viene dada por el poder o por la ratificación, mientras que en la representación legal se exige el poder, que emana de la ley o de la resolución de nombramiento de un determinado cargo (tutor, representante del ausente, defensor judicial), más, en su caso, la autorización judicial (o la aprobación).

Se ha defendido la nulidad al considerar que falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, como es el consentimiento, y al carácter, también esencial, que atribuyen a la autorización judicial en la configuración del consentimiento; y por la contravención de una norma imperativa, como serían los arts. 166 o 271 CC en relación con el art. 6.3 del mismo cuerpo legal. Pero de aceptar esta teoría el acto realizado por el representante –en realidad, pseudo-representante, conforme a su argumentación- sería nulo, no admitiría convalidación ni ratificación, aunque fuera claramente beneficioso para el pseudo-representado.

La mayor parte de la doctrina se decanta por esta teoría¹⁰²¹, pero mientras unos aceptan las consecuencias del postulado y rechazan la aprobación posterior; otros admiten la convalidación o la ratificación cuando el menor llegue a la mayoría de edad, “pero no a través de autorización judicial posterior a la venta, pues esta autorización ha de preceder al contrato”¹⁰²². También ha gozado de un amplio respaldo jurisprudencial¹⁰²³.

Podemos señalar las siguientes objeciones:

- La teoría de la nulidad impide que el acto no autorizado produzca efectos en virtud de la regla *quod nullum est, nullum effectum producit*; algo por

¹⁰²¹ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen jurídico...*, pág. 437; ALONSO PÉREZ, M., “El patrimonio de los hijos...”, pág. 24.

¹⁰²² SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 922, confundiendo convalidación con ratificación posterior, recuerda que es posible la ratificación expresa y tácita, tanto en la representación legal como en la voluntaria. Cita varias SSTS [16 abril 1952 (RJ 1952/2103), 9 diciembre 1953 (RJ 1953/3954), 3 junio 1962 (1962/3168), 13 diciembre 1965 (RJ 1965/5814), 15 junio 1966 (RJ 1966/3108), 14 junio 1974 (RJ 1974/2637), 10 mayo 1984 (RJ 1984/2405), entre otras] y una RDGRN que data de 26 julio 1905. En el mismo sentido, cabe citar a AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al artículo 271 del Código Civil...”, pág. 545, quien defiende la nulidad o inexistencia de este acto incompleto; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación...*, págs. 319 y 320, quien admite tanto la ratificación posterior del menor cuando llegue a la mayoría de edad como la aprobación judicial; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial...*, págs. 392, 402 a 405.

¹⁰²³ SSTS 9 diciembre 1953 (RJ 1953/3954), 25 junio 1959 (RJ 1959/2933), 28 mayo 1965 (RJ 1965/3083), 14 marzo 1983 (RJ 1983/1475), 21 mayo 1984 (RJ 1984/2497), 26 junio 1986 (RJ 1986/4782), 10 marzo 1994 (RJ 1994/1731), 17 febrero 1995 (RJ 1995/1105), 21 enero 2000 (RJ 2000/113), 22 abril 2010 (RJ 2010/2380) y 8 julio 2010 (RJ 2010/6030), entre otras.

otro lado coherente con el carácter atribuido a la falta.

- La convalidación del menor rompe el principio de igualdad con otros sujetos igualmente protegidos, como el incapaz o el ausente. Por otro lado, la convalidación o la ratificación posterior serían incompatibles con la nulidad.

I. 6.1.4.B) Teoría de la anulabilidad

Otros autores defienden su anulabilidad y la posibilidad de confirmación del acto¹⁰²⁴.

Incluso los hay que, aun defendiendo que la autorización constituye un requisito esencial del negocio y la consecuencia natural de su infracción es la nulidad absoluta, dejan abierta la puerta a soluciones menos drásticas “sólo por criterios de utilidad... y si ésta ha de considerarse determinante, vale más pronunciarse explícitamente por la figura de la anulabilidad”¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ Es el caso de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 166 del Código Civil...”, pág. 1119; o Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pág. 268, para quienes la defensa de esta tesis crea “dudas sobre la razón de la exigencia previa de autorización judicial, ya que los efectos definitivos del acto o contrato van a quedar a voluntad del propio menor”

¹⁰²⁵ Gil Rodríguez, J., “Comentario del artículo 271 del Código Civil...”, pág. 799. En un sentido similar se expresa Martín-Granizo Fernández, M., “Comentario del artículo 166 CC en Código Civil...”, pág. 1614, quien tras exponer que debe aplicarse la nulidad radical “por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil”, asegura que ello no contradice lo que expusimos hace breves momentos sobre esa renuncia respecto de la que estimábamos la posibilidad de la mera anulabilidad”.

Esta posición es seguida también por la legislación autonómica¹⁰²⁶ y extranjera¹⁰²⁷, y por la jurisprudencia¹⁰²⁸.

El TS reconoce un régimen especial al art. 1389, segundo párrafo, CC, que exige autorización judicial para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, cuando un cónyuge sea tutor o representante legal de su consorte. La ineficacia de los actos realizados por este cónyuge sin autorización judicial no se somete al régimen de nulidad general contemplado en los arts. 6.3 y 1259 CC sino al de anulabilidad previsto por el art. 1322 CC [STS 20 abril 2016 (Rec. 920/2014)]. Ciertamente este último precepto declara la anulabilidad del acto de administración o disposición que exija el consentimiento de ambos cónyuges pero se haya omitido el de uno de ellos, y es una norma especial por la ubicación que posee y la materia que trata¹⁰²⁹. Ahora bien, creemos que no sirve para justificar la inaplicación del régimen de nulidad del art. 1259 CC ya que el art. 1389 CC, por remisión a los dos artículos que lo preceden, no parte de actos que exijan el consentimiento de ambos cónyuges

¹⁰²⁶ El art. 222-46.1 CCCat declara la anulabilidad de los actos hechos por el tutor, o por el administrador patrimonial –que según el art. 222-47.1 son los representantes legales del tutelado en el ámbito de sus respectivas competencias-, sin autorización judicial, cuando sea necesaria. El art. 236-31 fija la misma sanción en sede de potestad parental –el ejercicio de la potestad sobre los hijos comporta la representación legal de estos, a tenor del art. 236-18-, siempre que se hubiera prescindido de la autorización exigida por el art. 236-27 o sin los requisitos establecidos por el art. 236-30. En ambos casos la norma indica los sujetos legitimados para ejercer la acción y plazo de caducidad. El art. 19 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas se decanta por la anulabilidad de los actos de disposición realizados por el representante del menor –según el art. 12 CDFA la representación legal del que no ha cumplido los catorce años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor- sin la necesaria “autorización previa” de la Junta de Parientes o del Juez –arts. 15 y 16- o de la posterior aprobación.

¹⁰²⁷ Art. 322 CC italiano 1942 y art. 1893 CC portugués.

¹⁰²⁸ Sirvan de ejemplo las SSTS 20 diciembre 1932 (RJ 1932/1369), 9 diciembre 1953 (RJ 1953/3954), 29 noviembre 1958 (RJ 1958/3811), 30 marzo 1987 (RJ 1987/1839), 9 mayo 1994 (RJ 1994/3894), 23 diciembre 1997 (RJ 1997/8902), 3 marzo 2006 (RJ 2006/5772).

¹⁰²⁹ DE LOS MOZOS, J.L., “Comentarios de los artículos 1315 al 1343 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Volumen primero*, Dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1982, pág. 148, afirma, en prueba de esta especialidad, que “el contraste, entre los bienes comunes, en régimen de gananciales, y, los bienes comunes, en régimen de separación, que antes hemos tratado de poder de relieve, es bien significativo, pues, mientras, en el primer caso, se produce la anulabilidad, en el segundo, se produce la ineficacia”.

sino de uno solo que, ante la incapacidad o incapacitación del otro contrayente, su imposibilidad de prestar consentimiento, el abandono de familia o la separación de hecho, ostenta la condición de representante del consorte o del patrimonio conyugal. Por tanto, su solo consentimiento es suficiente para realizar actos de administración y disposición, más la autorización judicial adicional para realizar actos de disposición especialmente relevantes.

I. 6.1.4.C) La aplicación de la teoría de la representación voluntaria a la representación legal

Legerén Molina imagina cinco supuestos distintos que la doctrina y la jurisprudencia manejan para solventar la ausencia de representación, sea por exceso o inexistencia¹⁰³⁰. Sitúa la doctrina de la representación al mismo nivel que la nulidad y la anulabilidad –a las que añade la actuación del representante como oferta contractual, la del negocio imperfecto o en vías de formación y la teoría de la *conditio iuris*¹⁰³¹-. No obstante, creemos que la doctrina de la nulidad y de la anulabilidad parten de la ineficacia del negocio representativo realizado sin autorización o representación legal, en tanto no se otorgue la ratificación; mientras que las de la *conditio iuris* y el negocio imperfecto, aceptan su validez, condicionada por la prestación del consentimiento, y la producción de ciertos efectos. Pero ninguna de ellas se puede contraponer a la “doctrina de la representación contenida en el art. 1259 CC”, ya que una cosa es la calificación jurídica del negocio pseudo-representativo, en tanto que no concurre la voluntad

¹⁰³⁰ LEGERÉN MOLINA, A., “Régimen jurídico de los actos...”, págs. 1347 a 1350. MENÉNDEZ MATO, J.C., “La oferta tácita...”, págs. 321 y 325, afirma que la doctrina mayoritaria identifica mandato tácito y oferta tácita de mandato; ofrece como ejemplo de esta equiparación varias sentencias del Tribunal Supremo: SSTS 3 marzo 1904, 21 mayo 1924, 10 julio 1935.

¹⁰³¹ SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 271 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, coordinador Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 646, defiende la teoría de la *conditio iuris*, que ha sido seguida por el TS en alguna resolución. Véanse las SSTS 23 junio 1976 (RJ 1976/2920), 21 mayo 1984 (RJ 1984/2497), 26 junio 1986 (RJ 1986/4782), 27 marzo 1989 (RJ 1989/2198), 26 junio 1989 (RJ 1989/4782); SAP Alicante, sección 9ª, 27 enero 2009 (PROV 2009/263102); AAP Murcia, sección 5ª, 6 junio 2005 (PROV 2005/221498).

legitimadora, y otra el régimen jurídico de la representación voluntaria que, aunque limitado, regula el art. 1259 CC: prohíbe la contratación en nombre ajeno sin autorización o representación legal; de producirse, sanciona la nulidad del negocio pseudo-representativo no ratificado; permite el complemento de este negocio mediante la ratificación, que pasa a ser válido y eficaz; y fija un límite temporal impreciso en la revocación por el tercero.

Otra cosa es que la teoría de la representación apuntada en el art. 1259 CC, y desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia en sede de representación voluntaria, pueda ser aplicada al ámbito de la legal. Aquí sí existe un importante sector doctrinal y jurisprudencial que junto a las teorías de la nulidad, la anulabilidad, la *conditio iuris* y otras de difícil encuadre¹⁰³², recientemente ha optado por la teoría del exceso o falta de representación al amparo del art. 1259.2 CC, con lo que se da carta de naturaleza a la ratificación o a la aprobación posterior por parte del juez¹⁰³³.

Las razones que han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a decantarse por este criterio es la mejor defensa del interés del menor, incapacitado o ausente, y los inconvenientes a que conducen el resto de soluciones¹⁰³⁴.

Rivero Hernández defiende la aplicación del art. 1259 CC a la representación legal, lo que comporta la posibilidad de ratificación y “tanto puede darla el *dominus* de quien el *falsus procurator* se arrogaba poder y representación, como

¹⁰³² Véase las SSTs 21 junio 1943 (RJ 1943/980), 15 marzo 1945 (RJ 1945/280), 28 febrero 1949 (RJ 1949/549), 8 marzo 1965 (RJ 1965/1438) o 19 diciembre 1977 (RJ 1977/4763).

¹⁰³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, pág. 871, con apoyo en la jurisprudencia y cita de la STS 25 octubre 1898; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M^a, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Los actos de disposición...”, pág. 887; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición...*, pág. 319; DE PABLO CONTRERAS, P., “La patria potestad...”, pág. 156.

¹⁰³⁴ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil”..., pág. 922. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1727, pág. 3000, dice que los poderes otorgados por el menor de edad o el incapaz se ratifican automáticamente si a la llegada de la mayoría de edad o la capacidad plena no se revocan, “del mismo modo que los actos de disposición realizados por los socios gestores en el período fundacional son válidos y obligan a la sociedad sin necesidad de ratificación, una vez inscrita la sociedad en el registro mercantil (RRDGRN 23 agosto 1993 y 21 marzo 1994)”.

el incapaz mal representado cuando deviene capaz”¹⁰³⁵. Legerén Molina sostiene que en la representación voluntaria (¿?) la ratificación solo sería posible para el menor –a lo que habría que añadir el ausente que reaparezca-, una vez que haya desaparecido la causa que la motivó, pero no para el incapaz aquejado de un defecto de capacidad incurable. Razona que para los primeros el acto o negocio jurídico estaría en formación, pendiente de ratificación, mientras que para los segundos serían actos nulos, ante la imposibilidad de ratificación¹⁰³⁶.

Ya en el año 1958, el profesor Albaladejo defendía la ratificación por el representante legal del negocio celebrado en nombre del incapaz por quien carece de poder legal para representarlo, porque lo importante es que el negocio celebrado –total o parcialmente- sin poder, sea ratificado por el representado o por otro representante con poder bastante¹⁰³⁷, es decir, que quede amparado por un acto legitimador.

Como recuerda Santos Briz, la DGRN viene admitiendo la ratificación posterior, tanto en la representación legal como en la voluntaria, desde la resolución 26 julio 1905¹⁰³⁸. La RDGRN 25 abril 2001 (BOE nº 135, 6 junio 2001) planteó la posibilidad de suplir la omisión del nombramiento de un defensor judicial con la posterior aprobación judicial y viceversa (nombrando un defensor judicial sin posterior aprobación judicial). Llegó a la conclusión de que no es necesario el nombramiento del defensor judicial, con la finalidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, ya que de este modo quedan igualmente protegidos los intereses de menores o incapaces. Si un incapaz celebra un negocio jurídico, posteriormente es incapacitado y se demuestra que al tiempo de contratar carecía de la suficiente capacidad intelectual y volitiva, no habría inconveniente para que el representante legal lo ratificara, previa autorización judicial. La RDGRN 2 enero 2004 (RJ 2004/712) aseguró que no es necesaria la aprobación

¹⁰³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación...”, pág. 1052.

¹⁰³⁶ LEGERÉN MOLINA, A., “Régimen jurídico de los actos...”, pág. 1355.

¹⁰³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 793.

¹⁰³⁸ SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil...”, pág. 924.

judicial en la división de la cosa común si se adjudicaba a uno de los comuneros y se compensaba en metálico al resto.

Después de defender la nulidad o la anulabilidad, e incluso tras algunas sentencias sin un criterio claramente definido¹⁰³⁹, nuestro Alto Tribunal ha sostenido en la STS 22 abril 2010 (RJ 2010/2380) que los actos realizados sin autorización judicial son negocios incompletos cuya eficacia provisional está pendiente de una ratificación que le conceda eficacia definitiva. Este criterio lo ha reiterado posteriormente en la STS 8 julio 2010 (RJ 2010/6030) y en la de 17 marzo 2016 (Roj: STS 1169/2016; ECLI:ES:TS:2016:1169).

La primera de las sentencias se plantea el fin protector que busca el ordenamiento jurídico al exigir la autorización prevista en el art. 166 CC, ante la falta de concreción del legislador sobre el tipo de ineficacia que conlleva su ausencia. Se decanta por la integración de este precepto con el contenido del art. 1259, primer párrafo, CC y proclama una serie de argumentos a favor de la mera ineficacia del acto:

1.- El art. 166 CC es una norma imperativa, igual que lo es el art. 1259 CC, y, salvo ratificación, su incumplimiento lleva a declarar la nulidad del acto por aplicación del art. 6.3 CC.

2.- El fin protector de la norma es la salvaguarda del interés del menor.

3.- La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos.

4.- La aplicación del art. 1259 CC, con apoyo en un sector doctrinal y en diversas sentencias, permite que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el interesado cuando sea favorable a sus intereses.

¹⁰³⁹ Como las SSTS 21 junio 1943 (RJ 1994/980), 15 marzo 1945 (RJ 1945/280), 28 febrero 1949 (RJ 1949/549), 8 marzo 1965 (RJ 1965/1438) o 19 diciembre 1977 (RJ 1977/4763).

5.- El acto realizado con falta de poder (extralimitación), es decir, sin los requisitos exigidos en el art. 166 CC constituye un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, pendiente de ratificación. Y solo si al final no resulta ratificado, será inexistente.

En opinión de De Pablo Contreras, esta resolución “tiene vocación de carácter definitivo, al tratarse de una sentencia plenaria”, dictada por el Alto Tribunal tras un período de contradicciones jurisprudenciales¹⁰⁴⁰. De hecho, la STS 8 julio 2010 (RJ 2010/6030) reitera su posición en la actuación del tutor sin autorización, ex art. 271 CC. Y considera inútil obligar al tutor a pedir la autorización a *posteriori* (aprobación) ya que no puede garantizarse en ningún caso su obtención, al depender de la valoración del juez. No obstante, pese a ser reiterada la doctrina en la STS 8 julio 2010, en la de 23 septiembre de ese mismo año (RJ 2010/7136) aplica el criterio de la anulabilidad.

A pesar de que la sentencia de 8 de julio pretende seguir los pasos de la de 22 de abril, observamos una importante diferencia que al parecer ha obviado la RDGRN 17 enero 2011 (BOE nº 88, 13 abril 2011)¹⁰⁴¹. La primera permite la ratificación “por el propio interesado” cuando sea favorable a sus intereses; la segunda, en cambio, ni prevé esta posibilidad ni considera útil el obligar al tutor a solicitar la aprobación judicial.

Es cierto que el proceso civil se rige por los principios dispositivo y aportación de parte, lo que condiciona el conocimiento y pronunciamiento de los tribunales a lo solicitado y probado por las partes. Esto hace de la jurisprudencia (civil) una doctrina fragmentaria y parcial, limitada al caso planteado, y desde este punto

¹⁰⁴⁰ DE PABLO CONTRERAS, P., “La patria potestad”,..., pág. 153.

¹⁰⁴¹ Según este Centro Directivo la postura que adopta el Alto Tribunal posibilita al menor y al tutelado que puedan optar a *posteriori* por la eficacia del negocio convenido por los padres o por el tutor sin autorización judicial, recogiendo la tendencia que últimamente tiende a flexibilizar y adaptar a la nueva realidad social los supuestos de falta de autorización, algo que no podrían hacer de haber optado por la nulidad.

de vista no puede equipararse a la doctrina pura, que cuenta con mayor libertad a la hora de formular sus planteamientos y alcanzar sus conclusiones. Por ello creemos conveniente matizar ciertos aspectos comunes a ambas resoluciones:

- La distinción forjada por los arts. 166 y 271 CC entre representación legal ejercida por el progenitor y por el tutor, no se corresponde con la distinción entre menor e incapaz sino entre hijo y pupilo.

- Mientras existan padres capaces de ejercer eficazmente la patria potestad, el hijo, sea menor –capaz o incapaz- o mayor –incapacitado-, quedará sujeto a patria potestad –en este último caso, a patria potestad prorrogada o rehabilitada, siempre que permanezca soltero-.

- Solo a falta de padres capaces de ejercer la patria potestad sobre el hijo soltero se ejercerá la tutela, tanto si el pupilo es menor como mayor de edad.

- La minoría de edad es una incapacidad natural que remite con el tiempo, mientras que la incapacitación judicial es un estado legal que parte de una situación física o psíquica del sometido a ella, ciertamente revisable pero a menudo irreversible.

Partiendo de estos datos, la solución dada al menor y al incapacitado (igual que al incapaz no incapacitado como al ausente) debe ser la misma, con el fin de no incurrir en discriminación proscrita, entre otros, por el art. 14 CE y que ha llevado al TC a replantearse criterios clásicos no igualitarios.

Al margen, como decimos, de las limitaciones propias del escenario procesal donde se enmarcan las resoluciones apuntadas, parece claro que no puede

admitirse la ratificación al menor y negársela al incapacitado, siempre que recupere la capacidad.

Siguiendo de los postulados que defiende el Tribunal y teniendo en cuenta que la aprobación es una autorización a *posteriori* no se ve inconveniente en que, junto a la ratificación personal por el menor y por el incapacitado, una vez alcanzada la mayoría de edad y recuperada la capacidad, como expresión de su voluntad plena y libre, pueda admitirse también la solicitud de aprobación por el representante legal¹⁰⁴². De este modo no sería necesario esperar meses e incluso años (por razón de la edad) o quedar sujeto a un acontecimiento futuro e incierto (por razón de la capacidad). Todo ello, sin perjuicio del diferente tratamiento que merecen aprobación y ratificación en cuanto a los efectos del acto o negocio extralimitado.

El hecho de que no pueda garantizarse la obtención de la aprobación no la convierte en un trámite inútil. La utilidad o inutilidad la determinará el juez si a la vista de los intereses sometidos a tutela no accede a ella, pero no puede prejuzgarse de forma genérica, negando de antemano el potencial beneficio.

I. 6.2.- Nuestra posición

Desde nuestro punto de vista, autorización y aprobación son dos límites legales que actúan como medio de control judicial sobre la actividad patrimonial más importante del representante legal. Su diferencia es meramente temporal: anterior o posterior al acto o negocio jurídico representativo. No sustituyen la

¹⁰⁴² GÓMEZ-OLIVEROS, J.M^a, “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LX, julio-agosto 1984, nº 563, págs. 1445-1448, opina que la actuación judicial posterior sería lo más adecuado para solventar una situación que no podría sanarse de otro modo. VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación...*, págs. 319 y 320, no ve inconveniente en que el juez pueda “aprobar” el acto sin autorización siempre que revierta en interés del hijo, consciente como es de que la “autorización” ha de ser previa y de la tendencia jurisprudencial vigente en la época. Defiende apartarse de la interpretación literal de la norma, porque negar esta posibilidad contraría la *ratio* de las últimas reformas legislativas, que favorecen claramente el interés del menor y otorgan especial protagonismo al juez.

voluntad del representante sino que complementan un requisito legal de legitimación.

La insuficiente regulación legal y la posición vacilante mantenida por la doctrina y la jurisprudencia dejan claros dos extremos: el Código no regula las consecuencias jurídicas derivadas de su falta y tampoco prohíbe las distintas soluciones ofrecidas, lo que permite una mayor libertad interpretativa.

La deficiente adaptación efectuada por nuestro Código de categorías de ineficacia importadas de otros países y el modo impreciso de denominar –e incluso confundir- los mecanismos de sanación que la extralimitación legal ofrece, justifica aún más la prudencia a la hora de adoptar o rechazar ciertas propuestas.

Siendo la representación legal una institución protectora de ciertos estándares jurídicos, parece que la labor interpretativa debe respetar –en la medida de lo posible- el interés del desvalido, evitando crear de manera artificial situaciones injustas o discriminatorias. Una solución extrema que impida el ulterior provecho de lo actuado es incompatible con los fines tuitivos de las instituciones que la encarnan.

Entendiendo la autorización como un complemento del poder y no como un elemento esencial de la representación, siendo ésta una institución unitaria que puede integrar su contenido con las aportaciones que ofrecen otras ramas del Derecho, estando presidida por el superior interés del desvalido, careciendo de una regulación integral y sistemática que obliga a dar especial protagonismo a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, y la presencia en nuestro ordenamiento jurídico de ciertos recursos comunes a figuras de lo más dispar – *utiliter coeptum*, *utiliter gestio*, ratificación, confirmación, aprobación, convalidación, ficciones legales, etc.-, creemos que la falta de autorización previa provoca extralimitación del poder de representación, donde el negocio jurídico representativo queda incompleto, pendiente de posterior complemento a través

de la aprobación¹⁰⁴³ o la ratificación¹⁰⁴⁴; si se completa, el negocio deviene válido y eficaz; en caso contrario, es un negocio inválido.

La autorización completa de legitimidad la actuación del representante legal mediante el control judicial de los actos de mayor trascendencia, pero no impide la extralimitación: siempre que el representante no se ajusta a los términos de su poder o si el negocio jurídico celebrado por el legal representante se prolonga en el tiempo, vinculando al menor una vez alcanzada la mayoría de edad o al incapacitado que recupera la capacidad. Desde el momento en que la mayoría de edad o la capacidad permiten al representado recuperar el control de sus asuntos personales y patrimoniales, no resultaría justo para el hijo, pupilo o ausente, quedar vinculado por lo hecho por otro, aunque sea en su interés y a pesar del interés del tercero, sin posibilidad de desvincularse, indemnizando los perjuicios derivados por las expectativas creadas¹⁰⁴⁵.

La aprobación posterior supone a la autorización lo que la ratificación al apoderamiento, y en la representación voluntaria constituye una posibilidad legalmente admisible. El deshacer los efectos producidos es inherente a figuras jurídicas como las medidas cautelares o la ejecución provisional en el ámbito procesal –especialmente civil-, y no plantean obstáculo alguno¹⁰⁴⁶. Y lo más

¹⁰⁴³ La posibilidad de la aprobación posterior ha sido defendida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 166 del Código Civil...”, pág. 1117; AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al artículo 271 del Código Civil...”, pág. 543, quien no ve inconveniente “en que el juez pueda emitir ese juicio de valor en presencia de un acto ya formalizado”; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a., “La enajenación de bienes de menores...”, págs. 1029-1030. GUILARTE ZAPATERO, V., “De nuevo sobre la ineficacia...”, pág. 470, también reconoce esta condición cuando dice que el control a *posteriori* sería una aprobación aunque llega a consecuencias distintas a las apuntadas.

¹⁰⁴⁴ La diferencia entre ambas radica en que la aprobación produce efectos *ex nunc*, y la ratificación posee efectos *ex tunc*.

¹⁰⁴⁵ En este sentido es de destacar la STS 5 febrero 2013 (RC 1440/2010), que estimaba el recurso de casación en relación con la validez y eficacia de un precontrato de trabajo de un jugador de fútbol profesional de un menor de trece años celebrado entre un club de fútbol y los padres del menor. La sentencia señala que la representación de los padres se extendió a una decisión que afectaba al futuro futbolístico profesional de su hijo y que, en estos casos, “el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años”.

¹⁰⁴⁶ Hasta el punto de que el legislador procesal hizo de la ejecución provisional una vía ordinaria

importante de todo: no debemos perder de vista la finalidad última de la representación, proteger los intereses del representado, que quedarían lesionados si un trámite subsanable acabara frustrando el éxito del negocio jurídico.

Sin embargo, dependiendo de que la ratificación se realice por el menor -una vez alcanzada la mayoría de edad-, el ausente -una vez reaparecido-, el incapaz -recuperada la capacidad- o el representante legal, podrá quedar alterada la regla defendida en la representación voluntaria: que es el representado, con suficiente capacidad para celebrar el negocio representativo, por sí o por medio de representante voluntario, el sujeto activo de la ratificación. Unas veces será el representado -alcanzada la mayoría de edad, recuperada la capacidad o reaparecido-, con capacidad suficiente para comprender y querer; otras veces la capacidad habrá de ostentarla en representante legal, que por estarle proscrita la posibilidad de delegar su función, deberá ratificar por sí mismo.

I. 7.- La responsabilidad por la extralimitación de la representación legal

Los párrafos 2 y 3 del art. 1903 CC aluden a la responsabilidad de padres y tutores respecto de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, y menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía, respectivamente. Aunque este tipo de responsabilidad la asumen por hecho ajeno, es decir, en virtud de su condición de representantes legales, no por hecho propio, a consecuencia de la extralimitación en el ejercicio de su función.

El representante legal extralimitado puede asumir dos tipos de responsabilidad: frente al tercero y frente al Estado. Igual que el representante puede resarcirse

con motivo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acabando con el carácter excepcional que ostentaba al amparo de la legislación anterior

de sus gastos, y de los daños y perjuicios sufridos en el desempeño de su función sobre el patrimonio del menor, persona con discapacidad o ausente (arts. 220 y 281 CC), e incluso a percibir una retribución (arts. 186, 274, 282 CC), en términos similares a los que tendría si fuera representante voluntario, queda obligado para con el tercero en condiciones igualmente equivalentes, en caso de extralimitación.

Ahora bien, creemos que cuando la extralimitación se produce en el ámbito de la representación legal el tercero no puede dirigirse frente al patrimonio del representado. A diferencia de la representación voluntaria, donde la institución se constituye en interés del representado para la obtención de un beneficio, generalmente patrimonial, la representación legal es un instrumento de protección del desvalido y el beneficio económico que pudiera existir queda vinculado a la atención asistencial del sometido a la medida. Cuando el representante legal insta autorización para vender un inmueble del menor no lo hace para lucrarse con la ganancia sino para atender las necesidades de éste. De modo que no concurre aquí el riesgo-beneficio al que aludíamos para justificar la responsabilidad del *dominus*, ni aún en el supuesto de que, efectivamente, la venta del bien se haga con ánimo crematístico, ya que no concurre la voluntad del principal. Tanto la iniciativa como la gestión parten del representante.

Un campo bastante inexplorado, quizá por razones puramente pragmáticas, es el relativo a la exigencia de responsabilidad por parte de la Administración. Cuando el representante legal se extralimita, actúa contrariando la ley o la autorización concedida en procedimiento judicial. A falta de actuación privada, donde el tercero inste de la autoridad competente la sanción del infractor, en calidad de perjudicado, debería actuar de oficio el Ministerio Fiscal.

Los arts. 541.1 LOPJ y 1 EOMF, dicen que el Ministerio Público tiene como misión “promover la acción de la Justicia”, en defensa de la legalidad y del interés

público tutelado por la ley. El art. 3.6 del EOMF establece que le corresponde (obliga, no faculta) tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley; mientras que, según el punto 7, también le corresponde intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social; y el punto 9 le obliga a velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

Sabemos que la representación legal se constituye directamente por la ley (patria potestad) o a través de una resolución procesal (patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, defensor judicial, representante del ausente). La extralimitación de una representación adquirida por cualquiera de estas dos vías atenta contra el interés público que el fiscal está obligado a velar, tanto si con ella el representante incumple el poder como si cumple de forma defectuosa.

El problema lo encontramos la falta de medios con que cuenta el Ministerio Público para actuar de oficio y en la ausencia de interés en el tercero, ya que la posible sanción que pudiera recaer sobre el representante extralimitado no le beneficiaría a él sino al Estado. El régimen sancionador recogido en la LEC (multa¹⁰⁴⁷, multa más posible delito de desobediencia a la autoridad¹⁰⁴⁸ y otras de inconcreto contenido¹⁰⁴⁹) impide que la posible sanción económica derivada de la extralimitación repercuta a favor del tercero perjudicado.

Es, además, coherente con la responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños ocasionados por los empleados públicos con ocasión de la extralimitación en la prestación de los servicios públicos¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ Arts. 15 bis, 112, 176, 183.6, 190, 228.2, 247, 270.2, 286.4, 288, 304, 320.3, 344.2, 441.4, 589.3, 591.2, 673.3, 710.1, 711 y 776 LEC.

¹⁰⁴⁸ Arts. 292, 381.2, 395, 422 y 452 LEC.

¹⁰⁴⁹ Arts. 699 (apremios personales) y 709 (cualesquiera otras medidas resulten idóneas) LEC.

¹⁰⁵⁰ Véanse las SSTS relativas a responsabilidad médica de 11 marzo 1995 (Roj: STS 1436/1995, ECLI:ES:TS:1995:1436 y Roj: STS 1442/1995; ECLI: ES:TS:1995:1442), 21 julio 1997 (Roj: STS

II. EXTRALIMITACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

II. 1.- La naturaleza jurídica de la representación orgánica y la posibilidad de extralimitación

La representación orgánica también se ha denominado representación necesaria¹⁰⁵¹, al ser imprescindible una persona física que actúe en nombre o interés de la jurídica.

Para un sector de la doctrina las personas jurídicas no actúan por medio de representantes sino de órganos¹⁰⁵². Defiende la idea de que el órgano es parte integrante de la persona jurídica, mientras que la representación exige dos personalidades diferentes –la actuación de una persona produce efectos a favor y en contra de otra diferente-, lo que no impide que dentro de una misma entidad puedan concurrir órganos y representantes voluntarios, como ocurre con los apoderados de los bancos. *Hupka* niega la existencia de apoderamiento en el hecho de ejercer cargo representativo deferido con arreglo a estatutos, pues conceptualmente el apoderamiento implica autorización¹⁰⁵³. Castán afirma que la distinción “representante-órgano”, para referirse a quienes actúan en interés de las personas jurídicas, carece de importancia práctica ya que de actuarse sin poderes suficientes el acto sería nulo¹⁰⁵⁴. Albaladejo niega el negocio (representativo) de la persona física con efectos *para* la persona jurídica, sino un negocio *de* ésta (y para ésta) realizado por el órgano adecuado para

5207/1997; ECLI:ES:TS:1997:5207) o 26 septiembre 1997 (Roj: STS 5682/1997; ECLI:ES:TS:1997:5682); o frente a RENFE, STS 26 septiembre 1997 (Roj: STS 5685/1997; ECLI:ES:TS:1997:5685); donde se ha juzgado la posible existencia de *culpa in vigilando* o *in eligendo*, para terminar declarando que no cabía estimar el recurso de casación en ninguno de los cuatro supuestos examinados.

¹⁰⁵¹ Ver SAP Santa Cruz de Tenerife 19 septiembre 2005 (La Ley 180057/2005).

¹⁰⁵² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, pág.466; PUIG BRUTAU, J., *Compendio...*, pág. 352; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico...*, pág. 581.

¹⁰⁵³ HUPKA, J., *La representación voluntaria...*, pág. 13.

¹⁰⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, pág. 467.

verificarlo¹⁰⁵⁵.

Sin embargo, otros autores la admiten¹⁰⁵⁶, lo que tampoco significa que concurra siempre pues, de acuerdo con el principio representativo, es necesaria una actuación social *ad extra*¹⁰⁵⁷. Para *Visintini*, la categoría conceptual de la representación orgánica ha conservado su relevancia sobre todo en aquellos casos en los que cabe imputar al ente las actividades de negociación llevadas a cabo en su nombre, e incluso los estados subjetivos de buena o mala fe, conocimiento o ignorancia, que afectan a diversos fines¹⁰⁵⁸.

Nuestro Tribunal Supremo viene admitiéndola desde antiguo¹⁰⁵⁹. La doctrina del Alto Tribunal puede resumirse en la STS 19 abril 2016 (Roj: STS 1665/2016;

¹⁰⁵⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación...”, pág. 775.

¹⁰⁵⁶ RIVERO HERÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 107; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1715, pág. 11723; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “La representación en los actos jurídicos...”, pág. 221; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, pág. 247.

¹⁰⁵⁷ PAZ-ARES, C., “Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698 del Código Civil...”, art. 1697, pág. 1477, para quien la sociedad interna carece de representación orgánica, puesto que *ad extra* no está unificada. En tales circunstancias no hay representación de la sociedad (que no existe como centro de imputación) sino de los socios individualmente considerados.

¹⁰⁵⁸ En GALGANO, F., y VISINTINI, G., *Effetti del contratto...*, pág. 202.

¹⁰⁵⁹ SSTS 2 junio 1992 (Roj: STS 13228/1992; ECLI:ES:TS:1992:13228); 19 febrero 1993 (Roj: STS 19110/1993; ECLI:ES:TS:1993:19110); 28 junio 2004 (Roj: STS 4518/2004; ECLI:ES:TS:2004:4518); 30 octubre 2013, (Rec. 1780/2011); 13 octubre 2014 (Rec. 1161/2012); 25 noviembre 2016 (Roj 5143/2016; ECLI:ES:TS:2016:5143). También en las SSTS 26 mayo 1982, (Roj: STS 111/1982; ECLI:ES:TS:1982:111), 15 mayo 1995 (Roj: STS 2726/1995; ECLI:ES:TS:1995:2726), a propósito del presidente de una comunidad de propietarios, si bien en otras califica este tipo de representación como una forma híbrida entre la representación orgánica y la puramente voluntaria [SSTS 5 junio 1979 (Roj: STS 4764/1979; ECLI:ES:TS:1979:4764), 9 enero 1984 (Roj: STS 233/1984; ECLI:ES:TS:1984:233), 25 noviembre 1988 (Roj: STS 9506/1988; ECLI:ES:TS:1988:9506), 23 septiembre 1991 (Roj: STS 11850/1992; ECLI:ES:TS:1992:11850)]. BÁDENAS CARPIO, J.M., “La representación de la propiedad horizontal...”, pág. 155, dice a propósito de la “representación orgánica de la propiedad horizontal” que esta idea fue construida por la doctrina española en torno a los años setenta y trató de afianzarse sobre bases jurisprudenciales, especialmente sobre la sentencia de 19 de junio de 1965, refrendada por la de 26 de mayo de 1982. En estas resoluciones el TS entendió que, siendo el presidente uno de los tres “órganos” a los que la Ley de Propiedad Horizontal confía el adecuado funcionamiento de esta forma de copropiedad, la autorización efectuada por el presidente debía ser considerada como si lo fuera por la propia comunidad, “sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir por extralimitación de sus poderes” (este último entrecomillado es del doctorando). Algunos autores también entienden que la representación de los gerentes y administradores de las sociedades civiles y mercantiles es de carácter legal, al constar tipificados tanto los cargos como sus funciones. Es el caso de GALINDO GARFIAS, I., “Representación, mandato y poder...”, pág. 14.

ECLI:ES:TS:2016:1665), que dice así: “La jurisprudencia de esta Sala, sintetizada en la sentencia 14 marzo 2002 (Roj: STS 1847/2007; ECLI:ES:TS:2002:1847), distingue entre la representación orgánica que legalmente corresponde al administrador o administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales. Consecuencia de dicha distinción es que mientras la representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, la representación voluntaria para actos externos, admitida por el artículo 141.1 del TRLSA de 1989 (hoy, art. 249.1 del TRLSC) se rige por las normas del CC sobre el mandato, y por los artículos 281 y siguientes del CCo sobre el mandato mercantil. Y consecuencia de esto último, a su vez, es que subsisten las facultades del apoderado pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día”¹⁰⁶⁰.

Aunque también ha sido calificada por nuestros tribunales como representación legal: según el AAP Cáceres 18 septiembre 2006 (Rec. 452/2006), quien representa a la persona jurídica es el sujeto determinado por la ley, debiendo entenderse excluida cualquier otro tipo de representación, incluida la voluntaria; de modo que cuando se permite a las partes comparecer en juicio por sí mismas, si se trata de personas jurídicas deberán hacerlo a través de quienes tengan reconocida su representación por ministerio de la ley y, en otro caso, mediante representación procesal.

¹⁰⁶⁰ SSTS 19 febrero 1997 (Roj: STS 1147/1997; ECLI:ES:TS:1997/1147), 19 enero 2000 (Roj: STS 183/2000; ECLI:ES:TS:2000:183), 30 julio 2001 (Roj: STS 6685/2001; ECLI:ES:TS:2001:6685) y sentencia 3 diciembre 2001 (Roj: STS 9478/2001; ECLI:ES:TS:2001:9478). Aunque hay casos, como la STS 20 febrero 2012 (Rec. 1887/2008), que la niega, admitiendo, en cambio, que el “órgano” de la persona jurídica pueda otorgar poder de representación voluntaria. En esta sentencia dice que no existe infracción de los arts. 1259 y 1727 CC, porque existe poder de representación, acreditado en la instancia, “como negocio jurídico unilateral por el que el representado (si es persona jurídica, el órgano de ésta) otorga al representante el poder de actuar en su nombre, de tal forma que el negocio jurídico que éste celebre, negocio jurídico representativo, producirá la eficacia que recaerá sobre el representado”.

También ha sido admitida por la DGRN¹⁰⁶¹. Este centro directivo ha declarado que cuando el legislador español hizo el proceso de adaptación de las Directivas de la CEE en materia de sociedades “optó claramente por un modelo distinto del que se sigue en materia de representación voluntaria en el Código Civil” (RDGRN 13 febrero 2012, BOE 8 marzo 2012, págs. 21827 a 21838), siendo “doctrina consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones de este centro directivo que deben incluirse dentro del poder de representación de los administradores, y consiguientemente tenerse por eficaces en la esfera patrimonial de la sociedad representada (sin perjuicio de reconocer a ésta, el derecho a exigir responsabilidad al administrador que se hubiera extralimitado, incluso solicitar la declaración de nulidad si concudiesen los requisitos necesarios) todos los actos que sean o supongan desarrollo o ejecución del objeto social” [RDGRN 15 octubre 2005 (La Ley 2056/2005)].

La diferencia de caracteres y alcance entre representación orgánica y voluntaria ha llevado a este Centro Directivo a la posibilidad de admitir la concurrencia de ambas representaciones en una misma persona. Sin embargo, se ha considerado que por afectar a la estructura de la sociedad, las dificultades que plantea su revocación y la falta de utilidad de la figura, un administrador único pueda conferirse a sí mismo un poder general¹⁰⁶².

A nivel normativo y en el entorno europeo, la Primera Directiva en materia de Sociedades de 9 de marzo de 1968, en su art. 9º, párrafo 1º, encomendó la representación de la sociedad a sus órganos, que habían de estar investidos de

¹⁰⁶¹ RRDGRN: 11 noviembre 1991 (BOE nº 302, 18 diciembre 1991, págs. 40910 y 40911), 17 noviembre 1998 (BOE nº 7, 8 enero 1999, págs. 768 a 770), 20 abril 2005 (La Ley 12091/2005), 5 mayo 2005 (La Ley 12484/2005), 1 agosto 2005 (BOE nº 251, 20 octubre 2005, págs. 34287 a 34290), 20 septiembre 2006 (BOE nº 287, 1 diciembre 2006, págs. 42350 a 42351), 27 septiembre 2006 (BOE nº 250, 19 octubre 2006, págs. 36535 a 36537), 3 octubre 2006 (BOE nº 257, 27 octubre 2006, págs. 37535 a 37537), 4 octubre 2006 (BOE nº 257, 27 octubre 2006, págs. 37537 a 37539), 16 diciembre 2006 (BOE nº 17, 19 enero 2007, págs. 2799 a 2802), 20 diciembre 2006 (BOE nº 20, 23 enero 2007, págs. 3221 a 3223), 16 noviembre 2007 (La Ley 266026/2007), 16 marzo 2009 (La Ley 15362/2009), entre otras.

¹⁰⁶² RDGRN de 26 de febrero de 1991, citada por MARIÑO PARDO, F., La representación, en <http://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/60-tema-26-la-representacion>

los poderes que la Ley atribuya o permita atribuir, es decir, parte de una representación orgánica, no voluntaria.

Alemania optó por un sistema de representación impropia o mixta en la *Aktiengesetz* (o *AKT*), asignándose a uno o varios miembros de la Dirección junto con un *Prokurist* –similar al factor notorio del CCo-, que goza exclusivamente de la consideración de órgano cuando actúa conjuntamente con un miembro de la Dirección, mientras que actuando como representante individual queda sometido al régimen general del *HGB*¹⁰⁶³. Actualmente la representación puede estar encomendada a un administrador único o a varios –de forma solidaria, mancomunada o a un órgano social- debiendo determinarse cuál de estas formas se adopta, bien en los estatutos, bien en la junta de accionistas. Es posible que el administrador otorgue poderes concretos para negocios determinados a terceras personas, sin necesidad de especiales formalidades, o que la junta nombre al *Prokurist*, cuya inscripción registral es preceptiva.

La ley francesa de sociedades de 24 de julio de 1966 atribuye la representación al Consejo de Administración; el art. 113 de la ley asigna al presidente del Consejo de Administración la consideración de representante nato de la sociedad. En la actualidad se sigue manteniendo este criterio para las sociedades anónimas en el nuevo Código de Comercio, que amplía las posibilidades con la aparición de nuevos tipos sociales y de nuevas figuras, como el gerente-mandatario de los fondos de comercio (art. L-146.1 CCo). En las sociedades colectivas todos los socios son gerentes y, por tanto, representantes sociales, salvo previsión en contra de los estatutos (art. L-221-3 y L-221-5 CCo); en las comanditarias simples la ostentan los socios colectivos (igual que ocurre en nuestro país) sin que puedan ejercerla los comanditarios ni siquiera actuando como apoderados (art. L-222-6 CCo).

¹⁰⁶³ ARANGUREN URRIZA, F.J., y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, ID vLex: 231414, pág. 7.

La regulación de las sociedades anónimas en Italia se ubica dentro del CC 1942, auténtico Código de Derecho privado. En línea con las legislaciones latinas, su art. 2384 atribuye la potestad de representación a los administradores, aunque puede quedar reservada a uno o varios en virtud de la ley o del acto constitutivo.

Por lo que respecta a nuestro país, determinados preceptos legales parecen avalar la admisión de la representación orgánica. El artículo 7.4 LEC exige que las personas jurídicas actúen en el ámbito del proceso a través de quienes “legalmente las representen”. El art. 209 TRLSC dice que en la sociedad de capital “es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”, precepto que se desarrolla en el Capítulo IV del Título VI, arts. 233 y ss. El art. 233 atribuye la representación a una o varias personas, dependiendo de la composición del órgano social – administrador único, administración solidaria o mancomunada-. En caso de optar por la solidaridad, el punto 2.b) del referido precepto dice que “el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno”. Esta norma, además de reconocer expresamente la representación a cada miembro del órgano social, se somete al mecanismo propio de las relaciones representativas, que distingue entre unas relaciones *ad intra* y otras *ad extra*. Así la persona jurídica podrá llegar a los acuerdos internos que tenga por conveniente, que serán inoponibles a terceros. El art. 374.1 TRLSC acuerda la extinción del poder de representación de los administradores tras la apertura del período de liquidación, que pasan a asumirlo los liquidadores. El art. 479 TRLSC atribuye la gestión y representación de la sociedad anónima europea a la dirección social, cuya composición desarrollan los arts. 480 y ss. El art. 124 RRM regula la “Administración y representación de la sociedad” y en él dice que los estatutos contendrán la

estructura del “órgano” al que se confía la administración, como también a qué administradores se confiere el poder de representación¹⁰⁶⁴.

Desde nuestro punto de vista, la representación orgánica es verdadera representación. La idea de la doble personalidad no constituye razón suficiente para justificar la diferencia entre representante y órgano, desde el momento en que el Derecho está plagado de ficciones con las que tutelar intereses jurídicamente protegidos. Sirva de ejemplo el autocontrato, donde se admite el negocio jurídico del autocontratante consigo mismo, partiendo de la premisa de que una misma persona puede representar dos voluntades diferentes: una, por derecho propio, y otra/s, la/s ajena/s, que es donde entra en juego la ficción legal; o disociando la voluntad propia para sustituir dos voluntades extrañas. Quienes rechazan esta dualidad, consideran que existe una sola voluntad -lo que impediría calificarlo de contrato-, aunque admitida por la doctrina, la jurisprudencia y la DGRN, siempre que no exista colisión de intereses y no esté comprendida dentro de una prohibición legal.

La titularidad de dos patrimonios independientes se basa en el mismo principio y encuentra el mismo escollo. No obstante, resultaba admitida por las ya derogadas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, que crearon las sociedades de capital de socio único, a consecuencia de una transposición de la Directiva Comunitaria 89/667¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, pág. 246, opina que al corresponder el poder de representación a los administradores, la Junta General no es competente para conceder apoderamientos generales.

¹⁰⁶⁵ Actualmente se regulan en los arts. 12 y ss. TRLSC y tienen cobertura legal en *Liechtenstein* (primera manifestación de la existencia de sociedades unipersonales en Europa, con el “Código de las Personas Físicas y Mercantiles”, de 1926, posteriormente incorporado al Código civil), Alemania (a través de la sociedad de fundación unipersonal, que se incorporó a la *GmbHG* o *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* –Sociedad de Responsabilidad Limitada-, de 4 de julio de 1980, y entró en vigor el 1 de enero de 1981, modificada el 26 de junio de 2008; en la actualidad la legislación acerca de esta materia la hallamos en una norma complementaria de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), Francia (con la Ley 556 de 1977, que culmina un proceso iniciado en 1945 con la nacionalización de la banca), Gran Bretaña (con las *Limited Private Companies*, a consecuencia de la Directiva 89/667/CEE que hizo reformar el 15 de julio de 1992 la *Company Regulations Act* de 1985 y la *Insolvency Act* de 1986, aunque tiene su origen en el célebre caso *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* de 1897), Holanda y Portugal en

La respuesta a esta cuestión puede ser tratada diferenciando entre representación de primer y de segundo grado, o entre representación mediata e inmediata. Los argumentos ofrecidos por la doctrina para justificar la exclusión identifican “órgano social” con los miembros que lo integran, lo que es tanto como identificar a la “persona jurídica” con sus socios, accionistas o copartícipes. La persona jurídica es una ficción en sí misma creada por el Derecho para actuar en el tráfico jurídico. Los órganos constituyen una subdivisión para la racionalización del trabajo dentro del ente pero, a diferencia de éste, carecen de personalidad jurídica. La personalidad se predica del conjunto y es algo distinto a la suma de las personalidades físicas de sus componentes, igual que los órganos no son una suma de las personalidades de sus integrantes. Así, si las personas físicas que integran el órgano cambian, éste permanece inalterable. Estos sujetos no “son” el órgano sino que “representan” al órgano y, por extensión, a la sociedad. De este modo, los miembros del órgano de administración no son el órgano de administración sino que representan al órgano que, a su vez, representa a la sociedad. La representación que el sujeto ejerce del órgano sería inmediata o de primer grado, y mediata o de segundo grado respecto de la persona jurídica, al actuar por intermediación del órgano al que pertenecen.

Esta teoría viene avalada por el art. 212.2 TRLSC, que disocia la condición de socio y administrador; por tanto, y salvo disposición en contra de los estatutos, puede ser representante quien está integrado en el órgano social sin ser miembro de la sociedad. O, de forma más clara aún, por los arts. 11.4 y 15.3 LODA¹⁰⁶⁶, que hablan expresamente de “órgano de representación”, así como

1986 y Luxemburgo en 1987 (con la modificación del Código Civil y de la Ley de Sociedades) e Italia (en 1993, a la vez que permitía la transformación de sociedades pluripersonales en unipersonales).

¹⁰⁶⁶ Art. 11.4 LODA: “Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Sólo podrán formar parte del órgano de representación los asociados.” Art. 15.3 LODA: “Los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o

de “miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación”; de este modo se reconoce expresamente la naturaleza representativa del órgano y la posibilidad de que junto a este tipo representativo puedan concurrir otros. Postura que resulta avalada por las Leyes de Asociaciones de Cataluña, de 18 de junio de 1997, y de Canarias, de 28 de febrero de 2003.

También sirve este argumento para dar respuesta a otro tipo de críticas, como la mantenida por *Hupka*, pues conceptualmente el apoderamiento implica autorización. En la representación orgánica la autorización nacería, de forma mediata, de los estatutos y, de forma inmediata, de las Juntas que determinan la composición de los órganos, expresando la voluntad social. De igual modo que en la representación legal del tutor –y que el mismo autor admite– la autorización nacería, de manera directa, del juez que interpreta la norma y valora las circunstancias concurrentes, y, de manera indirecta, de la Ley que regula los derechos y obligaciones del tutor y del pupilo.

También la Administración Pública utiliza un esquema similar. De ahí que Álvarez Caperochipi afirme que “alrededor de la teoría de la representación surge la teoría orgánica e institucional del Estado y la personalidad que originada en *Gierke*, -que- tendrá sus máximos representantes en *Laband*, *Jellinek*, *Hariou* y *Santi Romano*”¹⁰⁶⁷.

La teoría que niega la representación orgánica generaliza una equiparación parcial que la Ley hace entre persona y ente, pensada para un fin concreto -el otorgamiento de personalidad jurídica propia-, a otros aspectos de la realidad física para los que no está pensada¹⁰⁶⁸. En este sentido, Alfaro Águila-Real dice que la función del Registro Mercantil es “compensar” la falta de “corporeidad” de

negligentes.”

¹⁰⁶⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El mandato y la comisión...*, pág. 18.

¹⁰⁶⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ut supra*, habla de la “personificación” de la representación.

las personas jurídicas, que han de actuar a través de órganos en el tráfico¹⁰⁶⁹, y Ávila de la Torre, quien afirma que “el recurso a la representación encuentra justificación en la peculiar naturaleza técnica del tipo social”¹⁰⁷⁰.

En Italia, *Francesco Caringella*, que también defiende su existencia, afirma que “la peculiaridad de la representación orgánica esté en el hecho de que, a diferencia de la representación propia y verdadera, no presupone una dualidad de sujetos y no comporta propiamente una sustitución de uno por el otro en el cumplimiento de una actividad, más bien postula la identificación entre el órgano representativo y el ente representado”¹⁰⁷¹.

II. 2. La representación indirecta en la extralimitación de la representación orgánica

Rivero Hernández asegura que el esquema indirecto es admisible en el ámbito de la representación voluntaria, no de la orgánica –ni de la legal, podemos añadir-, ya que el art. 1697.1º CC exige que el socio obre “en su carácter de tal”, mientras que la sociedad no queda obligada frente a terceros cuando el socio haya actuado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo – art. 1698, segundo párrafo CC-¹⁰⁷². Marín López se muestra contrario y entiende que el socio puede contratar en nombre propio, como prevé el art. 1698, segundo párrafo, CC¹⁰⁷³.

Aceptamos la argumentación ofrecida por Rivero ya que la propia ley crea la exigencia, a pesar de que otros contratos contengan una regulación diferente,

¹⁰⁶⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Libertad estatutaria y poder de los administradores”, *Almacén de Derecho, Derecho Mercantil, Sentencias, Comentarios*, noviembre 3, 2015, pág. 4.

¹⁰⁷⁰ ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad anónima. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 633, Marzo-Abril 1996, pág. 478.

¹⁰⁷¹ CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Civile...*, págs. 482 y 483.

¹⁰⁷² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 229.

¹⁰⁷³ MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario de los artículos 1697 y 1698 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, art. 1697, pág. 1943.

como el mandato. El art. 1717 CC prevé la posibilidad de que el mandatario obre en nombre propio o ajeno y, en cualquier caso, la finalidad última del negocio representativo es satisfacer el interés del *dominus*. Por ello el mandatario que ha obrado en nombre propio debe transmitir los bienes o servicios logrados con su gestión al mandante –art. 1720 CC-. Con el fin de lograr su efectividad –así como la de cualquier derecho derivado del contrato: reembolso de cantidades, intereses, daños y perjuicios, derecho de retención-, el último párrafo del art. 1717 CC reserva las oportunas acciones entre mandante y mandatario. Un precepto como este o similar no existe en el contrato de sociedad. El art. 1698 CC parte de la prohibición del socio de contratar en nombre propio. Solo admite, como excepción, la obligación *ad intra* (y entendemos que también *ad extra*) cuando la sociedad, es decir, el representado, se haya beneficiado de estos actos, con ánimo de resarcir los gastos, los daños y perjuicios sufridos, y evitar el enriquecimiento injusto en que incurriría de no pagar por aquello que le favorece.

II. 3.- La limitación de los poderes y su oponibilidad a terceros

II. 3.1.- Sociedades mercantiles

Las soluciones adoptadas por el Derecho comparado han sido varias. El IX Congreso Internacional del Notariado Latino, al hilo del tema “la representación de las sociedades mercantiles”, señaló la existencia de tres sistemas básicos para concebir el poder de representación orgánico, adoptando el segundo de ellos, en cuya virtud los representantes orgánicos están investidos de todas las facultades precisas para la realización del objeto social¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁴ ARANGUREN URRIZA, F.J., y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación...”, págs. 5 y 6.

La representación orgánica de la sociedad de capital en el ámbito europeo se basa en tres principios: el poder se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado por los estatutos¹⁰⁷⁵; el exceso de poder no es oponible por la sociedad a terceros que hubieran actuado de buena fe y sin culpa grave; las limitaciones al poder de representación contenidas en los estatutos no son oponibles a terceros aunque estén publicadas por el Registro Mercantil. Con estas tres reglas, los ordenamientos europeos eliminan la llamada doctrina *ultra vires* que protegía a los socios frente a las actuaciones de los administradores con exceso de poder, en un entorno en el que los socios no disponían de mecanismos eficaces para controlar a los administradores¹⁰⁷⁶. A nivel particular:

- El sistema alemán no permite limitar en modo alguno el poder de representación frente a terceros, con el fin de proteger al tercero contratante.

- El Consejo de Administración regulado por la ley francesa, se halla investido de los más amplios poderes, y los ejercerá dentro de los límites del objeto social y con la reserva de los expresamente atribuidos por la Ley a la Asamblea de accionistas (Ley 67/559, de 12 de julio de 1967; Orden núm. 67/1776, de 20 de diciembre de 1969). Es el propio legislador el que determina las limitaciones a las que se encuentra sujeto el órgano. Y en las relaciones con terceros la sociedad quedará obligada en la extralimitación, a no ser que se pruebe que el tercero era conocedor del traspaso.

- Las limitaciones del poder de representación en el Código italiano, aun cuando resulten del acto constitutivo o del Estatuto y/o hayan sido

¹⁰⁷⁵ Según BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil...*, pág. 496, solo quedarían excluidos del poder de representación de los administradores los actos contrarios al poder social, llamados "actos liquidativos".

¹⁰⁷⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El poder de representación de los administradores, Derecho Mercantil", domingo, 6 de enero de 2013, pág. 1.

publicadas, no serán oponibles a terceros, salvo que éstos hayan actuado intencionadamente en daño de la sociedad.

En España el criterio no es pacífico. En el ámbito societario tanto el poder para administrar como el poder para representar son, en principio, ilimitados dentro del objeto social. El propio objeto social constituye el límite. El poder de administración admite su limitación siempre que no quede vacío de contenido¹⁰⁷⁷. Sin embargo, la existencia de varios tipos sociales permite establecer ciertas distinciones:

El poder en la representación de sociedades colectivas es ilimitado, según la opinión doctrinal más autorizada¹⁰⁷⁸.

Los arts. 129.1 TRLSA de 1989 y 63.1 LSRL de 1995 impedían la limitación frente a terceros de las facultades representativas de los administradores, con respecto a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, aunque se hallara inscrita en el Registro Mercantil, principio que también recoge el art. 234.1 TRLSC.¹⁰⁷⁹ Pero el segundo punto del art. 234 refuerza la protección de terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, en cuyo caso la sociedad quedará obligada incluso por aquellos actos no comprendidos en el objeto social, de conformidad con los estatutos inscritos en el Registro Mercantil. Los límites así fijados solo tendrán eficacia *ad intra*. Esta protección solo afecta a la extensión del poder representativo, no a quienes ostentan esa representación ni su régimen mancomunado o solidario de

¹⁰⁷⁷ PAZ-ARES, C., "Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698 del Código Civil...", art. 1692, pág. 1455. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., "Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil...", art. 1714, págs. 11723 y 11724, opina que la ilimitabilidad de los poderes de representación del órgano de representación de las sociedades mercantiles ha de considerarse una regla derivada de las especialidades del tráfico mercantil.

¹⁰⁷⁸ PAZ-ARES, C., *ut supra*, pág. 1479.

¹⁰⁷⁹ ÁVILA DE LA TORRE, A., "Delimitación del ámbito del poder...", pág. 15, quien en las págs. 19 y 20 afirma, además, que el legislador introduce esta imposibilidad a consecuencia de la transposición de la Directiva CEE de 9 de marzo de 1968, ante las dificultades prácticas planteadas, proponiendo un ámbito típico e inderogable de las facultades de actuación de los administradores, tendente a proteger la seguridad del tráfico jurídico a través de la apariencia. En el mismo sentido BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil...*, pág. 495.

actuación. En estos casos la inscripción registral de tales menciones estatutarias será oponible como regla general a terceros de buena fe desde su publicación en el BORMe de conformidad con los arts. 21 CCo, 9 y 124 RRM.

Cuestión distinta es la posibilidad o no de limitar los poderes generales típicos (por ejemplo, los del factor mercantil) y, en caso afirmativo, si estas limitaciones son oponibles a terceros. Una primera interpretación conduciría a considerar estos poderes como ilimitables, a tenor de lo dispuesto en los arts. 286 y 287 CCo, de modo que, de limitarse, afectaría a las relaciones internas entre empresario y auxiliar, no a las externas. Otra segunda interpretación permite que se puedan limitar siempre que no se desnaturalicen sus facultades, en base al art. 283 CCo. Solo serán oponibles a tercero de buena fe siempre que los límites estuvieran inscritos en el Registro Mercantil y el tercero hubiera tenido oportunidad de conocerlos. La mayor parte de la doctrina¹⁰⁸⁰ y el TS, en algunos pronunciamientos *obiter dicta*¹⁰⁸¹, se han decantado por esta segunda interpretación salvo en el caso del factor notorio, por aplicación del art. 286 CCo.

En principio parece que, o bien son limitables los poderes o son indelegables determinadas potestades (es decir, no pueden entrar a formar parte del elenco típico del factor mercantil), ya que el legislador ha querido que algunas facultades del empresario sean ejercidas directamente por los administradores¹⁰⁸². Es el caso de la rendición de cuentas y la presentación de los balances de la Junta General, que constituye una competencia exclusiva e intransferible de los administradores¹⁰⁸³; las facultades del Consejo de Administración que no serían

¹⁰⁸⁰ BROSETA PONT, M., *ut supra*, pág. 122, admite la limitación respecto del factor siempre y cuando no se desnaturalice la figura. Aunque SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, págs. 141 y 142, quien considera al factor el “alter ego” del empresario, apunta que estas limitaciones sólo tienen eficacia interna y no frente a terceros cuando se trate de algo que afecte a lo que pertenece al giro o tráfico de la empresa. También lo considera “alter ego” del empresario COLÁS ESCANDÓN, *ut supra*, nota 70.

¹⁰⁸¹ SSTS 19 junio 1981 (Roj: STS 181/1981; ECLI:ES:TS:1981:181), 5 abril 1982 (Roj: STS 1131/1982; ECLI: ES:TS:1982:1131), 11 abril 2011 (Roj: STS 2028/2011; ECLI:ES:TS:2011:2028)

¹⁰⁸² ARPIO SANTACRUZ, J., “El ámbito del poder de representación...”, págs. 375 a 379. Según MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil...”, pág. 138, en el Derecho alemán es ilimitable el poder institorio –art. 49 CCo–.

¹⁰⁸³ RRDGRN 20 diciembre 1990 (BOE nº 29, 2 febrero 1991, págs. 3721 a 3723) y 18 julio 2006

delegables en Consejeros Delegados¹⁰⁸⁴; las facultades que la Ley reserva a la competencia de la Junta General –art. 160 TRLSC y 231-52 del Anteproyecto, y art. 511 bis TRLSC y 283-1 del Anteproyecto para las sociedades cotizadas-; la autocontratación¹⁰⁸⁵, etc. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley para el futuro CCo refuerza el carácter típico de los poderes del apoderado general en su art. 122-1, apartado 2, y prohíbe que las limitaciones sean oponibles a terceros de buena fe aunque se hubieran inscrito en el Registro Mercantil, atribuyéndoles eficacia *inter partes* (sin distinciones).

Como podemos observar, mientras la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito mercantil tratan de restringir la tipicidad de ciertos poderes¹⁰⁸⁶, la legislación se orienta hacia el respeto por los límites formales con los que garantizar la seguridad del tráfico mercantil y la protección de la apariencia; haciendo primar la seguridad del tráfico sobre la seguridad jurídica.

Junto a las sociedades de capital más comunes, anónima y de responsabilidad limitada, existen otros tipos sociales especiales, con órganos de representación y gobierno: la sociedad nueva empresa, subtipo especial de la SRL, creada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, que asigna la representación social a los administradores, quienes han de ostentar necesariamente la condición de socios (arts. 447 y 448 TRLSC); y la sociedad comanditaria por acciones, cuya representación recaerá necesariamente sobre los socios colectivos (art. 252 TRLSC). Las agrupaciones de interés económico, uniones fomentadas por el ordenamiento jurídico, que poseerán unos administradores con facultades de dirección, representación y responsabilidad (arts. 12 a 14 LAIE). Y otras de base mutualista: la cooperativa, donde el ámbito de poder del Consejo Rector se

(BOE nº 203, 25 agosto 2006, págs. 31185 a 31187).

¹⁰⁸⁴ RDGRN 20 diciembre 1990 (art. 249 bis TRLSC y 231-99 del Anteproyecto de Ley).

¹⁰⁸⁵ RRDGRN 18 julio 2006, 13 febrero 2012 (BOE nº 58, 8 marzo 2012, págs. 21827 a 21838), 21 junio 2013.

¹⁰⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, pág. 247, no ve obstáculo a una cláusula que extienda el ámbito de representación más allá de lo previsto en la Ley, de modo que la sociedad quede vinculada en todo caso por los actos de los representantes orgánicos “estén o no comprendidos en el objeto social”.

extiende a todos los actos que se integren en el objeto social, siendo ilimitable frente a terceros, ni siquiera a través de los estatutos, y el Presidente del Consejo, que ostentará la representación legal de la cooperativa y cuyo poder sí queda delimitado por lo que establezcan los estatutos; así como la sociedad de garantía recíproca, representada por el Consejo de Administración (art. 40 LRJSGR), sin perjuicio de la posibilidad de delegación de facultades en un órgano unipersonal o pluripersonal.

II. 3.2.- Sociedades civiles

En la sociedad civil hay autores que defienden la limitación discrecional del poder del representante, siendo oponible a terceros, salvo en los casos en los que deba operar la doctrina de la representación aparente¹⁰⁸⁷; mientras que para otros el poder es ilimitado por lo que respecta al objeto social, pero es limitable *in concreto* en el contrato inicial (de sociedad) o después¹⁰⁸⁸.

II. 4.- La influencia de la *contemplatio domini* en la buena fe del tercero

El conocimiento o desconocimiento que el tercero tenga acerca de la identidad del representado servirá, como mínimo, para valorar su buena fe acerca del conocimiento de los límites del poder. El art. 1697.1º CC la exige, cuando dice que para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, se requiere que el socio haya obrado “en su carácter de tal”, por cuenta de la sociedad¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ PAZ-ARES, C., “Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698 del Código Civil...”, art. 1698, pág. 1485. MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario de los artículos 1697 y 1698 del Código Civil...”, art. 1697, pág. 1943.

¹⁰⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, pág. 230.

¹⁰⁸⁹ PAZ-ARES, C., “Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698...”, art. 1697, pág. 1480; MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario de los artículos 1697 y 1698 del Código Civil...”, art. 1697, pág. 1943.

El carácter representativo de quien contrata con el tercero adquiere mayor relevancia en el ámbito del Derecho mercantil que en civil porque, como dijimos, el poder del representante se extiende frente a terceros al objeto social delimitado en los estatutos, aunque exista extralimitación formal del poder de representación.

A este respecto, el TJUE, con ocasión de un recurso prejudicial de interpretación planteado por el TS alemán en virtud del art. 177 del Tratado de Roma, declaró que no sólo en el caso de establecerse un órgano pluripersonal debe indicarse el régimen de representación, individual o conjunto, sino que en el supuesto de un administrador único debe indicarse si le es otorgado poder de representación en su plenitud, aunque tal facultad resulte evidente en el Derecho nacional¹⁰⁹⁰.

Indica Castán¹⁰⁹¹ invocando las RRDGRN 29 noviembre 1900 y 26 junio 1912, que no hay ley alguna que obligue a los representantes de las sociedades o a los apoderados a justificar la vigencia de las autorizaciones o poderes que se les concedan; pero esta justificación, que podría ampararse -dependiendo de las circunstancias del caso- en el principio de buena fe, sirve para amparar o no los actos extralimitados y para eximir de responsabilidad, al igual que sucede con el conocimiento suficiente de los poderes, al que alude el art. 1725 CC.

Sostiene Paz-Ares que el representante tiene el deber de justificar sus poderes y sobre el tercero pesa la carga de cerciorarse acerca de su amplitud¹⁰⁹², aunque creemos más acertada la opinión de que serán las circunstancias del caso – condicionadas por los usos del tráfico, la buena fe, la diligencia debida, etc.- las que guiarán la interpretación más adecuada¹⁰⁹³. En principio, la *contemplatio*

¹⁰⁹⁰ ARANGUREN URRIZA, F.J., y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación...”, págs. 5 a 10.

¹⁰⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Vol. II...*, pág. 876.

¹⁰⁹² PAZ-ARES, C., “Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698...”, art. 1697, pág. 1480.

¹⁰⁹³ Por este motivo ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739

domini y los principios de buena fe y diligencia debida parecen sostener la posición defendida por Paz-Ares: si una persona conoce que otra actúa en nombre y representación de una persona jurídica, deberá cerciorarse de la realidad y alcance de su poder; aunque la realidad demuestra que ni siempre es así ni tampoco debe serlo. Cuando un comercial negocia con un tercero en nombre y representación de la empresa para la que trabaja, parece razonable que el primero haga saber al segundo este hecho y el alcance de su legitimación, y que el tercero pida la exhibición del poder o sufra las consecuencias derivadas de su inactividad. El primero cumple *ab initio* con la exhibición del poder o con la indicación del lugar donde están depositados, siempre que sea accesible al tercero. Si tras una actuación diligente del tercero la empresa revoca los poderes y otorga otros o los modifica, es a ella (directamente o a través de representante) a quien corresponde comunicar el cambio o la extinción, salvo notoriedad manifiesta, especialmente cuando ha creado la apariencia en la que se ha basado el tercero. Este no tiene por qué indagar nuevamente ni siquiera consultar al Registro Mercantil, a no ser que ocurra algún suceso que haga dudar acerca de la suficiencia o haya transcurrido un tiempo lo suficientemente amplio para generar esa duda¹⁰⁹⁴.

Tampoco parece exigible que en actividades notorias cada tercero tenga la carga de exigir y el representante social la obligación de mostrar su poder: pensemos en un vendedor de supermercado y en la clientela con la que diariamente se relaciona o el caso del factor notorio –la notoriedad de la condición de factor, consentida por el empresario, tiene los efectos de un apoderamiento tácito-.

del Código Civil...”, pág. 2981, art. 1714, dice que el tercero tiene el deber de conocer y pedir que se le muestre el poder y aun indagar su contenido “si es desorbitado o de alcance incoherente con el fin pretendido” –el entrecorillado es del doctorando-.

¹⁰⁹⁴ La obligación de consultar el Registro Mercantil –en realidad, carga- deriva del principio de publicidad material, regulado por el art. 9.1 RRM, donde el acto sujeto a inscripción y publicado en el BORMe será oponible a terceros. Este principio no debe confundirse con la publicidad formal de que gozan otros registros, como el Civil o el propio Registro Mercantil –art. 12 RRM-. De ahí que la carga de consultar solo sea exigible en aquellos registros donde rige este principio –por ejemplo, el Registro de la Propiedad-.

En el ámbito específico de los títulos cambiarios, el art. 9, primer párrafo, LCCh recoge un supuesto especial de *contemplatio domini*, -precepto que resulta igualmente aplicable al pagaré y al cheque en virtud de las remisiones contenidas en los arts. 96 y 116 LCCh-. Establece que todos los que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la antefirma. La jurisprudencia ha interpretado de manera flexible el requisito recogido en el precepto, siendo suficiente la estampación del sello del representante o administrador de la sociedad o entidad, con los datos suficientes para identificarla.

La doctrina contradictoria de las AAPP acerca de la posibilidad de omitir toda referencia a la existencia de un poder, deduciendo la condición con que interviene de las menciones que constan en la letra de cambio, llevó al TS a resolver un recurso para unificación de doctrina. La STS 5 abril 2010 (Rec. 455/2006) estableció que el poder se presume en los administradores de las compañías, conforme al segundo párrafo del referido precepto, y en su virtud el requisito se entiende cumplido y el librado queda obligado como aceptante incluso en el caso de que el firmante del título, con poder suficiente para ello, hubiera omitido realizar indicación alguna sobre la actuación representativa llevada a cabo en la suscripción de la aceptación¹⁰⁹⁵. Así, la no expresión de la *contemplatio domini* en nada altera la persona del obligado cambiario siempre que concurren los siguientes requisitos: que tenga poder suficiente, concorra un tercero de buena fe y derive en apariencia y, por último, que el firmante actúe

¹⁰⁹⁵ Referida al libramiento y endoso de la letra de cambio y el pagaré y, en opinión de LA CASA GARCÍA, R., “La expresión documental...”, pág. 3, de aplicación también al aval y a la aceptación de la letra de cambio. En opinión de MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M^a., “La *contemplatio domini* como requisito *ad probationem* de la representación cambiaria ¿un giro en la doctrina jurisprudencial?”, Diario La Ley, n° 8268, Sección Tribuna, Año XXXV, Ref. D-79, Edit. La Ley 1125/2014, 11 marzo 2014, pág. 1, esta doctrina quedó clara para la letra de cambio, no así en la emisión del pagaré, que fue unificada con la STS 9 junio 2010 (Rec. 1530/2006) –seguida por las SSTS 12 diciembre 2011 (Sentencia n° 885/2011), 9 abril 2012 (Sentencia n° 211/2012) y 7 mayo 2012 (Sentencia n° 309/2012)-; como también declara IRACULIS ARREGUI, N., “La representación cambiaria: omisión de la *contemplatio domini* (Doctrina jurisprudencial reciente)”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n°120/2010, Jurisprudencia, Editorial Thomson Reuters, Octubre-Diciembre 2010, pág. 1. Sin embargo, esta sentencia llegaba a consecuencias opuestas a la anterior, es decir, aplicaba una tesis abstracta que, en opinión de MARTÍNEZ-MOYA, aplicada con todo rigor podría “traer consigo consecuencias perversas”. Finalmente, mediante la STS 12 diciembre 2013 (Sentencia n° 752/2013) el Alto Tribunal ha cambiado de criterio y vuelve al sendero de la doctrina causalista.

como representante de la sociedad librada. Ahora bien, y aquí radica su peculiaridad, el art. 10 LCCh establece que el firmante queda obligado personalmente cuando carece de poder para obrar en nombre del representante o se excede del que tiene. Esto quiere decir que, en determinadas ocasiones, la falta de su expresión supone la asunción de deuda por parte de quien firma, y esto ocurre siempre que falte poder de representación o se produzca extralimitación y en el documento no existan elementos suficientes para deducir que la actuación del firmante no lo fue en nombre propio¹⁰⁹⁶. La mención representativa en este caso, es decir, la *contemplatio domini* cambiaria, se convierte en un elemento meramente relativo o probatorio pero no esencial del título¹⁰⁹⁷.

II. 5.- Consecuencias de la extralimitación

II. 5.1.- Sociedades mercantiles

Ávila de la Torre dice que la LSA “facultaba a los administradores para actuar extralimitándose de las competencias asignadas en los Estatutos”, con la consecuencia de la responsabilidad para los propios administradores ex art. 133 LSA, y la ineficacia de sus actos “en un ejercicio de coordinación entre las reglas generales de la representación y el contenido del ya citado artículo 129”¹⁰⁹⁸. Este criterio, aplicable cuando el tercero no sea de buena fe, es actualmente admisible, a la espera de la futura regulación del nuevo Código mercantil.

Este acto “ineficaz” queda sujeto a una posible ratificación por parte de la mercantil, como ha venido admitiendo el TS ex art. 1259 CC, incluso de forma

¹⁰⁹⁶ Es frecuente que esto suceda con el pagaré, al ser una promesa de pago que obliga a quien lo emite, siempre que no conste antefirma, que el firmante actúe en nombre de una sociedad ni el documento permita deducir que fue hecho por cuenta de una sociedad cuyo nombre no consta en el título.

¹⁰⁹⁷ IRACULIS ARREGUI, N., “La representación cambiaria...”, pág. 4.

¹⁰⁹⁸ ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito del poder...”, pág. 464.

tácita, en las SSTs 12 febrero 1976 y 25 abril 1983¹⁰⁹⁹, y 18 marzo 1999¹¹⁰⁰. Resultando que si un órgano –de representación- comete extralimitación, otro órgano –generalmente, Junta General o Asamblea¹¹⁰¹-, como representante a su vez de la voluntad social, es el encargado de ratificar. Ratificación que, igual que sucede en el ámbito de la representación voluntaria, queda limitada temporal y materialmente por la revocación del tercero.

Esto quiere decir, desde nuestro punto de vista, que siempre que hay límites (intrínsecos, sociedades personalistas; o extrínsecos, sociedades capitalistas) puede cometerse extralimitación. La extralimitación no será oponible a terceros de buena fe, sin perjuicio de las acciones de la sociedad frente al socio para exigir responsabilidad. Y que el carácter de la sociedad podrá influir en la buena fe del tercero, ya que existen determinados tipos sociales que admiten limitación de las facultades representativas y otras que la rechazan.

II. 5.2.- La extralimitación en la sociedad civil

En el ámbito de la sociedad civil, el art. 1695.1ª CC dice que todos los socios se considerarán apoderados y lo que cualquiera de ellos haga por sí solo obligará a la sociedad, siendo necesario para que la sociedad quede obligada frente a terceros (es decir, para que exista representación social), que el socio tenga poder en virtud de un mandato expreso o tácito y haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato –art. 1697.3º CC-.

¹⁰⁹⁹ ARANGUREN URRIZA, F.J., y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación...”, pág. 60.

¹¹⁰⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El poder de representación...”, pág. 2.

¹¹⁰¹ La RDGRN 26 noviembre 2003 (BOE 10 enero 2004, págs. 998 a 999), dice que no es inscribible la compra por un Consejero Delegado que se ha extralimitado aunque ratifique la Junta General, porque este órgano carece de facultades para ello, siendo el Consejo de Administración el órgano competente para ratificar.

Esto nos lleva a pensar que en el ámbito de las sociedades civiles el criterio es otro. El art. 1698, segundo párrafo, CC dice que “la sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella”. De estos preceptos podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Existe un diferente tratamiento en las relaciones *ad intra*, del socio frente a la sociedad, y *ad extra*, de la sociedad frente a terceros.
- El socio puede actuar en nombre e interés de la sociedad por su mera condición.
- Esta legitimación le faculta para obrar dentro de los límites del objeto social.
- Puede limitarse la legitimidad del socio mediante poder o mandato.
- El socio debe ajustarse a los límites de su poder (objeto social, poder *stricto sensu*, mandato).
- En lo que se exceda, la sociedad no queda obligada respecto de tercero.

No obstante, el art. 1698 CC establece que la sociedad queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella. Quiere esto decir, con arreglo a la teoría de la *utiliter*, que aunque el socio se extralimite formalmente, si el acto ha beneficiado a la sociedad se entiende que no existe verdadera extralimitación (es decir, no hay infracción de los límites sustanciales), la sociedad queda obligada para con el socio por los gastos y los daños y perjuicios sufridos, pero también con el tercero. En otro caso obtendría un

enriquecimiento injusto por el beneficio generado por el negocio y ocasionaría un quebranto indebido al tercero, al menos siempre que éste actuara con diligencia y buena fe.

Con arreglo a las categorías analizadas a propósito de la *utiliter*, entendemos que se trataría de *utiliter gestio*, es decir, que vemos necesario el aprovechamiento efectivo de las ventajas que se le ofrecen. El provecho para la persona física puede ser más amplio que para la persona jurídica. La diferente naturaleza entre ambas y la finalidad para la que se constituye la sociedad parecen indicar que algo que “redunda en provecho de ella” es algo que le proporciona una ventaja tangible, económica o susceptible de ser traducida a dinero, y que le reporta un incremento actual del patrimonio o mejora su posición, creando expectativas de ganancias futuras.

III. EXTRALIMITACIÓN EN LOS PODERES PREVENTIVOS

Como indicamos *ut supra*, págs. 399 y ss., la STS 5 marzo 1947 puso de manifiesto la necesidad de adecuar las instituciones de guarda del CC a las necesidades de la vida social de mediados del siglo XX. Dicha adaptación tuvo lugar en el Derecho común español a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y más tarde con las leyes 41/2002, de 14 de noviembre, y 41/2003, de 18 de noviembre, siguiendo la estela de otros países como Francia, Austria y Alemania, a la que posteriormente se sumaron Inglaterra e Italia.

La Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, introdujo las *instrucciones previas* y la posibilidad del nombramiento de un representante para que, llegado el caso, sirviera como interlocutor del paciente con el médico o el equipo sanitario para procurar su cumplimiento –art. 11-¹¹⁰². La ley 41/2003

¹¹⁰² En el ámbito autonómico se han dictado leyes relacionadas con la Ley 41/2002, como la Ley catalana 21/2000, 29 diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley gallega 3/2001, 28 mayo, reguladora

sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, creó el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, hubieran sido o no judicialmente incapacitadas, e introdujo la regulación de los poderes preventivos en el art. 1732 CC, la autoincapacitación en el art. 757.1 LEC y la autotutela en el art. 223 CC¹¹⁰³, tratando de dotar de una mayor autonomía personal al incapaz¹¹⁰⁴.

Estas normas pronto fueron superadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, mediante un Convenio que pretende acabar con el clásico procedimiento de incapacitación, basado en el principio de seguridad jurídica, sustituyéndolo por una serie de medidas orientadas a proteger los intereses y la dignidad del individuo, y donde no se discrimine a la persona con discapacidad, negando a *priori* su legitimación.

A diferencia de la autotutela¹¹⁰⁵ y la autoincapacitación, que requieren o desembocan en un procedimiento de incapacitación, y están sometidas a

del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; la Ley extremeña 10/2001, 28 junio, de Salud de Extremadura; la Ley madrileña 12/2001, 21 diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; la Ley aragonesa 6/2002, 15 abril, de Salud de Aragón; la Ley riojana 2/2002, 17 abril, de Salud; la Ley Foral navarra 11/2002, 6 mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (modificada por la Ley Foral 29/2003, 4 abril); la Ley cántabra 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; la Ley vasca 7/2002, 12 diciembre, del Parlamento Vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; la Ley valenciana 1/2003, 28 enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al paciente de la Comunidad Valenciana; la Ley balear 5/2003, 4 abril, de Salud de las Illes Balears; la Ley castellano-leonesa 8/2003, 8 abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; y la Ley andaluza 5/2003, 9 octubre, de la Junta de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada.

¹¹⁰³ Asegura BUSTO LAGO, J.M., en "La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia", Actualidad Civil, nº 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 May. 2007, tomo I, Editorial La Ley 1580/2007, pág. 995, que la utilización del término "autotutela" con la denotación que ahora nos ocupa fue obra del Abogado del Estado, Sánchez Torres, en el año 1928.

¹¹⁰⁴ Merece ser destacada la obra de BUSTO LAGO, J.M., "Consentimiento informado y responsabilidad civil", en *Julgar*, Coimbra Editora, número especial (consentimiento informado), 2014, págs. 157 a 182.

¹¹⁰⁵ La autotutela -también llamada tutela fiduciaria, mandataria, voluntaria y autodelación de la tutela, ver MUÑOZ ESPADA, E., "Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo...*, pág. 3446; BUSTO LAGO, J.M., *ut supra*, pág. 2, habla de delación voluntaria de la tutela- está

requisitos de forma –escritura pública y sentencia, respectivamente- los poderes preventivos, también llamados mandatos de protección –confundiéndose así los conceptos de mandato y poder-, logran la finalidad de conceder mayor autonomía al poderdante, pero encierran graves inconvenientes derivados de su ubicación y de la deficiente y escasa regulación legal que los ampara.

Inglaterra, Escocia, Alemania, Quebec, Irlanda, Francia¹¹⁰⁶ y, ahora también, España poseen una regulación específica en materia de poderes preventivos, que en nuestro país se engloba dentro del contrato de mandato¹¹⁰⁷. El art. 1732 CC reconoce dos tipos de poderes con ultraactividad: los otorgados para funcionar antes, en los que el mandante prevé su prórroga para el caso de incapacidad; y los conferidos para desplegar efectos a partir del momento en que el sujeto resulte incapacitado, siendo este segundo modelo el que cumple las funciones del mandato de protección¹¹⁰⁸.

pensada para que surta efectos a partir del momento de la incapacitación. En opinión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras”, en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, edición nº 1, Editorial La Ley 15238/2011, Madrid, Abril 2011, pág. 5, el proceso de incapacitación, pese a concebirse como el máximo exponente de protección de la persona, se ha revelado como una forma de guarda ineficaz donde, a través de sentencias estandarizadas, se han restringido absolutamente los derechos del incapaz. Su ubicación, dentro del Libro I CC, dedicado a las personas, permite regular aspectos de índole personal y patrimonial del individuo, lo que junto a su independencia respecto de los poderes preventivos, limitados al aspecto económico, permite la coexistencia de la representación legal y voluntaria en un mismo representado, con los conflictos que puede generar.

¹¹⁰⁶ En Inglaterra, con la *Enduring Powers of Attorney Act* de 1985; Escocia, con la *Law Reform Act* de 1990; Alemania, en los parágrafos 168, 672 y 1896 *BGB*; Quebec, en los arts. 273, 2131, 2166 y 2175 del CCQ; en Irlanda, con la *Powers of Attorney Act* de 1996; Francia, con la Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, por la que introduce el mandato futuro de protección.

¹¹⁰⁷ Esta figura ha sido bien acogida en nuestra doctrina, pese a haber criticado su deficiente regulación, aunque también ha gozado de detractores. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen 1*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Coords. J.M. González Porras y F.P. Méndez González, Murcia, 2004, pág. 589, destaca que esta normativa parece desconocer una característica básica de la institución jurídica del mandato cual es la capacidad de obrar del mandante durante todo el tiempo en que el mandatario pueda hacer uso del mandato.

¹¹⁰⁸ La SAP de Barcelona 11 febrero 2008 (Rec. 344/2007) los denomina mandato prorrogado y mandato de protección. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español...”, pág. 19, habla de poder continuado y poder preventivo propiamente dicho o *ad cautelam*; en el mismo sentido, MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo..., pág. 17. BERROCAL LANZAROT, A.I., utiliza la misma terminología en “El <<apoderamiento o mandato preventivo>> como medida de protección de las personas mayores”, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, nº 78, Madrid, 17 enero 2008, págs. 8 y 9; aunque en “Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad (1)”, Editorial La Ley, Derecho de familia, nº 2, abril-junio 2014, Protección de personas vulnerables, nº 2, 1 de abril de 2014,

Los arts. 222-2 y 622-33.2 CCCat¹¹⁰⁹, así como el art. 109 CDFA¹¹¹⁰ también se refieren a él, si bien este último sólo admite la primera modalidad.

Para poder calibrar las consecuencias de la extralimitación debemos hacernos eco de las principales críticas efectuadas por la doctrina:

- Su ubicación permite la regulación de los intereses patrimoniales del incapaz –salvo los personalísimos-, pero no de los personales¹¹¹¹.
- El legislador no fija criterios para concretar el momento exacto de la falta de capacidad y la terminología empleada tampoco favorece la claridad.
- El ordenamiento jurídico no establece medidas de control, por lo que el poderdante queda a merced del apoderado¹¹¹² o avocado a un procedimiento de incapacitación.
- La necesidad de un procedimiento judicial o la validez y eficacia del poder con base en la mera voluntad del poderdante.

Para solventar esta situación la doctrina ha establecido la necesidad de reforzar la figura mediante controles previos y posteriores donde, respetando al máximo

pág. 2, esta autora los denomina “apoderamiento normal u ordinario” y apoderamiento “previsto expresamente para el supuesto de incapacidad del poderdante”.

¹¹⁰⁹ Art. 222.2 CCCat: “1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. 2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder. 3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.” Art. 622-33.2 CCCat: “En caso de modificación judicial de la capacidad del mandante, el contrato no se extingue si se ha establecido su continuidad o se ha concluido para el caso de modificación judicial de la capacidad apreciada de acuerdo con lo que ha determinado el mandante”.

¹¹¹⁰ Art. 109 CDFA: “Igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”.

¹¹¹¹ En nuestro ordenamiento jurídico se trata de una cuestión controvertida, aunque otras legislaciones sí lo admiten: por ejemplo, el CCQ de 1991, arts. 2131 y 2166.1.

¹¹¹² PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español...”, pág. 19.

la voluntad del poderdante, se garantice una adecuada configuración y uso del poder. Así se ha propuesto la exigencia de escritura pública en el otorgamiento del poder preventivo e inscripción registral, la fijación del momento exacto de pérdida de la capacidad, dotarle de competencias en el ámbito personal, contar con autorización judicial para actos de especial trascendencia patrimonial, la regulación de los derechos, deberes y responsabilidades de las partes así como de un adecuado mecanismo de control¹¹¹³.

III. 1.- La determinación de la falta de capacidad en el poder preventivo

En primer lugar, siguiendo el criterio de interpretación literal de la norma que establece el art. 3.1 CC, debemos observar qué dice exactamente el precepto que lo contiene. Según el último párrafo del art. 1732 CC “el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. Así mientras la primera parte habla de *incapacitación* sobrevenida, la segunda alude a *incapacidad* del mandante. ¿Quiere esto decir que es necesario acudir siempre a un procedimiento de incapacitación para la eficacia del poder preventivo? Las opiniones doctrinales difieren: la mayoría de nuestros autores consideran que una interpretación afirmativa no sería respetuosa con la letra del art. 1732 y prescindiría de la esencia de la figura de los poderes preventivos¹¹¹⁴; en cambio, Serrano García admite los poderes preventivos solo en caso de incapacitación del mandante¹¹¹⁵.

¹¹¹³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Los poderes preventivos en el Derecho español...”, págs. 7 a 10.

¹¹¹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ut supra*..., pág. 6; BERROCAL LANZAROT, A.I., “El <<apoderamiento o mandato preventivo>>...”, págs. 5, 8, entre otras.

¹¹¹⁵ SERRANO GARCÍA, I., “La extinción del mandato. Modificación del art. 1732 del Código Civil”, en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II*, La Ley, 2006, pág. 769; y SERRANO GARCÍA, I., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, págs. 288 y ss.

Creemos que una adecuada respuesta exige diferenciar los dos casos que la norma distingue:

- En el primero de ellos, el poder prorrogado, la incapacitación sobrevenida del mandante produce la extinción del mandato a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación. Es decir, que para que exista causa de extinción es necesaria la “incapacitación”, algo que solo puede determinar el juez a través del procedimiento especial sobre la capacidad de las personas regulado en el Capítulo II, Título I, Libro IV, LEC. En la sentencia concretará la extensión y límites de la incapacitación, el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado y, en su caso, la necesidad de internamiento –art. 760 LEC-. Los términos de la norma son claros: no habla de capacidad modificada judicialmente, de incapacidad, ni de discapacidad, sino de incapacitación¹¹¹⁶. Teniendo en cuenta que esta modificación accedió al CC a través de la Ley 41/2003, 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la terminología empleada constituye un importante criterio interpretativo. Término, por otro lado, acorde con el utilizado en el número 2 del referido art. 1732 para el mandatario. Será el juez quien permita la continuación del mandato en el seno de un procedimiento de incapacitación y, respetando la voluntad del poderdante, mantenga en su cargo a la persona designada o, valorando las circunstancias del caso, revoque el nombramiento y proceda a designar otro tutor, sin perjuicio de diferir esta medida a un momento posterior; también podrá adoptar otras medidas de protección de la persona o bienes del incapacitado, derivadas del escenario donde se acuerdan.

El Derecho aragonés regula este supuesto bajo la rúbrica “mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación”, admitiendo como presupuestos

¹¹¹⁶ Nótese que la Sec. primera, Cap. II, Título I, Libro I, CDFA, distingue entre incapacidad e incapacitación, y su art. 38 reserva el término incapacitado para aquellas personas que sufran enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impidan gobernarse por sí mismas, siempre que así se haya establecido por sentencia judicial. BUSTO LAGO, J.M., “La autotutela y la situación de ausencia...”, pág. 995, dice que la situación de discapacidad habrá de acreditarse mediante certificado expedido por las autoridades administrativas competentes o por resolución judicial “pero que, en ningún caso, debe identificarse o confundirse con el concepto jurídico-civil de <<incapaz>> o <<incapacitado>>”, estableciendo así una diferenciación entre estos conceptos.

ambas opciones. Respeta la voluntad del sujeto en mayor medida que el CC a cambio de sacrificar la protección pública que ofrece el procedimiento judicial. El Derecho catalán alude en su art. 222.2 a “pérdida de capacidad”, sin especificar el modo de concretarla, por lo que se entiende que admite cualquier vía, judicial o extrajudicial, de la que se deduzca la incapacidad del poderdante. En cambio, el art. 622-33.2 solo contempla la “modificación judicial de la capacidad”, de donde se deduce que siempre es necesaria una resolución judicial.

El segundo supuesto es distinto: habla de incapacidad conforme a lo dispuesto por el mandante, y aunque quede afectado por la posibilidad de revocación judicial posterior, la incapacidad alude a un estado real del individuo al margen de cualquier intervención pública. Basta con que el mandante haya perdido total o parcialmente su capacidad para realizar actos de gestión patrimonial. Es el mandante quien decide la forma de valoración, lo que no implica que el mandatario pueda actuar de manera arbitraria. Deberá ajustarse al criterio del principal y asumir la gestión solo cuando no haya duda de la falta de capacidad.

El que lleguemos a esta conclusión no implica la emisión de un juicio de valor al respecto o un posicionamiento a favor o en contra de la medida. De hecho, creemos que las opiniones doctrinales son respetuosas con los fines a los que obedece la institución y que imperan en el ámbito internacional, pero no se ajustan a los parámetros de la legislación interna; se basan más en el deseo de encontrar utilidad a una institución mal regulada que al texto de la ley. Tomemos como ejemplo la opinión ofrecida al respecto por Berrocal Lanzarot: para la autora, el término incapacidad empleado por el legislador incluye la incapacitación judicial y la incapacidad de hecho o natural (discapacidad), lo que vale para ambas modalidades de poder preventivo, porque de este modo se ofrece una alternativa a la incapacitación judicial de la persona, se respeta la voluntad del sujeto y la dignidad de la persona, coincide con otros institutos (como la autotutela y las instrucciones previas) y permite la autorregulación de sus intereses¹¹¹⁷. Dice a propósito del poder prorrogado que estamos en

¹¹¹⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., “El <<apoderamiento o mandato preventivo>>...”, págs. 8 y 10.

presencia de un poder normal al que se le añade como cualidad específica el de su subsistencia, es decir, que siga produciendo efectos tanto en caso de incapacidad de hecho como de incapacitación judicial¹¹¹⁸. Observando la regulación del artículo 1732 CC antes y tras la reforma operada por la Ley 41/2003, 18 noviembre, observamos que la causa de extinción del contrato de mandato (y por extensión, del poder) era la incapacitación del mandatario, no del mandante, de modo que para la subsistencia de un poder otorgado por el futuro incapacitado no era necesario reformar la norma.

Mientras que el número dos del art. 1732 CC había restringido conscientemente el término la incapacitación a la persona del mandatario (no del mandante), al tiempo que el primer párrafo del ordinal tercero utilizaba otros términos que podían afectar tanto al mandante como al mandatario, cabe pensar que, en justa correlación, el mandato (y el poder) se extinguirán respecto del mandante tras la reforma, con la misma medida, es decir, con la incapacitación.

Además, el precepto distingue dos situaciones claramente diferenciadas: la incapacitación, como causa de extinción del contrato de mandato, salvo prórroga acordada por el mandante cuando tenía capacidad; y la incapacidad del mandante apreciada por el propio mandante, al margen de cualquier intervención de autoridad pública.

III. 2.- El contenido del poder

El Derecho común solo admite la adopción de medidas de índole patrimonial, no personal¹¹¹⁹, como se deduce del contexto normativo –incluida la rúbrica de la ley que introduce la figura-. Segura Zurbano, por el contrario, opina que al no existir limitación legal “las facultades concedidas al apoderado pueden ser

¹¹¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., *ut supra*, pág. 9, por referencia a PUENTE DE LA FUENTE, F., “El mandato preventivo”, pág. 159.

¹¹¹⁹ En opinión de PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del Derecho español...”, pág. 19, la ubicación del precepto solo ampara medidas patrimoniales, no personales, ni tampoco permite acudir a otras normas protectoras de la persona.

amplísimas, incluidas las mencionadas en el art. 271 del Código Civil... Y podrían incluir también, qué duda cabe, todas las que prevé la legislación común y las legislaciones autonómicas sobre <<voluntades anticipadas>> o más popularmente <<testamento vital>>, en los aspectos sanitarios”¹¹²⁰.

El Derecho aragonés lo ubica, en cambio, dentro de los Derechos de la persona, lo que a juicio de Pérez de Vargas Muñoz¹¹²¹ permite que el apoderado pueda ser investido de facultades para actuar sobre la esfera personal y patrimonial del sujeto. Sin embargo, esta afirmación, que sería admisible en el Derecho catalán, hay que cuestionarla en el marco donde fue vertida. La referencia expresa al (contrato de) mandato del art. 109 CDFA puede entenderse como una remisión implícita al ámbito patrimonial propio de las relaciones contractuales. Además, mientras la autotutela –o delación hecha por uno mismo, como la denomina el texto-, regulada en el artículo anterior, emplea la expresión “cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes”, el CDFA evita utilizarla en este caso.

¿Quiere esto decir que no cabe adoptar medidas de orden personal conforme a la regulación de nuestro CC?. Si se respeta íntegramente la voluntad del principal entendemos que a través de esta vía solo puede disponer la gestión de su patrimonio, reservando la autotutela y la autoincapacitación para acceder a otro tipo de protección. Pero aun dentro del marco que ofrece el poder preventivo, la actuación judicial y la posibilidad de que coexista con un procedimiento de incapacitación hace posible la actuación en el orden personal: no por parte del poderdante aunque sí del juez. Bien con carácter preventivo, mediante medidas cautelares; bien de forma definitiva, a través de la sentencia firme que recaiga en el procedimiento. Los autos y la sentencia que se dicten podrán respetar la voluntad del poderdante en el orden patrimonial o revocarla,

¹¹²⁰ SEGURA ZURBANO, J.M^a., “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 82 y 83. También se decanta por la posibilidad de incluir medidas personales MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo..., pág. 28; y BERROCAL LANZAROT, A.I., “El <<apoderamiento o mandato preventivo>>...”, pág. 18.

¹¹²¹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español...”, pág. 32.

iniciando la representación legal, además de fijar medidas de índole personal tendientes a completar o sustituir la protección de futuro acordada por el particular.

III. 3.- Medidas de protección y control

A lo largo de este trabajo ha quedado de manifiesto que las extralimitaciones del poder son más probables cuanto menor es el control ejercido sobre la actuación del representante. Muchas veces la labor desarrollada por el guardador de hecho y por el representante tiende a favorecer el interés del guardado y del representado, pero no podemos desconocer que la realidad también nos brinda ejemplos de abuso, de ahí que la norma deba, cuanto menos, prever esta posibilidad, creando mecanismos para detectarlos y reprimirlos.

El poder preventivo se basa en la incapacidad del representado, otorgado cuando aún la ostenta. Permite que sea él quien regule su probablemente futura falta de capacidad. Pero como la ley no exige tener especiales conocimientos jurídicos, debe contemplar la posibilidad de otorgamiento por el lego en Derecho, poniendo a su disposición los mecanismos que garanticen la utilidad de la medida. Un poder otorgado sin ningún tipo de asesoramiento o control previo podría resultar ineficaz, llegado el momento; podría esconder vicios y dificultar gravemente el control ulterior.

El CC no exige forma especial para el otorgamiento del poder preventivo. El art. 1710 CC dice que el poder podrá constar en “instrumento público o privado y aun de palabra”. Ni este precepto, ni el art. 1738, ni el art. 223 CC, prevén la necesidad de inscripción en el Registro Civil¹¹²². El art. 77 LRC alude a la inscripción del poder preventivo otorgado en documento público¹¹²³, pero no dice

¹¹²² SEGURA ZURBANO, J.M^a., “La auto-incapacitación...”, pág. 82, entiende que si tal inscripción es solicitada en el propio poder por el poderdante, se podrá realizar.

¹¹²³ El art. 46.ter de la anterior LRC hablaba expresamente de *notario autorizante* y de *escrituras*, mientras que ahora evita la nominalización y emplea el término *documento público*, abriendo el

nada si se otorga en documento privado. Los arts. 108 y 109 CDFA emplean los mismos términos que el art. 46.ter de la anterior LRC, y la expresión *documento público* del art. 111 está referida a la escritura aludida en preceptos anteriores. Este artículo de la ley nacional recoge la obligación que recae sobre el notario autorizante de comunicar al Registro Civil el otorgamiento de autotutela o los poderes preventivos, “para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”. Los arts. 222-2 y 222-4 CCCat también exigen el otorgamiento de escritura pública, y el nº 8 del mismo precepto obliga su inscripción en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios.

La doctrina defiende el otorgamiento de escritura pública como el medio más idóneo para garantizar un control en su otorgamiento y conformar el vehículo de acceso al Registro Público correspondiente¹¹²⁴. Sin embargo, y aun defendiendo la necesidad de un control previo en su otorgamiento, no creemos que esta sea la medida más adecuada. La vía judicial es actualmente la única que dota de las garantías debidas, acordes con los principios de orden público que la inspira¹¹²⁵.

abanico de funcionarios públicos legitimados para su otorgamiento.

¹¹²⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Instrumentos de protección...”, pág. 3, recuerda la importancia de las previsiones y cautelas, y recomienda habilitar un sistema de fiscalización, como sería un órgano de supervisión de la actuación del apoderado; e incluso que determinados actos sean autorizados por el órgano de fiscalización. Dicho de otro modo, propone un sistema “parajudicial” o desjudicializado, creado a su imagen y semejanza.

¹¹²⁵ Aunque DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Los poderes preventivos en el Derecho español...”, pág. 10, diga que el art. 762 LEC está infrautilizado, la verdad es que en todas las Fiscalías de nuestro país –salvo las especiales–, existe un fiscal o sección dedicada a cuestiones civiles, ante quienes particulares, trabajadores sociales o empleados de hospitales y residencias, ponen de manifiesto la existencia de posibles causas de incapacitación. Y como representantes del Ministerio Público solicitan del tribunal las medidas que estiman oportunas para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, incluido el examen médico forense que acredite el grado de capacidad, promoviendo procesos de incapacitación. Esta actuación se ha visto reforzada desde las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010, reflejadas en GANZENMÜLLER ROIG, C.; SANTOS URBANEJA, F.; LÓPEZ EBRI, G.; FÁBREGA RUIZ, C.; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.; ALCÁNTARA BARBANY, F.; MAYOR FERNÁNDEZ, D., DE LA BLANCA GARCÍA, A.; *Manual de Buenas Prácticas, La intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Sobre el importante papel que en esta materia viene desempeñando el Ministerio Fiscal, ver GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, ADC, Fascículo 1, 2013, especialmente en su pág. 96. Además, los procedimientos en los que existe un componente de orden público y requieren la presencia del fiscal poseen tramitación preferente.

A diferencia de la incapacitación, que o bien se arrastra desde el nacimiento o surge de repente, los poderes preventivos suelen otorgarse en atención a una enfermedad futura, muchas veces incierta, o en estados iniciales de enfermedades degenerativas, porque de existir una absoluta falta de capacidad no cabría acudir a esta vía¹¹²⁶. Y sin un exhaustivo control previo luego surgen tres problemas:

- Saber si cuando el poderdante otorgó el poder preventivo tenía ya mermada su capacidad de obrar y, por tanto, si es válido el propio poder o existe vicio de la voluntad.
- El de la capacidad en el otorgamiento de ciertos actos o negocios jurídicos por el principal, cuando una vez emitido el poder el poderdante sigue actuando en el tráfico jurídico.
- El control de la guarda de hecho, ejercida durante la incapacidad no judicial.

III. 4.- La concreción del momento en que comienza a surtir efectos el poder

Lo más relevante para la extralimitación en materia de control del poder preventivo es la determinación del momento exacto de la incapacidad. La falta de capacidad constituye la condición que determina la pérdida de legitimidad del poderdante a favor del apoderado, aunque afecta de forma diferente a los dos modalidades de poder: en el prorrogado, mientras no se produce la incapacitación, poderdante y apoderado tienen legitimación para actuar, como ocurre en toda representación voluntaria; en el poder de protección, la

¹¹²⁶ MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo..., pág. 18, dice: "No conviene olvidar que ambas modalidades de apoderamiento actúan respecto de quienes han perdido su capacidad de autogobierno (incapacidad de hecho o incapacitado judicialmente), no en cuanto a quienes padecen una discapacidad física manteniendo una plena capacidad intelectual y/o volitiva.

legitimación simultánea de las partes es incompatible, ostentándola el poderdante hasta el momento de su incapacidad, que empieza a disfrutarla el apoderado. Mientras el apoderado no goza de legitimación no puede incurrir en extralimitación y los actos anteriores deben ser calificados de pseudo-representativos –quedando sometidos al régimen del art. 1259 CC y normas concordantes del contrato de mandato- o como gestión de negocios ajenos sin mandato.

Una vez determinada la pérdida de capacidad surgen tres cuestiones que merecen ser tratadas:

III. 4.1.- Los actos realizados por el apoderado posteriores a la incapacidad natural y previos a la firmeza de la incapacitación

Hemos dicho que el poder preventivo puro no exige sentencia y puede funcionar sobre la voluntad del poderdante, por lo que, en principio, pudiera parecer que solo afecta al poder prorrogado. Pero la potestad que ostenta el juez de poner fin al apoderamiento “al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor” hace extensivo el problema a ambos. Analicemos cada supuesto:

1.- El caso más atendido por la doctrina es el que exige sentencia de incapacitación. Pérez de Vargas Muñoz¹¹²⁷ y De Amunátegui Rodríguez¹¹²⁸ dicen que entre la pérdida de la capacidad natural y la firmeza de la sentencia, el sujeto queda desprotegido y su patrimonio paralizado, aunque nos gustaría matizar esta afirmación.

Las medidas de protección que pueden acordarse durante la tramitación del procedimiento de incapacitación tienen naturaleza integral y van dirigidas a la protección de la persona y del patrimonio del presunto incapaz. No son instantáneas, generalmente requieren la celebración de una vista y muchas

¹¹²⁷ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español...”, pág. 23.

¹¹²⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y Mandato...*, pág. 237.

veces exigen medidas previas de averiguación por parte del Juzgado, que permiten abusos sobre el incapaz no incapacitado. Pero a diferencia del procedimiento “ordinario” de incapacitación, donde el Ministerio Fiscal o el defensor judicial asumen la protección personal y ocasionalmente se designa a un administrador de bienes hasta que son sustituidos por el tutor, en el proceso a que avoca el poder prorrogado continúa actuando el apoderado designado por el presunto incapaz. El mantenimiento que el juez haga no lo convierte en representante legal, aunque decidida además nombrar tutor o curador para que actúen en la esfera personal del individuo. No obstante, la intervención de una autoridad pública tampoco determina que su extralimitación se someta plenamente al régimen jurídico de la representación voluntaria. Esta situación no puede tratarse de manera conjunta sino que exige su división en tres estadios diferentes: antes del inicio del procedimiento de incapacitación, durante su tramitación y tras la firmeza de la sentencia. Hasta que el juez no fije el momento exacto de la falta de capacidad, el poderdante y el apoderado están legitimados para actuar y la extralimitación del apoderado no presenta peculiaridades respecto a la representación voluntaria común. Iniciado el procedimiento, el art. 762 CC dice que el tribunal adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y el Ministerio Fiscal podrá solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas.

La norma obliga a la adopción de medidas por el tribunal –no a su solicitud por el fiscal- pero ante la inconcreción del legislador y su orientación hacia la adecuada protección integral, su aplicación dependerá del nivel de desprotección observado. Existiendo un apoderado que gestiona el patrimonio, las medidas dependerán de los indicios observados en la conducta del apoderado y pueden ir desde la formación de inventario y rendición de cuentas hasta su absoluta paralización. No se acordará la medida de no existir causa objetiva que aconseje detener la gestión, pues falta un precepto legal que lo imponga y puede resultar antieconómica.

Mientras la tramitación del procedimiento, si el representante no presta la colaboración exigida, oculta bienes y los gestiona en contra de lo ordenado, habrá infringido un mandato judicial pero no cometido extralimitación. Lo mismo ocurre si presta su colaboración al tiempo que infringe la prohibición temporal impuesta en sede judicial.

En caso de que se le permita continuar su labor, quedará sometido a las restricciones acordadas durante la tramitación procesal. En estos supuestos la extensión y límites del poder quedan afectados por los límites y obligaciones impuestos por el juez. Para valorar en este escenario si existe o no extralimitación habrá que interpretar conjuntamente la voluntad del principal y el mandato judicial que, por lo general, será más restrictivo.

Finalizado el procedimiento, las medidas cautelares adoptadas se extinguirán y si el poder prorrogado subsiste quedará sometido al régimen de la representación voluntaria pura. En caso de reparto de funciones, el apoderado prorrogado seguirá actuando en el orden patrimonial, como un representante voluntario, y el tutor en el orden personal, como representante legal. En este supuesto las funciones de uno y otro están claras y, en principio, no deben generar problemas específicos. Ahora bien, de revocar el apoderamiento prorrogado y proceder al nombramiento de tutor, cesa la representación voluntaria para surgir la representación legal, que pasa a asumir la gestión pendiente de aquél.

2.- El segundo caso al que aludimos se produce en el poder prorrogado puro, cuando se pone en conocimiento judicial o fiscal la desprotección del incapaz, se insta la tutela con remoción de tutor o la incapacitación judicial, a pesar de existir un apoderado que viene actuando e incumpliendo –o cumpliendo defectuosamente- las instrucciones del poderdante.

Al dejar tan amplia libertad al representante y carecer el representado de las suficientes aptitudes para ejercer el control del poder preventivo (mandato dado para el caso de incapacidad del mandante, conforme a lo dispuesto por éste),

puede transcurrir mucho tiempo desde que se produce un uso indebido del poder hasta que llega a conocimiento de la autoridad competente y decide actuar al respecto. No existen autorizaciones que infringir porque no han sido acordadas por el juez pero es más probable que se consoliden determinadas situaciones jurídicas imposibilitando su reversión. Desde la autocontratación con conflicto de intereses hasta el alzamiento de bienes, pasando por la transmisión de inmuebles con acceso al Registro de la Propiedad o la creación de sociedades, son muchos los peligros que encierra dejar en manos particulares el poder preventivo.

Es frecuente, porque la realidad judicial así lo demuestra, la existencia de personas que acuden al Juzgado o a la Fiscalía para instar la incapacitación de un familiar cuyo deterioro cognitivo se encuentra en un estadio avanzado de la enfermedad. Mientras tanto ejercen como guardadores de hecho. Ya de entrada la guarda de hecho plantea un problema: el control de la labor desarrollada por el guardador. El art. 303 CC faculta pero no obliga a la autoridad judicial a establecer medidas de vigilancia y control. Y aunque hay sentencias que critican el término dispositivo empleado por el legislador¹¹²⁹ o que la asimilan a la tutela¹¹³⁰, la mayor parte de ellas recuerdan que esas medidas no son obligatorias¹¹³¹ y restringen la legitimación para solicitar el debido control¹¹³².

En este escenario, a los problemas característicos de la guarda de hecho (generados por la ausencia de poder)¹¹³³ se suma el incumplimiento de los

¹¹²⁹ AAP Bilbao, Sección 4ª, 13 febrero 2008, (Roj: AAP BI 42/2008; ECLI:ES:APBI:2008:42ª) y SAP Bilbao, Sección 4ª, 25 febrero 2008, (Roj: SAP BI 114/2008; ECLI:ES:APBI:2008:14), diciendo que no se entiende la actitud de un juez que, teniendo conocimiento de la guarda de hecho, no exija de quien la desempeñe el correspondiente informe, pues si esto pudiera suceder “indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal”.

¹¹³⁰ El AAP Barcelona, Sección 4ª, 18 diciembre 2008, (Roj: AAP B 8124/2008; ECLI:ES:APB:2008:8124ª); el AAP Zamora, Sección 1ª, 5 abril 2011, (Roj: AAP ZA 25/2011; ECLI:ES:APZA:2011:25ª); la SAP Tenerife, Sección 1ª, 2 marzo 2015, (Roj: SAP TF 375/2015; ECLI:ES:APTF:2015:375), dicen de ella que es una tutela de hecho.

¹¹³¹ SAP Tenerife, Sección 1ª, 2 marzo 2015, (Roj: SAP TF 375/2015; ECLI:ES:APTF:2015:375).

¹¹³² AAP Barcelona, Sección 4ª, 18 diciembre 2008, (Roj: AAP B 8124/2008; ECLI:ES:APB:2008:8124ª), niega a los actores la legitimación *ad causam* y la reserva al Ministerio Fiscal.

¹¹³³ Aunque cuando el juez reconozca el estado de la guarda de hecho, manteniéndolo o dotándolo de funciones tutelares, se convierte en guarda de derecho, y de esta forma adquiere cierta representatividad que de otra forma carece. En este sentido, BERROCAL LANZAROT,

deberes exigibles al apoderado, porque no se ajusta a las instrucciones del principal, porque infringe los límites o, sencillamente, porque su gestión perjudica al principal y no busca el auxilio de la autoridad competente.

El art. 757.3 LEC faculta a los particulares para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho determinante de la incapacidad¹¹³⁴. Poniendo en relación este precepto con el punto 1 del mismo artículo, los facultados serían el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz. Mientras que la obligación de poner este hecho en conocimiento del Ministerio Público solo recae sobre “las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona” (art. 757.3 LEC) y aquél de promoverla (art. 757.2 LEC). No obstante, creemos que el principio de buena fe sí obliga al apoderado, que voluntariamente decide hacer uso del poder, a poner el hecho en conocimiento del Fiscal, ya que su ejercicio le compromete a actuar en defensa del interés del principal.

Esta infracción, es decir, el no comunicar la incapacidad a pesar del poder preventivo cuando el apoderado está perjudicando notoriamente los intereses del principal, puede ser causa de extinción judicial del poder preventivo aunque creemos que no comporta extralimitación. A pesar de concebir el interés como el fin último de la representación, la causa que une el elemento interno y externo, y el límite sustancial en la extralimitación, pensamos que ésta se caracteriza por

A.I., “La <<revitalización>> de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 757, pág. 2855.

¹¹³⁴ A este respecto, ARCOS VIEIRA, M^a.L., “El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen 1*, coordinadores José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Primera Edición, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pág. 332, alude al art. 2.4 de la Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, que permite a los acogedores promover la constitución de la tutela y de la curatela si las personas acogidas están en situación de ser sometidas a ella. Aunque considera inútil esta norma ante la previsión contenida en el mencionado art. 757.3 LEC y lo dispuesto en el art. 230 CC; además del hecho de que si el precepto intentaba conceder a los acogedores legitimación activa para el instar el proceso de incapacidad, queda al margen de las competencias de la Comunidad Foral, ya que tiene carácter procesal.

la infracción de los límites formales del poder en la relación *ad extra*, es decir, en el uso que haga el apoderado frente al tercero cocontratante.

III. 4.2.- Los negocios de tracto sucesivo pendientes al tiempo del cambio de apoderado

Cuando del poder preventivo conoce el juez, cabe que respete total o parcialmente la voluntad del poderdante y así se la haga llegar al tutor, con las autorizaciones pertinentes en caso de exigirlas la ley, o que la deje también sin efecto y el representante quede sometido al régimen ordinario.

La primera postura es más respetuosa con el fin al que obedece la institución y debería obligar al juez, aunque la ley nada dice al respecto. Si el anterior apoderado se hubiera extralimitado en el ejercicio de su función, el tutor no asumiría la responsabilidad de un acto en el que no participó salvo que, conociéndolo, no lo hubiera denunciado, dando traslado de su falta de legitimación al tercero cocontratante y a la autoridad que lo designó. El acto o negocio jurídico quedaría sometido al régimen jurídico negociado por el apoderado con el tercero y, en caso de extralimitación, habría que declarar su nulidad, salvo ratificación por el tutor –que necesitaría autorización judicial para los actos de mayor trascendencia patrimonial-, antes de la revocación por el tercero, según la doctrina de los arts. 1259 y 271 CC. Se exceptúa el caso de que el mandatario hubiera actuado de manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste –art. 1715 CC-.

Arroyo i Amayuelas defiende que el hecho de que el tutor asuma la gestión de negocios iniciados por el apoderado voluntario no modifica su naturaleza jurídica. La fuerza de obligar del contrato deriva exclusivamente de las declaraciones de voluntad de mandante y mandatario y no de una hipotética imposición coactiva por el juez. Su labor se limita a sustituir el control que, en circunstancias normales, debiera haber realizado el mandante. Esto ni añade ni quita nada al

origen negocial de la figura¹¹³⁵. No obstante no podemos desconocer que, desde el momento en que interviene la autoridad judicial, el apoderamiento voluntario queda sujeto a los mismos controles que los derivados de la representación legal y su incumplimiento puede considerarse extralimitación, igual que lo sería la actuación del representante legal que lo infringiera.

III. 5.- La buena fe del tercero cocontratante y los Registros Públicos

A diferencia del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, que se rigen de ordinario por los principios de publicidad formal y material, y lo en ellos inscrito es oponible a terceros –derivado de los arts. 32, 34 y 38 LH para el primero y del art. 9 RRM para el segundo- el Registro Civil goza de publicidad formal y sirve para la inscripción de los hechos concernientes al estado civil de las personas físicas y prueba ante cualquier persona o institución dichos hechos. El art. 19.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil dice que solo “en los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil”. Esto significa que aunque el documento público de constitución de autotutela y apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil sea inscribible en el registro individual del interesado –art. 77 LRC- y cualquiera pueda conocerlo, el tercero no asume la carga de consultarlo para quedar protegido por la buena fe y la diligencia debida. Así, si el apoderado se ha extralimitado en el ejercicio de un poder inscrito, no podrá prosperar la falta de diligencia en el tercero que negoció con el representante sin consultar el Registro Civil. Cuestión distinta es que, por afectar a bienes inmuebles o a cuestiones mercantiles, haya tenido acceso a los Registros de la Propiedad y Mercantil, en

¹¹³⁵ ARROYO I AMAYUELAS, E., “Del mandato ordinario al mandato <<de protección>>”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen I*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Coordinadores J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Murcia, 2004, pág. 386.

cuyo caso sí existe la carga de su consulta¹¹³⁶. Gordillo Cañas sostiene que no puede exigirse la comprobación registral –refiriéndose al Registro de la Propiedad y a pesar de los principios que lo inspiran-, a quien de buena fe se apoya en una situación notoria, pudiendo triunfar la apariencia natural o espontánea sobre la publicidad registral (apariencia artificial no notoria)¹¹³⁷.

Ya expusimos la inconveniencia de tener que acudir siempre y en todo caso a los registros públicos para consultar la existencia y modificación de poderes, especialmente, como dice Gordillo, cuando parten de una situación notoria. Pero no se pueden desconocer los principios registrales que afectan a cada uno y que, a diferencia de otros campos, donde la notoriedad puede resultar más evidente, en materia de poderes preventivos no lo es tanto. Por ello sería interesante la creación de un Registro Público de Poderes Preventivos o, de atribuir la competencia a los notarios, la creación de una sección específica dentro del Registro Público de Poderes, dando cuenta inmediata al Juzgado Decano del partido correspondiente para el caso de procedimientos en curso. Y que impusieran la obligación de consulta al inicio de todo procedimiento, igual que la LEC introdujo la obligación de consultar al Registro Central de Rebeldes Civiles, en materia de notificación, y al Registro Público Concursal, en materia de ejecución. La inscripción en estos registros, así como la extinción, que actualmente está huérfana de regulación, deberían quedar sometidas al principio de oponibilidad en los mismos términos que el Registro de la Propiedad y Mercantil pues, sin restringir ningún derecho, favorecería la protección de los incapaces, la seguridad del tráfico jurídico y clarificaría la posición de los terceros ante determinados poderes, como en caso de los preventivos.

¹¹³⁶ Como curiosidad, el art. 114 del CC prusiano decía que en los negocios extrajudiciales corresponde al tercero interesado asegurarse de la realidad del mandato, en consonancia con el deber de diligencia exigido al tercero que contrata con el mandatario. Ver VERLANGA HUERTA, F., y MUÑIZ MIRANDA, J., *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Extranjeros*, Segunda edición, Universidad Complutense, Madrid, 1847, art. 114 CC prusiano.

¹¹³⁷ GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente...*, pág. 316.

La ley no dice nada acerca de la revocación del poder pero si queremos que el Registro sea fiel reflejo de la realidad y cumpla la función para la que fue creado, haciendo concordar la realidad registral con la extrarregistral, aceptamos la tesis defendida por Pérez de Vargas Muñoz de que también en estos casos debería hacerse constar la revocación¹¹³⁸. Aunque el uso del poder preventivo se haya incrementado durante los últimos años, sigue siendo minoritario en comparación con el poder ordinario. De modo que si no es habitual la revocación expresa del poder, todavía menos lo es cuantitativamente la del poder preventivo.

III. 6.- Las consecuencias de la extralimitación en el apoderamiento preventivo

La escasa regulación que el CC ofrece del poder preventivo determina la necesidad de acudir a normas supletorias que cubran las numerosas lagunas que plantea. Su ubicación dentro del contrato de mandato hace que la doctrina utilice, en caso de extralimitación, el modelo de ineficacia previsto por el art. 1259 CC, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 1714, 1715, 1725, 1727 o 1738 en sede de mandato¹¹³⁹, que conduce, como hemos indicado, a la nulidad absoluta.

En cambio, el modelo establecido por el art. 222-44.3, en relación con el art. 222-46.2, Libro II, del CCCat, considera anulables los actos del apoderado extralimitado. En opinión de De Amunátegui Rodríguez la anulabilidad es un modelo de ineficacia más protector para los intereses del sujeto, por encima de los de otras personas. Pero la regulación introducida por la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/2010¹¹⁴⁰ por la que se aprueba el Libro II

¹¹³⁸ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "Las reformas del derecho español...", pág. 27.

¹¹³⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Los poderes preventivos en el derecho español...", pág. 4.

¹¹⁴⁰ "2. Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados, en aplicación del derecho estatal supletorio, antes de la entrada en vigor de la presente ley quedan sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, a lo establecido por el Código Civil".

introduce una indeseable inseguridad jurídica ante la diversidad de planteamiento del que parten CC y CCCat, que conducen a dos modelos de ineficacia diferentes según la fecha de otorgamiento del poder: el régimen de nulidad del art. 1259 CC y concordantes del contrato de mandato, y el de anulabilidad previsto por el art. 222 de la legislación foral¹¹⁴¹. Con la llegada del Libro VI CCCat el art. 622-22.1 solo se dice que los actos realizados fuera del ámbito del mandato (o que no se ajusten a las instrucciones) no vinculan al mandante, mientras que en su punto 3 regula la responsabilidad del mandatario frente al mandante y frente al tercero.

La falta de poderdante con capacidad suficiente impide que ante la extralimitación de los poderes preventivos quepa admitir la ratificación, igual que sucede con la extralimitación en la representación legal. De modo que podrían plantearse tres soluciones diferentes: declarar la nulidad absoluta del negocio extralimitado, entenderlos como anulables o solicitar la aprobación judicial. De las tres opciones apuntadas, la anulabilidad parte, según la mayoría doctrinal, de un negocio válido y eficaz, con eficacia claudicante, y está fundada en la incapacidad del declarante o en un vicio del consentimiento¹¹⁴². Dejando al margen la discusión doctrinal acerca de la validez o invalidez del negocio anulable¹¹⁴³, trasladable al negocio extralimitado según lo apuntado en su momento (de las que nos decantamos por la teoría del negocio incompleto), la extralimitación del apoderado preventivo no se basa en una incapacidad natural suya ni necesariamente en un vicio de su voluntad (quizá sí del tercero). Solo encuentra amparo en la potencial utilidad que presta al poderdante, frente a la teoría de la nulidad.

Sin embargo, trasladando la teoría del art. 1259 CC creemos que si bien no admite ratificación, si es posible la aprobación del negocio jurídico por parte del juez, con la intervención del Ministerio Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el

¹¹⁴¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Los poderes preventivos en el derecho español...", pág. 4.

¹¹⁴² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos...*, págs. 36 a 38.

¹¹⁴³ DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos...*, págs. 51, 52, 54 y 56, reconocen la opinión mayoritaria pero defienden la concepción de negocio válido y eficaz.

Capítulo VIII, Título II, arts. 61 y ss. LJV, que lleva por título “De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente”, teniendo en cuenta la legitimación anterior (autorización) o posterior (aprobación) que ofrece, y los sujetos que protege (menores, personas con capacidad modificada judicialmente, discapacitados). Y, en última instancia, no solicitada la aprobación del negocio por parte de persona legitimada, la nulidad mediante el ejercicio de la acción por parte del tercero.

III. 7.- La eficacia de la representación legal cuando se desconoce la existencia del poder preventivo

Parra Lucán plantea un nuevo escenario: el de un poder preventivo prorrogado que coexiste con un procedimiento judicial de incapacitación, sin que el juez tenga conocimiento de aquél. Sostiene que si el apoderado no pone en conocimiento del juez la existencia del poder, a pesar de que la resolución judicial no establezca su extinción, lo que actúe después de la incapacitación estará deslegitimado y deberán aplicársele las reglas de actuación de la representación sin poder; aunque los matices sean muy variados en cada caso, pueden deducirse de la interpretación conjunta de los arts. 1259, 1734 y 1738 CC¹¹⁴⁴. Llega a esta conclusión porque entiende que del art. 1732 CC no puede destacarse una interpretación que imponga el deber de poner en conocimiento del juez el poder, aunque no se formule con claridad en la ley.

Destacamos la importancia de este supuesto por dos motivos:

Primero.- Hasta ahora hemos visto la posible coexistencia de mandatos, el del apoderado preventivo y el ejercido por el tutor, partiendo del conocimiento judicial; en cambio, el juez actúa ahora como si no existiera poder y sus

¹¹⁴⁴ PARRA LUCÁN, M^a.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, pág. 158.

resoluciones sirven para conformar la institución de la representación legal en detrimento de la voluntad del principal.

Segundo.- Pone de manifiesto un grave problema de legitimación, común a los procedimientos de familia¹¹⁴⁵, y que se viene a sumar a la deficiente regulación del poder preventivo en el ordenamiento español.

En este sentido creemos conveniente hacer una puntualización previa: mientras el art. 223 CC regula la autotutela, el art. 1732 CC prevé dos modalidades de poder preventivo. Analizando conjuntamente ambos preceptos, distinguimos el poder otorgado en caso de incapacitación (art. 223 y poder prorrogado del art. 1732 CC) y el conferido para la incapacidad del poderdante (poder *ad cautelam* del art. 1732). Los dos primeros difieren, principalmente, en que mientras uno está concebido para que surta efectos en el orden personal y patrimonial en caso de incapacitación (art. 223), el otro subsiste tras la misma y solo permite adoptar medidas patrimoniales (art. 1732)¹¹⁴⁶. Es decir, uno está previsto para que “nazca” con la incapacitación judicial y el otro para que “subsista” (o se extinga) tras la sentencia. En ambos casos el juez puede decidir acerca del poder, y junto con la coexistencia de un procedimiento judicial (donde se puede adoptar medidas provisionales) y la previsión del poder *ad cautelam*, el legislador trata de ofrecer una reglamentación (más o menos) completa del fenómeno de la autorregulación de la capacidad.

Entendemos que sí existe una obligación de poner en conocimiento del juez el poder preventivo que se ha otorgado para que continúe tras la incapacitación, aunque no se establezca expresamente por la norma. El hecho de que el art. 224 CC imponga al juez someterse al beneficio del menor o incapacitado en la

¹¹⁴⁵ Con este nombre se conoce estadísticamente y en los *usus fori* a los procedimientos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, más el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, contenidos en el Título I y en el Capítulo II, del Título II, del Libro IV LEC. Ver la obra de BUSTO LAGO, J.M., *Los procesos especiales en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

¹¹⁴⁶ ROSALES, F., El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad, en <https://www.notariofranciscorosaes.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/>

constitución de la tutela, en un precepto que sirve de complemento al ahora analizado; que la tutela aludida por este precepto y por el art. 1732 CC se constituya en un procedimiento de incapacitación, que terminará por sentencia que se pronunciará sobre la extensión y límites de la capacidad, “así como (sobre) el régimen de tutela o guarda a que haya quedar sometido el incapacitado” (y, en su caso, sobre la necesidad de internamiento), art. 760.1 LEC; que los procedimientos sobre capacidad de las personas exijan la intervención del Ministerio Fiscal (arts. 749 y 758 LEC); lo dispuesto en el art. 174 CC sobre la vigilancia del Fiscal respecto de la tutela; y los principios que inspiran los procedimientos de modificación de la capacidad, ya analizados a propósito del interés en la representación de la persona con discapacidad; exigen una actitud positiva de los poderes públicos tendente a la salvaguarda del beneficio de la persona que se encuentre en situación de especial vulnerabilidad, lo que no se consigue manteniendo una actitud pasiva de ineficacia.

González Carrasco exige el conocimiento judicial inicial de la situación de representación afectante al incapaz en virtud de cuatro mecanismos de protección y control legalmente previstos: para que el Ministerio Fiscal decida sobre la necesidad de iniciar el proceso de incapacitación, para la verificación judicial de la adecuación del mandato al beneficio del incapaz, para delimitar el ámbito de representación y por la posibilidad de revocación del mandato por el tutor, así como para permitir, llegado el caso, las decisiones conjuntas del mandatario patrimonial y el tutor personal¹¹⁴⁷.

Además, la aplicación de las reglas de la representación sin poder por las que opta Parra Lucán van en contra del principio de conservación del negocio jurídico (en este caso, el negocio de apoderamiento) y de los postulados de la Convención de Nueva York sobre Personas con Discapacidad, al dejar sin efecto por vía interpretativa y sin resolución judicial que lo respalde (como exigen los arts. 224 y 1732 CC) la voluntad del poderdante, que el Convenio se trata de

¹¹⁴⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil...”, art. 1732, pág. 11838.

proteger incluso frente al procedimiento que niega o restringe la capacidad de forma discriminatoria.

No obstante, encontramos un obstáculo procesal insalvable: si bien existe cauce procesal, la rígida y limitada regulación de la legitimación activa impide su eficacia.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos¹¹⁴⁸, donde el error *in iudicando* es causa de nulidad de actuaciones, el ordenamiento español restringe sus consecuencias jurídicas: por un lado, admite la posibilidad de rectificación (art. 214.3 LEC) o, generalmente, de recurso; y, en casos excepcionales, la revisión de sentencias firmes (arts. 509 a 516 LEC). En vía penal puede dar lugar a la estafa procesal¹¹⁴⁹. No permite acudir, en cambio, a la nulidad de actuaciones, reservada por los arts. 225.2º LEC y 238.2º LOPJ a la violencia y a la intimidación (en relación con los arts. 227 y 228 LEC, y 240 y 241 LOPJ, respectivamente).

Si el error del juez es debido al desconocimiento no malicioso del apoderado preventivo, el art. 510.1º LEC permite rescindir la sentencia de incapacitación, al obtenerse después de pronunciada un documento decisivo “de los que no se hubiese podido disponer” al tiempo de dictarse. De este modo el juzgador dispone de todos los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la continuidad o no del poder, el Ministerio Fiscal puede emitir su informe en beneficio del demandado, aquél puede valorar la posibilidad de completar (no solo sustituir) la voluntad del apoderado con medidas de índole personal y se respetan mejor los principios de la Convención de Nueva York.

¹¹⁴⁸ En opinión de COLOMBO CAMPELL, J., *Los actos procesales, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, págs. 240 y 24, “la voluntad exenta de vicios es un requisito de validez de los actos que realizan en el proceso el juez, las partes y los terceros autorizados, como igualmente lo es en la formación del consentimiento de los equivalentes jurisdiccionales. En este contexto, la voluntad del juzgador limpia de vicios se perfila como un elemento esencial para que el proceso cumpla sus objetivos”.

¹¹⁴⁹ Véase la STS 539/2016, 17 junio 2016, Sala de lo Penal, a propósito de una estafa procesal cometida por los acusados en el seno de un procedimiento civil de ejecución hipotecaria.

Si el error es consecuencia de una maquinación fraudulenta del apoderado para eludir el control judicial, la rendición de cuentas, la posible revocación del poder o la coexistencia de medidas judiciales que interfieran en la plena gestión que viene desempeñando sobre el patrimonio de la persona con discapacidad, también tiene cabida dentro del ordinal 4º del referido art. 510 LEC.

El problema lo encontramos en la legitimación que prevé el art. 511 LEC, al restringir la revisión a quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada. Como el perjudicado es el sujeto incapacitado¹¹⁵⁰, podría entenderse que el tutor designado ostenta legitimación para actuar en nombre de aquél, como representante legal; no así el Ministerio Fiscal, cuya función se limita a emitir informe antes de que se dicte sentencia (art. 514.3 LEC). Parece evidente que si ha actuado fraudulentamente no va a instar la rescisión. Tampoco existe mecanismo legal para obligarle a hacerlo ni para revertir la situación en vía civil, salvo denuncia penal cuando su conducta pueda considerarse constitutiva de estafa procesal (art. 250.1.7º CP). Sólo de forma voluntaria, cuando la falta de comunicación al juez sea debida a la ignorancia del apoderado acerca de la existencia del propio poder, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia, y dentro de los tres meses desde que se haya descubierto el documento que lo contenga (art. 512 LEC), podrá instarse la rescisión de la sentencia de incapacitación por parte del tutor para proteger la eficacia poder preventivo y, con ello, la voluntad del principal.

¹¹⁵⁰ Presupuesto para que el poder prorrogado pudiera continuar su vigencia, junto a un procedimiento cuya sentencia priva de la capacidad necesaria para entablar demanda.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La representación, como institución de Derecho privado, está formada por dos elementos: el elemento interno o legitimador, y el elemento externo, o negocio jurídico representativo.

Cada uno de los negocios jurídicos que conforman el elemento interno y externo de la representación pueden operar con independencia. Sin embargo, en la representación pierden esa independencia para pasar a formar parte de un proyecto común, guiado por una causa también común, que es la defensa del interés del principal o *dominus negotii*. Esta causa actúa como un principio inmanente que condiciona la actuación del representante y sirve de límite a sus actos. Es la causa mediata que se une a la causa inmediata ínsita de cada elemento, que permite al sujeto común (representante) recibir poderes de otro (representado) y emplearlos con un tercero, quien solo merece este calificativo respecto del destinatario final de sus efectos.

SEGUNDA.- La doctrina utiliza dos términos para referirse a determinadas situaciones anómalas relacionadas con la representación: falsa procuración (*falsus procurator*) y representación sin poder (falta o ausencia de representación). Bajo estas expresiones se analiza la extralimitación junto con la inexistencia, la extinción y el abuso de poder.

La falsa procuración es un concepto desligado de la representación y alude a la falta de encargo en la gestión. En cambio, la extinción, el abuso y la extralimitación sí se relacionan con un poder de representación.

La representación sin poder (inexistencia y extinción) no puede equipararse al uso indebido del poder (abuso y extralimitación). Un mal ejercicio no conlleva la

extinción automática del poder, solo es causa para solicitar su revocación por contravención de la confianza en que se basó el otorgamiento.

TERCERA.- La extralimitación exige el traspaso de los límites formales del poder. Este aspecto sirve para distinguir la extralimitación del abuso, ya que en ambos se atenta contra el interés del principal pero sólo en aquélla se actúa contra los límites del poder.

La extralimitación es la única figura donde se aúna representación (en la parte legitimada) y falta de representación (en la parte deslegitimada). Exige que parte del acto o negocio jurídico esté amparado en el poder, ya que si el apoderado obra completamente deslegitimado, usando un poder que en nada sirve al fin del negocio representativo, habrá inexistencia de poder.

CUARTA.- Los límites del poder marcan la extensión de las facultades del representante, constituyen la línea divisoria entre lo que puede hacer y lo que no, y son consustanciales al poder, con independencia de que obre de forma autónoma o sea parte integrante de un contrato de gestión, y de que resulte o no utilizado. Pueden ser de dos tipos: formales y sustanciales. Los primeros se subdividen en objetivos, subjetivos y temporales; estos últimos dan lugar a la extinción del poder. El interés del principal actúa como límite sustancial.

En cambio, las instrucciones (o instrucciones de gestión) van referidas al contenido, al modo de cumplirse el encargo, forman parte del contrato en sí y no son esenciales; el contrato puede contener o no instrucciones. Estas permiten al poderdante exigir al apoderado no solo que cumpla hasta un cierto límite sino que siga unas pautas concretas de actuación.

El negocio de apoderamiento solo puede contener límites, no instrucciones, dado su carácter unilateral y potestativo. El contrato de gestión, formado por derechos y obligaciones recíprocos, puede comprender ambos, aunque no siempre resulta fácil distinguir unos de otros.

Por tanto, la extralimitación exige la infracción de los límites formales del poder, no de las instrucciones de gestión.

QUINTA.- La infracción de los límites formales es condición necesaria pero no suficiente para la extralimitación, ya que si la actuación del representante formalmente extralimitado favorece al *dominus*, el ordenamiento jurídico presume un negocio *intra metas*. En este sentido es importante destacar el papel que juega el interés, como medida sustantiva no solo de la representación sino de la extralimitación, y de la labor interpretativa desarrollada por quienes deben valorar el exceso.

La interpretación exige indagar la voluntad del *dominus* y compararla con la actuación del representante, aunque la voluntad acaba por supeditarse a la defensa del interés que guía la representación y en cuya virtud se constituyó.

SEXTA.- No cabe confundir *nuntius* y mensajero. El primero es el sujeto que, realizando una actividad jurídica, transmite la voluntad ajena. Su actuación no difiere del representante que carece de poder decisorio ante una determinada situación y, en ambos casos, las consecuencias de sus actos son idénticas. Puede incurrir en extralimitación igual que puede hacerlo cualquier representante ya que, a diferencia del correo u otros medios inanimados, posee voluntad propia. El mensajero también puede extralimitarse pero el carácter material de sus actos lo excluye de nuestro campo de estudio.

En cambio, la inacción del representante pasivo y la ausencia de verdadera representación en el liquidador de patrimonios ajenos, los excluyen como sujetos de la extralimitación.

SÉPTIMA.- El negocio extralimitado es un negocio incompleto o en estado de formación, desde el momento en que falta un elemento esencial para su perfección: la voluntad del *dominus negotii*. Visto desde el prisma individualista del negocio celebrado entre representante y tercero, reúne todos sus elementos para su validez y eficacia (consentimiento, objeto y causa), pero analizado desde el punto de vista de la representación donde se inserta, falta el elemento legitimador, que permite al representante inmiscuirse en lo ajeno, contratar con tercero (ya que si existiera un interés personal quizá no contratara), determina las condiciones contractuales (las posibilidades económicas de cada sujeto son diferentes, lo que influye en los términos de la contratación) y permite que los efectos de ese negocio recaigan finalmente en la esfera patrimonial del principal, no del representante.

En tanto no concurra el elemento legitimador no hay negocio representativo porque falta el consentimiento del principal y porque la causa que guía el negocio no permite que finalmente se perfeccione entre representante y tercero. Por este motivo el representante no puede quedar vinculado personalmente por el incumplimiento derivado de la extralimitación; responderá por el interés positivo, que restablezca los daños y perjuicios, más los gastos derivados del negocio frustrado.

Esto no significa que el negocio extralimitado carezca totalmente de efectos, ya que crea una apariencia que vincula a las partes: permite la ratificación por el *dominus*, la revocación por el tercero, el mantenimiento de las condiciones pactadas entre el representante y el tercero mientras se ratifica o se revoca, pactos entre el representante y el tercero vinculados a la extralimitación (que no

se ejercite la acción de revocación hasta transcurrido un determinado plazo, indemnizaciones por el retraso, etc.).

OCTAVA.- Producida la extralimitación, el principal puede prestar su consentimiento a *posteriori* a través de la ratificación. No obstante, este consentimiento implica aportar cuanto le falta al negocio extralimitado para que pueda considerarse válido y eficaz, a través de un nuevo negocio jurídico.

No se trata de una mera declaración de voluntad sino de un negocio pleno, desde el momento en que el anterior negocio (apoderamiento) dio lugar a una situación (extralimitación) que el *dominus* trata de remediar. De modo que en la ratificación del negocio extralimitado, coexisten un negocio previo (apoderamiento) y otro posterior (ratificación). En este punto se diferencia la ratificación en nuestro campo de estudio, de la ratificación en caso de inexistencia de poder o de extinción. La ratificación no anula el poder, porque de ser así el negocio se celebraría entre principal y tercero negando toda participación al representante que se extralimitó.

NOVENA.- La ratificación puede otorgarse por el *dominus*, personalmente o a través de representante. No tiene plazo de ejercicio; está limitada en el tiempo por la revocación del tercero, y viceversa. No obstante, no vemos inconveniente en que pueda estipularse un plazo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Sin perjuicio de que pueda dirigirse al representante, como sujeto interesado por la posible responsabilidad que el negocio extralimitado pueda acarrearle, debe ir dirigida al tercero, que es el interesado en el negocio.

Aunque el aprovechamiento de ventajas sea la razón de la *utiliter* y la causa más común de la ratificación (tácita), no cabe confundirlas, ya que ésta atiende a la voluntad del *dominus* y aquélla responde a un automatismo superior.

DÉCIMA.- A diferencia de la gestión de negocios ajenos, en la extralimitación en el ejercicio de la representación, por aplicación analógica de las normas del mandato, no se exige ni la *utiliter coeptum* ni la *utiliter gestio*, sino la *utiliter gestum*, es decir, que la actuación cree una ventaja para el *dominus*, aunque decida no aprovecharla.

El aprovechamiento efectivo de la gestión (*utiliter gestio*) obliga al principal frente al representante extralimitado y frente al tercero, aunque no se exista ventaja, solo por la utilización de lo hecho por otro. De este modo se evita el enriquecimiento sin causa, es decir, que un sujeto se aproveche del trabajo ajeno sin retribuirlo.

La creación de una ventaja en el marco de un encargo -poder o mandato- (*utiliter gestum*) exige asumir los efectos de lo actuado, con base en la presunción del interés del *dominus* al constituir el negocio, aunque decida voluntariamente no hacer uso de ella.

DÉCIMO PRIMERA.- El tercero puede desligarse del negocio representativo extralimitado en tanto no ratifique el principal, de mutuo acuerdo, a través del mutuo disenso; o unilateralmente, mediante la revocación. Técnicamente no es una acción de revocación sino de un mecanismo privado por el que el tercero comunica al *dominus* (directamente o a través del representante) su voluntad de poner fin a la situación interina generada por el negocio incompleto extralimitado, reponiendo las cosas a su estado anterior.

Si el principal no atiende a la revocación del tercero, a éste no le queda más que interponer demanda en solicitud de la nulidad del negocio extralimitado.

En cualquier caso, tanto por una vía o por otra, lo que se busca es atacar los efectos derivados del negocio irregular.

DÉCIMO SEGUNDA.- En principio, del negocio extralimitado responde el representante, único sujeto que puede excederse en el ejercicio del poder, actuando a modo de bisagra entre la relación interna y externa, entre el representado y el tercero. Su responsabilidad es de naturaleza contractual (obligacional), tanto frente al *dominus* como frente al tercero. De acuerdo con la legislación actual, solo responde del interés y no del cumplimiento de la obligación, ya que esto implicaría alterar la naturaleza del negocio jurídico representativo.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina defiende el resarcimiento del interés negativo creemos que la mejor protección del tercero exige su total indemnidad, al haber actuado de buena fe, con la debida diligencia y a título oneroso, ajeno a las relaciones *ad intra* entre poderdante y apoderado. Ante estos rígidos presupuestos no vemos razón para negarle la completa protección que otorga el interés positivo, aunque el negocio representativo no llegue a consumarse.

DÉCIMO TERCERA.- Junto a esta responsabilidad está la del principal, que como *dominus negotii* ha puesto en marcha el mecanismo representativo, utilizando a otros en su beneficio. No puede desentenderse de los actos dañosos que realice el representante, sin perjuicio de la acción de repetición que le corresponda frente a él. De este modo se aumenta la protección del tercero, que encuentra mayores posibilidades de resarcimiento, y se dota de mayor seguridad al tráfico jurídico.

Al no existir vínculo directo entre principal y tercero su responsabilidad sería de tipo extracontractual, conforme a la interpretación cuasiobjetiva establecida por la jurisprudencia y a la teoría del riesgo.

La asunción de las consecuencias del negocio extralimitado no llega, en cambio, a la total asunción de las obligaciones dimanantes del mismo por la configuración de la ratificación como un acto voluntario del *dominus* (art. 1259 CC) y por impedirlo el art. 1727 CC, salvo que la extralimitación concorra con una situación de apariencia (o representación aparente) que merezca ser protegida.

DÉCIMO CUARTA.- En la representación legal el representado carece de capacidad necesaria para otorgar la representación y para controlar la actuación del representante, que se encuentra en una posición más favorable para cometer extralimitación.

La extralimitación se produce por el exceso en el ejercicio del poder de representación que emana directamente de la ley o se otorga a través de resolución procesal, y por falta de la debida autorización.

Al ser la Ley la que dice cuándo hay representación y cuándo no, o qué actos están excluidos de ella, es más fácil distinguir la extralimitación de la inexistencia. El abuso se engloba como subespecie de la inexistencia de representación.

DÉCIMO QUINTA.- El interés reviste mayor importancia en la representación legal que en la voluntaria, ya que ante la representación y la extralimitación, el intérprete (privado primero, público después) debe identificar primero el interés más necesitado de protección para después realizar su función: dirigir su

actuación representativa para lograr su defensa, en el caso del representante; determinar si existe o no extralimitación y, en su caso, aplicar las consecuencias legales, en caso del juez. El interés goza de una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico y adquiere la categoría de estándar jurídico.

DÉCIMO SEXTA.- El principal problema que plantea la extralimitación en la representación legal es el de su control, ya que la falta de capacidad del representante hace que lo asuman terceros, es decir, quienes no son titulares de ese interés, pero una vez ejercido y detectada la extralimitación, admite las mismas posibilidades que la representación voluntaria, con la salvedad de que la falta de capacidad del representado impide la ratificación y puede ser sustituida por la aprobación judicial.

DÉCIMO SÉPTIMA.- La responsabilidad en la extralimitación de la representación legal solo alcanza al representante, no al representado, ya que éste carece de la voluntad necesaria para constituirla, dirigir y controlar la actuación del representante.

La extralimitación comporta siempre la infracción de una norma o de una resolución procesal, por lo que cabe la posibilidad de que responda frente a la Administración, siempre que los particulares lesionados (tercero cocontratante) pongan el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, único legitimado para exigirla.

DÉCIMO OCTAVA.- La representación orgánica es una representación mediata o de segundo grado, donde quien actúa como intermediario representa, en primer lugar, el órgano al que pertenece y, en segundo lugar, a la persona jurídica donde se inserta el órgano. Es compatible con la representación voluntaria otorgada por la persona jurídica.

DÉCIMO NOVENA.- A diferencia de la representación voluntaria, la persona jurídica asume el negocio extralimitado siempre que esté incluido dentro de su objeto social, sin perjuicio de las reclamaciones internas frente al socio infractor. Estos poderes son ilimitables en el caso de sociedades mercantiles personalistas, no existiendo consenso doctrinal ni jurisprudencial respecto de la posibilidad de limitación en caso de sociedades capitalistas ni de sociedades civiles.

La extralimitación admite la ratificación por parte del órgano de formación y emisión de la voluntad social. Este órgano no siempre será la Junta General sino que dependerá de la estructura social y del reparto competencial.

VIGÉSIMA.- El principal problema que presenta el poder preventivo en materia de extralimitación es la dificultad de control, ya que da lugar a una representación voluntaria en la que el representado ha perdido las posibilidades de control sobre la actuación del representante. Al otorgarse para la previsión de una futura incapacidad, tampoco cabe ratificación por el *dominus*, aunque si la actuación extralimitada del representante favorece al principal podrá ser objeto de aprobación judicial.

La escasa y deficiente regulación del poder prorrogado y del poder *ad cautelam* (que no se ajusta a los postulados de la Convención de Nueva York de Protección de las Personas con Discapacidad de 2006), influye en el control previo en su otorgamiento y que actualmente puede solventarse (al menos en parte) con el otorgamiento de escritura ante notario (aunque lo consideramos insuficiente).

La terminología empleada (incapacitación e incapacidad) hace dudar de los presupuestos necesarios para su validez y eficacia. La existencia de un procedimiento judicial sirve para ejercer un control más adecuado durante la incapacidad. Tal y como está previsto en la legislación española contraría los postulados de la referida Convención internacional, pero una oportuna modificación del procedimiento, dotándolo de los medios personales y materiales adecuados, serviría mejor que la vía notarial al interés de la persona con discapacidad, evitando posibles extralimitaciones.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Una reforma de la Ley exigiría no solo atender aspectos materiales sino, además, procesales, revisando la legitimación para ejercer un control eficaz ante situaciones donde el propio interesado carece de la suficiente capacidad para la defensa de su interés.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, La representación-Introducción al Derecho Privado, en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/>, págs. 179 a 194.
- ACEDO-RICO HENNING, F., “Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1989”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 605, Julio-Agosto 1991, págs. 1935 a 1962.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General, Volumen Segundo, La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
 - *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, La obligación y el contrato en general*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
 - “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 11, nº 3, 1958, págs. 767 a 803.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E., “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, director Luis Cayo PÉREZ BUENO, Editorial Aranzadi, 2009, págs. 525 a 546.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.A., GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNÁNDEZ, C., *Informe 2011, La protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El poder de representación de los administradores”, *Almacén del Derecho, Derecho Mercantil*, domingo, 6 de enero de 2013.

- “Libertad estatutaria y poder de los administradores”, Almacén de Derecho, Derecho Mercantil, Sentencias, Comentarios, noviembre 3, 2015.
- ALONSO PÉREZ, M., El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Revista de Derecho Privado, 1973.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “Comentario de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, Tomo II*, Editorial Comares, Granada, 2000.
 - *El mandato y la comisión mercantil*, Editorial Comares, Granada, 1997.
 - “La representación aparente”, ID vLex: 326063, págs. 1113 a 1126.
- ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al artículo 271 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Coordinadores Manuel AMOROS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
 - “Legado de cosa gravada”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984.
- ANDRÉS SANTOS, Fº.J., “Comentario de los artículos 1888 a 1894 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.
- ANDREU MARTÍNEZ, Mª.B., “Autonomía de la mujer, discapacidad y derechos reproductivos”, en TORRES GARCÍA, T.F., *Construyendo en*

- igualdad. La feminización del Derecho privado. Carmona III*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21 a 36.
- “Consentimiento por sustitución”, en *Derecho y salud: estudios de Bioderecho (comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, coordinadores Belén ANDREU MARTÍNEZ y Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS; director, José Ramón SALCEDO HERNÁNDEZ, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 143 a 183.
 - “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinadores GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 73 a 130.
 - *La protección de los datos personales de los menores de edad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
-
- ARANGUREN URRIZA, F.J., y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, ID vLex: 231414, 75 págs.
 - ARCOS VIEIRA, M^a.L., “El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen 1*, coordinadores José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Primera Edición, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 323-338.
 - *El Mandato de Crédito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - “Responsabilidad civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (Con especial referencia a la responsabilidad por omisión)”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.

- “Sobre el contrato de mandato en el Código Civil y en el Fuero Nuevo”, Universidad Pública de Navarra, Revista Jurídica de Navarra, nº 22, 1996, págs. 61 a 86.
- ARPIO SANTACRUZ, J., “El ámbito del poder de representación del apoderado general del empresario”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “Del mandato ordinario al mandato <<de protección>>”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen I*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Coordinadores J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Murcia, 2004.
- AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français d’après la méthode de Zachariae, Tomo VI*, nº 410, París, 1854.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad anónima. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 633, Marzo-Abril 1996, págs. 463 a 504.
- BÁDENAS CARPIO, J.M^a., *Apoderamiento y Representación Voluntaria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
 - “Comentario del artículo 1259 del Código Civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, Tomo II*, Editorial Comares, Granada, 2000.
 - “La representación de la propiedad horizontal”, Actualidad Civil, Sección doctrina, Ref. VIII, Tomo 1, Editorial La Ley 1637/2001, 1998, págs. 155 y ss.

- BADOSA COLL, F., “Comentario del artículo 1101 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., Derecho civil. Contratos. Los cuasicontratos. La gestión de negocios sin mandato.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Comentario de los artículos 164 a 168 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen I*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Coordinadores J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Murcia, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 166 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, volumen II*, Tecnos, Madrid, 1984.
- BERENGUER ALBALADEJO, C., *El contrato de alimentos*, Primera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “El <<apoderamiento o mandato preventivo>> como medida de protección de las personas mayores”, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, nº 78, Madrid, 17 enero 2008.

- “Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad (1)”, Editorial La Ley, Derecho de familia, nº 2, abril-junio 2014, Protección de personas vulnerables, nº 2, 1 de abril de 2014.
 - “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, Editorial La Ley, La Ley 1578/2014, Derecho de familia, nº 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014.
 - “La <<revitalización>> de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 757, págs. 2845 a 2868.
 - “Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2012, parte Estudio, Pamplona, 2012, págs. 95 a 124.
- BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción española y notas de A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2000.
 - BIONDI, *Gestione rappresentativa e ratifica*, Foro italiano, Volumen I, 1954.
 - BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “La representación sin poder y ratificación: en particular, la ratificación tácita”, Revista de Derecho Privado, nº 1, Enero-Febrero 2015, págs. 19 a 52 (y nº 3, Mayo-Junio 2015).
 - BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I, Introducción y Estatuto del Empresario, Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades*, Vigésimo primera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.

- BUSTO LAGO, J.M., “Consentimiento informado y responsabilidad civil”, en *Julgar*, Coimbra Editora, número especial (consentimiento informado), 2014, págs. 157 a 182.
 - “Contratos de prestación de servicios y realización de obras”, en *Tratado de Contratos, Tomo III, 2ª edición*, coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - “La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *Actualidad Civil*, nº 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mayo 2007, Tomo 1, Editorial La Ley 1580/2007, págs. 994 y ss.
 - *Los procesos especiales en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- CAPITANT, H., *Introduction à l'étude du Droit Civil*, Paris, 1897.

- CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Civile, II. Il Contratto*, Giuridica Editrice, Roma, 2011.

- CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel ALBALADEJO, Editorial Aguilar, Madrid, 1956.

- CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, tomo XV-1, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), op. cit.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Volumen II*, Editorial Reus, Madrid, 1987.

- CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª, “Comentarios de los artículos 142 a 180 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo III, Volumen segundo*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Editorial

- Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1978.
- “La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LV, Septiembre-October 1979, nº 534, págs. 1019 y ss.
 - CRISTELLO, M., y BARLETTA, A., La teoría del riesgo, Cátedra de Obligaciones, en <https://es.slideshare.net/caruchi970/teoria-del-riesgo>
 - CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Tomo XI*, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937.
 - CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., “Apariencia jurídica y representación”, Anuario de Derecho Civil, Fascículos 2-3, 1979, págs. 478 a 490.
 - COBACHO GÓMEZ, J.A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”, Anales de Derecho, nº 8, 1985, págs. 141 a 154.
 - “La obligación de alimentos y la tutela”, en *II Congreso regional de protección de los discapacitados*, coordinador Ignacio SERRANO GARCÍA, 2007, págs. 79 a 96.
 - “Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor”, Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº 2, 1985, págs. 19 a 28.
 - COLÁS ESCANDÓN, A.M^a, “Comentario de los artículos 1259 y 1709 a 1739 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
 - “La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones, Sociedades, etc.)”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 15/2001, parte Estudio, Pamplona, 2001, 32 págs.
 - *La ratificación*, Editorial Comares, Granada, 2000.

- COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil, Tomo I, Introducción -Estado Civil -Domicilio y Ausencia*, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo DE BUEN, Tercera edición, revisada y puesta al día en la parte española por José CASTÁN TOBEÑAS y por José María CASTÁN VÁZQUEZ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

- COLOMBO CAMPELL, J., *Los actos procesales, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

- COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, Partes I y II (Revisadas), Presidente profesor Ole LANDO, Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. Versión original en inglés, en campus.usal.es

- COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Editorial Gredos, Madrid, 1961.

- CORTÉS DOMÍNGEZ, V., y MORENO CATENA, V., *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica. Con formularios, comentarios y jurisprudencia, Volumen I, Juicio ordinario y Juicio verbal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- COVIELLO, L., *Manuale di Diritto civile italiano, Parte Generale, Quarta edizione riverduta e messa al corrente dal prof. Leonardo Coviello*, Editorial Società Editrice Libreria, Milano, 1929.

- COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, México, 1938.

- CRISTÓBAL MONTES, A., “La responsabilidad del deudor por sus auxiliares”, *Anuario de Derecho Civil, Fascículo 1*, año 1989, págs. 5 a 18.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Comentario de los artículos 1714, 1715, 1719, 1725 y 1727 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.
 - *Incapacitación y Mandato*, Primera Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
 - “Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras”, en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, edición nº 1, Editorial La Ley 15238/2011, Madrid, Abril 2011, 16 págs.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario de los artículos 1106, 1107 y 1903 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- DE BUEN, D., notas a COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil, Tomo I, Introducción -Estado Civil -Domicilio y Ausencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

- DE CASTRO Y BRAVO, F., “De nuevo sobre el error en el consentimiento”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
 - “El autocontrato en el Derecho privado español”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo I*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
 - *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
 - “Incapacitación del imbecil”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, op. cit.
 - “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo I*, op. cit.

- “La representación”, en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976.
- “Los llamados derechos de la personalidad”, en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro, Tomo II*, op. cit.

- DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentario del artículo 1060 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - “Revocación del mandato y del poder”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1948, págs. 1457 a 1459.

- DE LEÓN ARCE, A., “La representación”, en *Negocio jurídico y representación*, Editorial La Ley, Madrid, 1989.

- DE LOS MOZOS, J.L., “Comentarios de los artículos 1315 al 1343 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Volumen primero*, Dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1982.

- DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, versión española de los profesores José Luis DE LOS MOZOS y Agustín LUNA SERRANO, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en <http://www.editorialreus.es/rglj>

- DE MARTINI, *Nullità, annullabilità, inefficacia e mandato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere, III*, *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951.

- DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado de la persona*, Coordinador Pedro DE PABLO CONTRERAS, Tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.
 - “El mandato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.
 - “Ineficacia e invalidez”, en *Curso de Derecho Civil II*, op. cit.
 - “Instituciones de guarda”, en *Curso de Derecho Civil II*, op. cit.
 - “La patria potestad”, en *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen VI, Las relaciones paterno-filiales (II), La protección penal de la familia*, Directores Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
 - “La responsabilidad contractual”, en *Curso de Derecho Civil II*, op. cit.

- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, Volumen primero, Introducción y Parte General, Derecho de las personas, Derechos reales y Posesión*, traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española, por Ramón SERRANO SÚÑER y por José SANTA-CRUZ TIEJEIRO, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1931.

- DE SALAS MURILLO, S., “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, año 2010, págs. 677 a 717.

- DE TORRES PEREA, J.M., “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McComarck a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, 2013, págs. 587 a 686.
 - *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1ª edición, Iustel, 2009.
 - “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, año 2006, págs. 675 a 742.

- DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España, Parte Segunda, Del Derecho civil, Tratado Tercero, Del Derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: De las Obligaciones*, Universidad Complutense, Biblioteca Central de la Facultad de Jurisprudencia, Valencia, 1857.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Elementos de Derecho civil, Tomo II, Primera parte*, Barcelona, 1985.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a.A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

- DÉMOGUE, R., *Traité des obligations, Tomo I*, Paris, 1923.

- DÍAZ BARRIGA, M.C., La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en <http://biblio.juridicas.unam.mx>

- DÍAZ BAUTISTA, A., *Manual de Derecho Romano*, Tercera edición, Editorial Diego Marín, Barcelona, 1992.

- DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, M., “El aprovechamiento de las ventajas de la gestión de negocios y sus consecuencias jurídicas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 75, 1989-1990, págs. 157 a 196.

- DÍAZ DE VIVAR, E., Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/apuntes-sobre-las-nociones-de-mandato-poder-y-representacion.pdf>, págs. 121 a 128.

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a.D., *El negocio jurídico “per relationem” en el Código Civil*, Editorial Colex, Madrid, 1982.

- DIÉGUEZ OLIVA, R., “Quod nullum est, nullum effectum producit? La sanción de nulidad del art. 1259 CC”, en *Nulidad de los actos jurídicos: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, Dialnet, nº 1, 2006.
- DÍEZ SOTO, C.M., *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, 2013.
 - *Lecciones de Introducción al Derecho civil*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Comentario de los artículos 1258, 1259, 1888, 1889 y 1891 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - “En torno al concepto jurídico de representación”, en *La representación en el derecho*, Coordinador Rafael DEL ÁGUILA TEJERINA, Universidad Autónoma de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.
 - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen primero, Introducción, Teoría del contrato*, Sexta Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
 - *La representación en el derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
 - “Los efectos jurídicos de la gestión representativa”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 1978, págs. 489 a 508.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.
 - *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Novena edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

- *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente (A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo), *Indret* 1/2015, Barcelona, enero de 2015, en http://www.indret.com/pdf/1119_es.pdf, págs. 1 a 36.

- FALCÓN Y TELLA, M^a.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F^o.J., *Código Civil, Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Octava edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

- FERRARI, S., *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1962.

- GALGANO, F., y VISINTINI, G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, Editore Bologna, Il Foro Italiano, Roma, 1993.

- GALICIA AIZPURUA, G., *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

- GALINDO GARFIAS, I., “Representación, mandato y poder”, *Biblioteca Jurídica Virtual, InfoJus, Publicaciones Periódicas, Revista de Derecho Privado*, nº 1, Enero-Abril 2002, págs. 13 a 22.

- GÁLVEZ CRIADO, A., La asunción de deuda en el Derecho civil, *Tirant lo Blanch*, 2007, en <http://www.tirant.com/editorial/libro/la-asuncion-de-deuda-en-el-derecho-civil-antonio-galvez-criado-9788484567141>.

- GANZENMÜLLER ROIG, C.; SANTOS URBANEJA, F.; LÓPEZ EBRI, G.; FÁBREGA RUIZ, C.; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.; ALCÁNTARA BARBANY, F.; MAYOR FERNÁNDEZ, D., DE LA BLANCA GARCÍA, A., *Manual de Buenas Prácticas, La intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen jurídico de la tutela, Tomo XXVI*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1959.

- GARCÍA GARNICA, M.C. y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “Algunos instrumentos de asistencia al discapacitado: la guarda de hecho y los apoderamientos otorgados antes o en atención a la discapacidad”, ID vLex: 551819414, págs. 123 a 148.

- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Tomo IV*, Universidad Complutense, Madrid, 1852.

- GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil, Fascículo 1*, 2013, págs. 59 a 148.

- GARCÍA RUBIO, M^a.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

- GARCÍA VALDECASAS, G., “La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)”, *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 622 y ss.

- GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VI*, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Lecciones de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2010.
- GAYA SICILIA, R., “La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, Fascículo II, 2010, págs. 719 a 752.
- GIL CORTIELLA, A., “Del mandatario verbal”, *Diario La Ley*, 1990, Tomo 2, Editorial La Ley 16005/2001, págs. 1066 y ss.
- GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario del artículo 271 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GIORDANO, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto esimatorio, T. I, Riv. Dir. Comm.* 1949.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., Y MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica, Tomo II*, Séptima Edición, nuevamente corregida y aumentada por los autores, Biblioteca de la Universidad Central de la Facultad de Jurisprudencia, Madrid, 1865.
- GÓMEZ-OLIVEROS, J.M^a, “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LX, julio-agosto 1984, nº 563.
- GONDRA ROMERO, J.M., “La contribución del Derecho Mercantil a la dogmática general de la representación”, en *La representación en el derecho*, Coordinador Rafael DEL ÁGUILA TEJERINA, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.C., “Comentario de los arts. 1709 a 1739 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VIII*, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.V., “Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por el otro ¿Legitimación propter matrimonium?”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 7, Murcia, 1988, págs. 13 a 25.
 - “Comentarios a la STS de 12 de diciembre de 1989”, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, Director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Edit. Aranzadi, Pamplona, número 22, págs. 905 a 921.
 - “La representación en los actos jurídicos”, en *Lecciones de Derecho Civil, Parte General y Derecho de la Persona*, Tercera edición, Coordinador Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Editorial Diego Marín, Murcia, 2016.
- GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario de los artículos 1727 y 1732 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral”, *Anuario de Derecho Civil, Fascículo 2*, 2004, págs. 381 a 548.
 - *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, *Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, nº 36, 1978.
- GOROSABEL, P., *Redacción del Código Civil de España*, Tolosa, 1832.
- GRAZIANI, A., *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Casa Editrice, Napoli, 1953.

- GUILARTE ZAPATERO, V., “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I)”, *Actualidad Civil*, nº 3, 1992, págs. 443-479.
- GULLÓN BALLESTEROS, *El negocio jurídico*, Madrid, 1969.
 - “La promesa de hecho ajeno”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1964, págs. 3 a 20.
- GUTIÉRREZ LUNA, M., Internamiento involuntario de incapaces, Artículos originales, en <http://www.hipocampo.org>
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., Las ficciones jurídicas, en www.biblioteca.org.ar
- HERNÁNDEZ MORENO, A., “Comentario de los artículos 1717 y 1725 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HERRERA CAMPOS, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinador Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, Cuarta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HIDALGO GARCÍA, S., “Comentario del artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.
- HISPACOLEX SERVICIOS JURÍDICOS, Peculiaridades de la representación, <http://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/representacion-empresas/>

- HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, traducida del alemán por Luis SANCHO SERAL, Revista de Derecho Privado, Serie B, Volumen XIII, Madrid, 1930.

- IHERING, R. von, *Etudes complémentaires de l'esprit du Droit Romain, VI, De la coopération aux actes juridiques d'autrui*, 1857, traducido por Meulenaere.

- IRACULIS ARREGUI, N., “La representación cambiaria: omisión de la *contemplatio domini* (Doctrina jurisprudencial reciente)”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº120/2010, Jurisprudencia, Editorial Thomson Reuters, Octubre-Diciembre 2010.

- JÉREZ DELGADO, C., Comentario a la tesis doctoral de RODRÍGUEZ PINTO, M.S., “Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho privado español, Editorial Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 1, 2007, págs. 316 a 319.

- LA CASA GARCÍA, R., “La expresión documental de la *contemplatio domini* en la representación cambiaria”, Derecho de los Negocios, nº 269, Sección Temas de hoy, mayo-junio 2013, Editorial La Ley 2812/2013.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Parte general, Volumen segundo, Personas*, Editorial Dykinson, Madrid 2004.
 - *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Parte general, Volumen tercero, Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid 2000.
 - *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen primero, Parte general. Teoría general del contrato*,

- cuarta edición, revisada por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen segundo, Contratos y Cuasicontratos*, Editorial Dykinson, Madrid 2004.
 - “La representación aparente, de Antonio Gordillo”, ID vLex: 331987, págs. 1212 a 1214.
- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1958.
 - LASARTE, C., “Comentario del artículo 1893 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Editorial Aranzadi, Primera edición, Pamplona, 2015.
 - LEGERÉN MOLINA, A., “Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano”, ID vLex: 570724562, págs. 1339 a 1366.
 - LEÓN ALONSO, J., “Comentario de los arts. 1714, 1715 y 1719 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - Derecho Civil. Contratos. Mandato. Revistas@iustel.com.
 - LEON BARANDIARAN, J., *El Acto Jurídico*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1997.
 - LLAMAS POMBO, E., “Comentario de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.

- *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Primera edición, Editorial Trivium, Madrid, 1993.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Retención y Mandato*, Studia Albornotiana, XXVII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.
- LUNA SERRANO, A., “Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento”, Discurso de ingreso como académico de número en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona MMIV, 27 de enero de 2004.
- LUZÓN CUESTA, J.M^a, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996.
- MACÍAS CASTILLO, A., “Renuncia del administrador al derecho de retracto en nombre de la sociedad arrendataria”, *Actualidad Civil*, nº 21, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 15 diciembre 2006, Tomo 2, Editorial La Ley 3887/2006, págs. 2605 y ss.
- MAGRO SERVET, V., “Responsabilidad por culpa in vigilando”, *Revista de Jurisprudencia*, nº 2, Editorial Lefebvre. El Derecho, noviembre 2013.
- MAIRATA LAVIÑA, J., “Equiparación de apariencia y realidad: la representación aparente”, *La Ley Mercantil*, nº 9, Sección Empresa y empresario, Editorial La Ley 9279/2014, Diciembre 2014.

- MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, año 1985, págs. 979 a 1010.

- MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario de los artículos 1697 y 1698 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

- MARINO, R.E., y FERNÁNDEZ VILLANUEVA, M.P., “Sustitución de poderes”, *Revista del Notariado*, Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Volumen 112, nº 895, año 2009, págs. 147 a 151.

- MARIÑO PARDO, F., La ratificación de la actuación sin poder. Sus efectos frente a terceros, en <http://www.iurisprudente.com/2014/06>
 - La representación, en <http://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/60-tema-26-la-representacion>

- MARTÍ Y DE EIXALÁ, R., *Tratado elemental del Derecho Civil Romano y Español*, Biblioteca Episcopal de Barcelona, Imprenta de Joaquín Verdaguer, Barcelona, 1838.

- MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.

- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., “Comentario del artículo 166 del Código Civil”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I (2), arts. 90 a 332*, Director José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Cuarta edición, Editorial Trivium, Madrid, 1995.

- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., *Código de Comercio alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

- MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M^a., “La *contemplatio domini* como requisito *ad probationem* de la representación cambiaria ¿un giro en la doctrina jurisprudencial?”, Diario La Ley, nº 8268, Sección Tribuna, Año XXXV, Ref. D-79, Editorial La Ley 1125/2014, 11 marzo 2014.

- MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., El apoderamiento o mandato preventivo, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/009_t010.dir/Bajlib_2009_t010_011.pdf

- MENÉNDEZ MATO, J.C., “La oferta tácita de mandato”, Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1999, Ref. XIX, Tomo 1, Editorial La Ley 1910/2001, págs. 321 y ss.

- MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y Comercial, Tomo II*, traducción de Santiago SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1954.

- MILAZZO, A., *Falsus procurator. Ricerche sull’evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Serie Giuridica, 25, Cacucci Editore, Collana dell’Università Lum Jean Monnet, Casamassima (Bari), 2012.

- MINERVINI, G., *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por José PERÉ RALUY, José María Bosch Editor, Barcelona, 1959.

- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario del art. 7.1 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- MONTÉS PENADÉS, V.L., La representación. Doctrina General, Universidad de Valencia. Revistas@iustel.com.
- MORALES MORENO, A.M., “Comentario del art. 1266 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MORÓN KAVANAGH, M^a.L., “La representación en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Civil Alemán”, *Revista del Notariado, Doctrina*, 892, págs. 95 a 155.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil, comentado y concordado extensamente, e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución, y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, continuado por José CASTÁN TOBEÑAS, con la cooperación de Manuel BATLLE VÁZQUEZ y Francisco BONET RAMÓN, Tomo XXV, I. Del contrato de sociedad, II. Del contrato de mandato, Parte 1^a, -Estudios comparativos, - Introducción doctrinal, - Artículos 1665 al 1678, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, 1933.*
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., y BONET RAMÓN, F., *Comentarios al Código Civil, XXVI-2*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), op. cit.
- MUÑOZ DE DIOS, G., “La ratificación: retroactividad y derechos de terceros”, *Editorial La Ley 5784/2001, Tomo 2*, 1984, págs. 1154 y ss.
- MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/20036, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen I*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la

Universidad de Murcia, Coordinadores J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Murcia, 2004.

- NEGRO COSTEA, J.L., *Representación, mandato y poder*, Ministerio de Defensa, Escuela Militar de Intervención, Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar, Catálogo General de Publicaciones Oficiales del Boletín Oficial del Estado, Madrid, mayo de 2010.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación*, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969.
- ORDÁS ALONSO, M., “Comentario de los artículos 259 a 275 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tercera edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- PACCHIONI, G., *Della gestione degli affari altrui*, Edizione Cedam, Padova, 1935.
- PANTALEÓN, F., “Comentario del artículo 1902 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PARISE, A., El Código civil de Luisiana y la Codificación civil hispánica: Diseminación del texto americano mediante la inclusión en el proyecto de García Goyena, Investigaciones nº 6, 2009, en <http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1434/1838>
- PARRA LUCÁN, M^a.A., “La gestión de negocios ajenos”, en *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Coordinador Carlos

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.
- “La responsabilidad civil extracontractual”, en *Curso de Derecho Civil II, ut supra*.
 - *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
 - “Responsabilidad por hecho ajeno”, en *Curso de Derecho Civil II*, op. cit.
-
- PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.
 - PAZ-ARES, C., “Comentario de los artículos 1692, 1697 y 1698 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - PERÉ RALUY, en Comentarios a la obra de MINERVINI, G., *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por José PERÉ RALUY, José María Bosch Editor, Barcelona, 1959.
 - PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos”, en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, edición nº 1, Editorial La Ley 15231/2011, Madrid, Abril 2011.
 - PÉREZ MARTÍN, A., *Mandato y representación en el derecho histórico*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, nº 12, 1994.
 - PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?”, Revista Bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, nº 54, 9 abril 2014.

- PETIT, C., “España y el *Code Napoléon*”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 4, 2008, págs. 1773 a 1840.
- PLANIOL ET RIPERT, *Droit Civil, Tomo VI*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925.
- POTHIER, *Tratado de las obligaciones, Parte Primera*, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y litografía Dr. J. Roger, Barcelona, 1839.
- PRADIER, P.C., y TEIRA SERRANO, D., Frank Knight y los positivistas, Universidad París I/Universidad Europea de Madrid, en www2.uned.es
- PRATS ALBENTOSA, L., “Nulidad de la regulación del Archivo de Revocación de Poderes”, Diario La Ley, nº 6999, Sección Doctrina, Ref. D-241, Editorial La Ley 38828/2008, Año XXIX, 29 julio 2008.
- PUGLIATTI, S., *Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi, Tomo I*, Riv. Dir. Comm., 1936.
 - *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1965.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
 - *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Parte General: Sujeto y Objeto de Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
 - *Fundamentos de Derecho civil, Tomo I, Volumen II*, Segunda edición, Barcelona, 1978.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La inoponibilidad”, Boletín de Actualidad de Derecho Civil, Estudios, 2007.
- RAMS ALBESA, J., “Artículo 1261”, ID vLex: 231154.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, Vigésimo tercera edición, Edición del Tricentenario [en línea], Madrid: Espasa, 2014.
- REDPEC, Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, BGB, Obtenido y traducido del alemán al inglés.
- RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de Derecho, Tomo I*, Editorial Bosch, Tercera edición, Barcelona, 2005.
 - *Diccionario de Derecho, Tomo II*, Editorial Bosch, Tercera edición, Barcelona, 2005.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Segunda edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
 - “Las instrucciones del mandante” y su relevancia en el negocio representativo”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Coordinadores Matilde CUENA CASAS, Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA, Jorge ORTEGA DOMÉNECH, 1ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
 - “Naturaleza y situación del contrato del <<falsus procurator>>”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1976, págs. 1047 a 1136.
 - *Representación sin poder y ratificación*, Primera edición, Editorial Civitas, Thomson-Reuters, Pamplona, 2013.
 - “Responsabilidad del falsus procurator por no ratificación del contrato celebrado sin poder”, ID vLex: 39032554, págs. 989 a 1063.
 - “Sobre el acceso al Registro de la Propiedad del contrato del representante sin poder (con ocasión de la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2013)”, ID vLex: 512008338, págs. 523 a 552.

- ROCA SASTRE, R.M^a., y PUIG BRUTAU, J., “La gestión de negocios ajenos sin mandato”, en *Estudios de Derecho privado, Obligaciones y Contratos, Tomo I, XIII*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
 - “La ratificación”, en *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos*, op. cit.

- ROCCO, A., *La convalescenza dei negozi giuridici e l’art 137 Cod. Comm.*, II, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910.
 - *Corso di Diritto Commerciale*, Padua, 1921.
 - *Principii di diritto commerciale: parte generale*, Editorial Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1928.

- RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A., *Digesto teorico-practico ó recopilacion de los derechos comun, real y canonico, por los libros y titulos del digesto: traduccion literal al castellano de todas las leyes y parrafos del digesto, expresion de sus concordantes y discordantes con las del codigo, derecho real de España e Indias, y capitulos canonicos, por el orden de su antigüedad: y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año de 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones. Tomo XVII*, Madrid, 1791.

- ROJAS LABRA, C., *Introducción al Derecho, Universidad de Los Lagos*, Primera edición, Puerto Montt, Chile, agosto 2004.

- ROSALES, F., El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad, en <https://www.notariofranciscorosalas.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/>

- RUÍZ MONTES, H., La representación voluntaria, en <http://contratosobligacionesugc.blogspot.com.es/2009/03/la-representación-voluntaria>, 9 agosto 2010.

- SAGGESE, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1933.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Decimosexta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SANSÓN RODRÍGUEZ, M^a.V., “Reflexiones sobre la representación en el Derecho romano clásico y sobre la *actio ad exemplum institoriae*”, *Revista General de Derecho Romano*, nº 19, 2012, págs. 1 a 24.
 - Representación voluntaria, Representación directa desde el Derecho romano hasta hoy, en https://www.uam.es/otros/afduam/documentos/victoria_sanson_rodriguez.pdf, págs. 1 a 13.
- SANTOS BRIZ, J., “Comentario de los artículos 1259-1260 del Código Civil”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo IV*, Coordinador José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Editorial Trivium, Madrid, 1995.
- SEGURA ZURBANO, J.M^a., “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 61 a 84.
- SERNA MEROÑO, E., “Comentario al artículo 1259 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Volumen 1-A*, Directores Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1993.

- SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 271 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, coordinador Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M^a, “Comentario del artículo 271”, en *Comentarios al Código Civil*, Director Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, mayo de 2010.
- SERRANO GARCÍA, I., “La extinción del mandato. Modificación del artículo 1732 del Código Civil, Estudios de Derecho de obligaciones”, en *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II*, Editorial La Ley, 2006.
 - “La voluntad anticipada del incapaz”, en *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Coordinadores DE LA CUESTA SÁENZ, J.M. y otros, Editorial Aranzadi, Primera edición, Pamplona, 2013.
 - *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- STITCHKIN BRANOVER, D., *La representación en los actos jurídicos*, Imprenta La Gratitude Nacional, Santiago, 1936.
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M^a., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil (Comentario a una reforma)”, *Revista de Derecho Privado*, Octubre 1981.
- TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale*, Turín, 1892.
- TENA ARREGUI, R., y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO, E., “La firma electrónica ¿un poder al portador?”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Referencia D-155, Tomo 5, Editorial La Ley, 2001.

- TORRALBA SORIANO, O.V., “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 4, 1971, págs. 1143 a 1166.
- TRAVIESAS, M., “La representación voluntaria”, Revista de Derecho Privado, Volumen 11, 1922.
- TRUJILLO MATA, M., “El interés del menor en los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión Europea”, El Derecho Editores, Base de Datos de Bibliografía El Derecho, EDB 2011/8242, 7 marzo 2011.
- URÍA MENÉNDEZ, Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_U M.pdf?id=5679, 22 abril 2015, 36 págs.
- URIBE SORRIBES, A., “La representación de los hijos. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de abril de 1982”, ID vLex: 233223.
- VAQUER ALOY, A., “Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña)”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 4, 1999, págs. 1491 a 1570.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 2, 1987, págs. 495 a 524.

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Cuarta edición, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1992.
- VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Editorial Colex, Madrid, 1989.
- VERLANGA HUERTA, F., y MUÑIZ MIRANDA, J., *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Extranjeros*, Segunda edición, Universidad Complutense, Madrid, 1847.
- VIDAL RAMÍREZ, F., *El Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica, Editorial el Búho, Séptima edición, Lima, Perú, 2007.
- VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale, Volume I, I Commercianti*, Quinta edizione riveduta e ampliata, Seconda ristampa, Casa Editrice, Milano, 1929.
- VON THUR, A., *Tratado de obligaciones*, Editorial Reus, Madrid, 1934.
- VVAA, Derecho Civil: Incumplimiento, en https://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/civildos3.pdf
- VVAA, *Diccionario jurídico básico*, Segunda edición, Coordinador Miguel Ángel DEL ARCO TORRES, Editorial Comares, Granada, abril 1989.
- VVAA, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- VVAA, Diccionario on line, en <http://www.etimologías.dechile.net/>
- VVAA, Diccionario RAE, en www.rae.recursos/diccionarios/drae.

- VVAA, El poder de representación en el *Common law*, file:///C:/Users/Home/AppData/Local/Temp/Low/SYY276GM.htm

- WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, Volumen IV, Tomo I, traducción y notas de FADDA, C., y BENZA, P.E., Editorial Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930.

- YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil, Títulos IX y X del Libro I*, editorial ICAI, Madrid, 1984.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS SALA PRIMERA, DE LO CIVIL

- STS 20 febrero 1897, (Roj: STS 44/1897; ECLI:ES:TS:1897:44)
- STS 7 mayo 1897, (Roj: STS 173/1897; ECLI:ES:TS:1897:173)
- STS 30 octubre 1906, (CL, T. 105, nº. 94)
- STS 6 de marzo de 1909, (JC, 1ª serie, parte 3ª, T. XXXII, Vol. II, n.º 11)
- STS 6 diciembre 1912, (JC 124, núm. 107, 852 y ss.)
- STS 2 marzo 1922, (RJ 1922/1833)
- STS 21 mayo 1924, (Roj: STS 246/1924; ECLI:ES:TS:1924:246)
- STS 1 julio 1924, (Roj: STS 586/1924; ECLI:ES:TS:1924:586)
- STS 2 febrero 1925, (Roj: STS 979/1925; ECLI:ES:TS:1925:979)
- STS 8 octubre 1927, (Roj: STS 425/1927; ECLI:ES:TS:1927/425)
- STS 8 abril 1932, (RJ 1932/1000)
- STS 17 octubre 1932, (Roj: STS 1289/1932; ECLI:ES:TS:1932:1289)
- STS 25 noviembre 1932, (RJ 1932/1315)
- STS 20 diciembre 1932, (RJ 1932/1369)
- STS 6 abril 1934, (Roj: STS 1246/1934; ECLI:ES:TS:1934:1246)
- STS 10 julio 1935, (Roj: STS 2609/1935; ECLI:ES:TS:1935:2609)
- STS 19 marzo 1936, (RJ 1936/811)
- STS 14 diciembre 1940, (RJ 1940/1135)
- STS 22 mayo 1942, (RJ 1942/634)
- STS 6 marzo 1943, (RJ 1943/306)
- STS 21 junio 1943, (RJ 1943/980)
- STS 14 diciembre 1943, (RJ 1943/1313)
- STS 27 diciembre 1943, (RJ 1943/1324)
- STS 14 febrero 1944, (JC, 2ª serie, T. V, n.º 43)
- STS 7 julio 1944, (RJ 1944/908)
- STS 29 enero 1945, (RJ 1945/121)
- STS 29 enero 1945, (RJ 1945/125)
- STS 15 marzo 1945, (RJ 1945/280)

- STS 25 junio 1946, (RJ 1946/838)
- STS 26 junio 1946, (JC, 2ª serie, T. XV, nº 33) (25 julio 1946)
- STS 5 marzo 1947, (JC, 2ª serie, T. XVIII, nº 4)
- STS 20 junio 1947, (RJ 1947/446)
- STS 5 enero 1949, (RJ 1949/83)
- STS 28 febrero 1949, (RJ 1949/549)
- STS 5 abril 1950, (RJ 1950/990)
- STS 16 abril 1952, (RJ 1952/2103)
- STS 4 octubre 1953, (RJ 1953/2017)
- STS 9 diciembre 1953, (RJ 1953/3954)
- STS 16 marzo 1954, (Roj: STS 2239/1954; ECLI:ES:TS:1954:2239)
- STS 23 diciembre 1954, (RJ 1954/3168)
- STS 28 abril 1955, (Roj: STS 2660/1955; ECLI:ES:TS:1955:2660)
- STS 5 noviembre 1956, (Roj: STS 343/1956; ECLI:ES:TS:1953:343)
- STS 9 abril 1957, (RJ 1957/2498)
- STS 17 mayo 1957, (Roj: STS 127/1957-ECLI:ES:TS:1957:127)
- STS 9 mayo 1958, (RJ 1958/1726)
- STS 27 mayo 1958, (RJ 1958/2103)
- STS 21 octubre 1958, (Roj: STS 1543/1958-ECLI:ES:TS:1958:1543)
- STS 27 octubre 1958, (RJ 1958/3778)
- STS 29 noviembre 1958, (RJ 1958/3811)
- STS 5 diciembre 1958, (Tol 4.351.312)
- STS 14 mayo 1959, (RJ 1959/2556)
- STS 27 mayo 1959, (RJ 1959/2469)
- STS 6 junio 1959, (Roj: STS 1298/1959; ECLI:ES:TS:1959:1298)
- STS 25 junio 1959, (RJ 1959/2933)
- STS 26 octubre 1959, (RJ 1959/4428)
- STS 24 noviembre 1960, (Roj: STS 82/1960; ECLI:ES:TS:1960:82)
- STS 13 junio 1962, (RJ 1962/3168)
- STS 3 julio 1962, (RJ 1962/3113)
- STS 10 octubre 1963, (RJ 1963/4083)
- STS 19 octubre 1963, (RJ 1963/4142)
- STS 26 mayo 1964, (RJ 1964/2772)
- STS 3 febrero 1965, (RJ 1965/524)

- STS 8 marzo 1965, (RJ 1965/1438)
- STS 28 mayo 1965, (RJ 1965/3083)
- STS 15 octubre 1965, (RJ 1965/4443)
- STS 13 diciembre 1965, (RJ 1965/5814)
- STS 28 abril 1966, (RJ 1966/2169)
- STS 11 junio 1966, (RJ 1966/3406)
- STS 15 junio 1966, (RJ 1966/3108)
- STS 10 octubre 1966, (RJ 1966/4083)
- STS 10 febrero 1967, (RJ 1967/654)
- STS 6 abril 1967, (RJ 1967/1810)
- STS 11 abril 1967, (RJ 1967/2207)
- STS 21 febrero 1968, (Roj: STS:2958/1968; ECLI:ES:TS:1968:2958)
- STS 25 marzo 1968, (RJ 1968/3408)
- STS 29 marzo 1968, (RJ 1968/2656)
- STS 5 mayo 1968, (RJ 1968/2831)
- STS 9 mayo 1968, (Roj: STS 2176/1968; ECLI:ES:TS:1968:2176)
- STS 17 mayo 1968, (RJ 1968/2480)
- STS 23 enero 1969, (RJ 1969/200)
- STS 5 febrero 1969, (RJ 1969/586)
- STS 29 abril 1969, (RJ 1969/2236)
- STS 24 junio 1969, (Roj: STS 121/1969; ECLI:ES:TS:1969:121)
- STS 7 noviembre 1969, (Roj: STS 1418/1969; ECLI:ES:TS:1969:1418)
- STS 10 noviembre 1969, (RJ 1969/5135)
- STS 6 febrero 1971, (Roj: STS 1291/1971; ECLI:ES:TS:1971:1291)
- STS 21 abril 1971, (RJ 1971/1784)
- STS 15 marzo 1972, (RJ 1972/1252)
- STS 8 julio 1972, (RJ 1972/3710)
- STS 18 noviembre 1972, (Roj: STS 2417/1972; ECLI:ES:TS:1972:2417)
- STS 28 noviembre 1973, (Roj: STS 349/1973; ECLI:ES:TS:1973:349)
- STS 14 junio 1974, (RJ 1974/2637)
- STS 15 febrero 1975, (Roj: STS 24/1975; ECLI:ES:TS:1975:24)
- STS 25 octubre 1975, (RJ 1975/3774)
- STS 23 junio 1976, (RJ 1976/2920)
- STS 15 noviembre 1977, (RJ 1977/4558)

- STS 19 diciembre 1977, (RJ 1977/4763)
- STS 22 diciembre 1977, (RJ 1977/4837)
- STS 31 enero 1978, (RJ 1978/229)
- STS 30 mayo 1978, (Roj: STS 4211/1978; ECLI:ES:TS:1978:4211)
- STS 10 mayo 1979, (RJ 1979/1765)
- STS 5 junio 1979, (Roj: STS 4764/1979; ECLI:ES:TS:1979:4764)
- STS 16 noviembre 1979, (Roj: STS 4664/1979; ECLI:ES:TS:1979:4664)
- STS 5 enero 1980, (Roj: STS 65/1980; ECLI:ES:TS:1980:65)
- STS 8 enero 1980, (Roj: STS 64/1980; ECLI:ES:TS:1980:64)
- STS 14 marzo 1980, (Roj: STS 21/1980; ECLI:ES:TS:1980:21)
- STS 23 octubre 1980, Edit. La Ley 5719-JF/0000 (RJ 1980/3635)
- STS 23 diciembre 1980, (RJ 1980/5097)
- STS 27 enero 1981, (Roj: STS 31/1981; ECLI:ES:TS:1981:31)
- STS 2 marzo 1981, (La Ley 8243-NS/0000)
- STS 19 junio 1981, (Roj: STS 181/1981; ECLI:ES:TS:1981:181)
- STS 3 julio 1981 (Tol 1739575)
- STS 5 abril 1982, (Roj: STS 1131/1982; ECLI: ES:TS:1982:1131)
- STS 26 mayo 1982, (Roj: STS 18/1982; ECLI:ES:TS:1982:18)
- STS 26 mayo 1982, (Roj: STS 111/1982; ECLI:ES:TS:1982:111)
- STS 6 octubre 1982, (Roj: STS 1470/1982; ECLI:ES:TS:1982:1470)
- STS 3 noviembre 1982, (RJ 1982/6523)
- STS 8 noviembre 1982, (RJ 1982/6534)
- STS 9 marzo 1983, (RJ 1983/1463)
- STS 14 marzo 1983, (RJ 1983/1475)
- STS 9 mayo 1983, (Roj: STS 1487/1983; ECLI;ES:TS:1983:1487)
- STS 9 enero 1984, (Roj: STS 233/1984; ECLI:ES:TS:1984:233)
- STS 26 enero 1984, (RJ 1984/386)
- STS 9 mayo 1984, (RJ 1984/2403)
- STS 10 mayo 1984, (RJ 1984/2405)
- STS 10 mayo 1984, (RJ 1984/2406)
- STS 21 mayo 1984, (RJ 1984/2497)
- STS 19 junio 1984, (Roj: STS 1300/1984; ECLI:ES:TS:1984:1300)
- STS 26 junio 1984, (Roj: STS 1256/1984; ECLI:ES:TS:1984:1256)
- STS 26 noviembre 1984, (Roj: STS 1804/1984; ECLI:ES:TS:1984:1804)

- STS 15 enero 1985, (Roj: STS 1547/1985; ECLI:ES:TS:1985:1547)
- STS 19 abril 1985, (Roj: STS 706/1985; ECLI:ES:TS:1985:706)
- STS 17 enero 1986, (Roj: STS 7570/1986; ECLI:ES:TS:1986:7570)
- STS 14 marzo 1986, (Roj: STS 7631/1986; ECLI:ES:TS:1986:7631)
- STS 25 abril 1986, (RJ 1986/2001)
- STS 17 mayo 1986, (Roj: STS 2520/1986; ECLI:ES:TS:1986:2520 y Roj: STS 8324/1986; ECLI:ES:TS:1986:8324)
- STS 26 junio 1986, (RJ 1986/4782)
- STS 26 octubre 1986, (RJ 1986/6614)
- STS 10 noviembre 1986, (Roj: STS 6100/1986; ECLI:ES:TS:1986:6100)
- STS 26 noviembre 1986, (RJ 1986/6614)
- STS 16 diciembre 1986, (Roj: STS 7088/1986; ECLI:ES:TS:1986:7088 y Roj: STS 7567/1986; ECLI:ES:TS:1986:7567)
- STS 13 marzo 1987, (Roj: STS 1798/1987; ECLI:ES:TS:1987:1798 y Roj: STS 9342/1987; ECLI:ES:TS:1987:9342)
- STS 27 marzo 1987, ID vLex: 206647 y Edit. La Ley 12075-JF/0000
- STS 30 marzo 1987, (RJ 1987/1839)
- STS 14 mayo 1987, (Roj: STS 3348/1987; ECLI:ES:TS:1987:3348)
- STS 30 junio 1987, (RJ 1987/4843)
- STS 18 septiembre 1987, (RJ 1987/6067)
- STS 6 octubre 1987, (Roj: STS 6195/1987; ECLI:ES:TS:1987:6195 y 8669/1987; ECLI:ES:TS:1987:8669)
- STS 12 octubre 1987, (RJ 1987/8375)
- STS 23 diciembre 1987, (RJ 1987/9651)
- STS 20 febrero 1988, (AC, Ref. 423/1988)
- STS 1 marzo 1988, (RJ 1988/1541)
- STS 23 marzo 1988, (Roj: STS 2095/1988; ECLI:ES:TS:1988:2095 y Roj: STS 16730/1988; ECLI:ES:TS:1988:16730)
- STS 24 mayo 1988, (RJ 1988/4329)
- STS 28 octubre 1988, (RJ 1988/7746)
- STS 25 noviembre 1988, (Roj: STS 9506/1988; ECLI:ES:TS:1988:9506)
- STS 20 febrero 1989, (Roj: STS 16364/1992; ECLI:ES:TS:1992:16364)
- STS 27 marzo 1989, (RJ 1989/2198)
- STS 2 junio 1989, (RJ 1989/4282)

- STS 22 junio 1989, (RJ 1989/4776)
- STS 22 junio 1989, (Roj: STS 3752/1989; ECLI:ES:TS:1989:3752 y Roj: STS 15618/1989; ECLI:ES:TS:1989:15618)
- STS 26 junio 1989, (RJ 1989/4782)
- STS 3 julio 1989, (RJ 1989/5282)
- STS 16 octubre 1989, (Roj: STS 5421/1989; ECLI:ES:TS:5421/1989 y Roj: STS 9895/1989; ECLI:ES:TS:1989:9895)
- STS 8 noviembre 1989 (Roj: STS 6160/1989; ECLI:ES:TS:1989:6160)
- STS 24 noviembre 1989, (RJ 1989/7903)
- STS 5 diciembre 1989, (RJ 1989/8798)
- STS 12 diciembre 1989, (RJ 1989/8189)
- STS 12 diciembre 1989, (RJ 1989/8821)
- STS 10 enero 1990, (RJ 1990/32)
- STS 21 febrero 1990, (Roj: STS 1575/1990; ECLI:ES:TS:1990:1575 y Roj: STS 13243/1990; ECLI:ES:TS:1990:13243)
- STS 1 marzo 1990, Edit. La Ley 1320-JF/0000, (RJ 1990/1656)
- STS 7 marzo 1990 (Roj: STS 2113/1990; ECLI:ES:TS:1990:2113 y Roj: STS 13375/1990; ECLI:ES:TS:1990:13375)
- STS 6 abril 1990, (RJ 1990/2703)
- STS 17 abril 1990, (RJ 1990/2721)
- STS 1 octubre 1990, (Roj: STS 6763/1990; ECLI:ES:TS:1990:6763 y Roj: STS 10953/1990; ECLI:ES:TS:1990:10953)
- STS 11 octubre 1990, Edit. La Ley 1727-JF/0000, (RJ 1990/7856)
- STS 23 octubre 1990, (RJ 1990/8040)
- STS 10 diciembre 1990, (AC, Ref. 221/1991)
- STS 11 febrero 1991, (RJ 1991/1995)
- STS 13 mayo 1991, (RJ 1991/3664)
- STS 14 mayo 1991, (RJ 1991/3672)
- STS 28 mayo 1991, (Roj: STS 2758/1991; ECLI:ES:TS:1991:2758) y (Roj: STS 16067/1991; ECLI:ES:TS:1991:16067)
- STS 28 mayo 1991, Edit. La Ley 14001-R/1991, (RJ 1991/3937)
- STS 12 junio 1991, (RJ 1991/4765)
- STS 17 junio 1991, (RJ 1991/4469)
- STS 11 julio 1991, (RJ 1991/5571)

- STS 23 septiembre 1991, (Roj: STS 11850/1992; ECLI:ES:TS:1992:11850)
- STS 28 octubre 1991 (Tol 1728072)
- STS 5 febrero 1992, (RJ 1992/829)
- STS 2 marzo 1992, (RJ 1992/1833)
- STS 3 marzo 1992, (RJ 1992/2155)
- STS 25 abril 1992, (RJ 1992/3413)
- STS 28 abril 1992, (La Ley 3052-JF/0000)
- STS 13 mayo 1992, (RJ 1992/3923)
- STS 2 junio 1992, (Roj: STS 13228/1992; ECLI:ES:TS:1992:13228)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 7340/1992; ECLI:ES:TS:1992:7340)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 7356/1992; ECLI:ES:TS:1992:7356)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 7359/1992; ECLI:ES:TS:1992:7359)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 7418/1992; ECLI:ES:TS:1992:7418)
- STS 30 septiembre 1992, (RJ 1992/7421)
- STS 30 septiembre 1992, (RJ 1992/7476)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 17756/1992; ECLI:ES:TS:1992:17756)
- STS 30 septiembre 1992, (Roj: STS 17759/1992; ECLI:ES:TS:1992:17759)
- STS 10 noviembre 1992, (RJ 1992/973)
- STS 10 noviembre 1992, (RJ 1992/9099)
- STS 27 noviembre 1992, (RJ 1992/9596)
- STS 23 diciembre 1992, (RJ 1992/10687)
- STS 19 febrero 1993, (Roj: STS 19110/1993; ECLI:ES:TS:1993:19110)
- STS 18 marzo 1993, (RJ 1993/2024)
- STS 7 mayo 1993, (RJ 1993/3462)
- STS 24 junio 1993, (AC, Ref. 1212/1993)
- STS 5 noviembre 1993, (RJ 1993/8968)
- STS 1 diciembre 1993 (La Ley 15841-R/1994)
- STS 4 febrero 1994, (AC, Ref. 580/1994)
- STS 15 febrero 1994, (RJ 1994/1308)
- STS 22 febrero 1994, (RJ 1994/1252)
- STS 25 febrero 1994, (RJ 1994/1263)

- STS 10 marzo 1994, (RJ 1994/1731)
- STS 15 marzo 1994, (AC, Ref. 761/1994)
- STS 13 abril 1994, (RJ 1994/2797)
- STS 22 abril 1994, (RJ 1994/3087)
- STS 9 mayo 1994, (RJ 1994/3894)
- STS 26 mayo 1994, (Roj: STS 22371/1994; ECLI:ES:TS:1994:22371)
- STS 22 julio 1994, (RJ 1994/6581)
- STS 23 septiembre 1994, (RJ 1994/6987)
- STS 14 diciembre 1994, (AC, Ref. 271/1995)
- STS 31 diciembre 1994, supremo.vlex.es (AC, Ref. 334/1995)
- STS 4 febrero 1995, (AC, Ref. 401/1995)
- STS 17 febrero 1995, (RJ 1995/1105)
- STS 24 febrero 1995, (RJ 1995/1135)
- STS 11 marzo 1995, (Roj: STS 1436/1995, ECLI:ES:TS:1995:1436 y Roj: STS 1442/1995; ECLI: ES:TS:1995:1442)
- STS 29 marzo 1995, (RJ 1995/2333)
- STS 15 mayo 1995, (Roj: STS 2726/1995; ECLI:ES:TS:1995:2726)
- STS 17 julio 1995, (RJ 1995/5708)
- STS 27 septiembre 1995, (RJ 1995/6453)
- STS 2 octubre 1995, (RJ 1995/6976)
- STS 4 diciembre 1995, (Rec. 1996/1992), Edit. La Ley 796/1996
- STS 15 marzo 1996, (Roj: STS 7951/1996; ECLI:ES:TS:1996:7951)
- STS 29 marzo 1996, (Roj: STS 1963/1996; ECLI:ES:TS:1996:1963 y Roj: STS 7838/1996; ECLI:ES:TS:1996:7838)
- STS 8 junio 1996, (RJ 1996/4831)
- STS 15 junio 1996, (RJ 1996/4774)
- STS 19 octubre 1996, (RJ 1996/7508)
- STS 21 octubre 1996, (RJ 1996/7235)
- STS 18 noviembre 1996, (RJ 1996/9014)
- STS 19 febrero 1997, (Roj: STS 1147/1997; ECLI:ES:TS:1997/1147)
- STS 7 abril 1997, (Roj: STS 2423/1997; ECLI:ES:TS:1997:2423)
- STS 12 junio 1997, (RJ 1997/4765)
- STS 8 julio 1997, (Tol 215260)
- STS 21 julio 1997, (Roj: STS 5207/1997; ECLI:ES:TS:1997:5207)

- STS 10 septiembre 1997, (RJ 1997/6402)
- STS 26 septiembre 1997, (Roj: STS 5682/1997; ECLI:ES:TS:1997:5682)
- STS 26 septiembre 1997, (Roj: STS 5685/1997; ECLI:ES:TS:1997:5685)
- STS 24 octubre 1997, (RJ 1997/7163)
- STS 23 diciembre 1997, (RJ 1997/8902)
- STS 27 enero 1998, (Roj: STS 452/1998; ECLI:ES:TS:1998:452 y Roj: STS 448/1998; ECLI:ES:TS:1998:448)
- STS 7 abril 1998, (RJ 1998/2316)
- STS 17 abril 1998, (RJ 1998/2505)
- STS 11 julio 1998, (RC 1195/1994) (EDJ 1998/17993)
- STS 7 octubre 1998, (RJ 1998/7388)
- STS 14 octubre 1998, (RJ 1998/8374)
- STS 2 diciembre 1998, (RJ 1998/10481)
- STS 6 febrero 1999, (RJ 1999/690) ¿o 640?
- STS 27 febrero 1999, (Rec. 1469/1998), La Ley 3711/1999
- STS 18 marzo 1999, (RJ 1999/1858)
- STS 18 mayo 1999, (RJ 1999/4332)
- STS 18 mayo 1999, (RJ 1999/3351)
- STS 23 julio 1999, (RJ 1999/6096)
- STS 22 octubre 1999, (RJ 1999/7621)
- STS 26 octubre 1999, (RJ 1999/7625)
- STS 27 diciembre 1999, (RJ 9377/1999)
- STS 19 enero 2000, (Roj: STS 183/2000; ECLI:ES:TS:2000:183)
- STS 21 enero 2000, (RJ 2000/113)
- STS 27 enero 2000, (Roj: STS 490/2000; ECLI:ES:TS:2000:490)
- STS 29 abril 2000, (RJ 3190/2000)
- STS 29 abril 2000, (Roj: STS 3589/2000; ECLI:ES:TS:2000:3589)
- STS 31 mayo 2000, (RJ 2000/5089)
- STS 19 junio 2000, (RJ 2000/5291)
- STS 3 noviembre 2000, (RJ 2000/9208)
- STS 11 diciembre 2000, (Roj: STS 9054/2000; ECLI:ES:TS:2000:9054)
- STS 27 diciembre 2000, (RJ 2001/711)
- STS 6 marzo 2001, (RJ 2001/3973)
- STS 26 julio 2001, (RJ 2001/8428)

- STS 30 julio 2001, (Roj: STS 6685/2001; ECLI:ES:TS:2001:6685)
- STS 2 octubre 2001, (RJ 2001/8723)
- STS 26 noviembre 2001, (RJ 2001/9524)
- STS 29 noviembre 2001, (Rec. 2389/1996), Edit. La Ley 994/2002
- STS 3 diciembre 2001, (RJ 2002/2198)
- STS 3 diciembre 2001, (Roj: STS 9478/2001; ECLI:ES:TS:2001:9478)
- STS 18 diciembre 2001, (RJ 2001/9365)
- STS 6 marzo 2002, (RJ 2002/2662)
- STS 11 marzo 2002, (RJ 2002/5691)
- STS 14 marzo 2002, (Roj: STS 1846/2002; ECLI:ES:TS:2002:1846))
- STS 14 marzo 2002, (Roj: STS 1847/2007; ECLI:ES:TS:2002:1847)
- STS 31 mayo 2002, (La Ley 104594/2002)
- STS 6 junio 2002, (EDJ 2002/20080)
- STS 10 junio 2002, (RJ 2002/4884)
- STS 10 junio 2002, (RJ 2002/4982)
- STS 13 junio 2002, (RJ 4891/2002)
- STS 22 octubre 2002, (RJ 2002/10060)
- STS 11 noviembre 2002, (RJ 2002/9640)
- STS 10 julio 2003, (RJ 2003/4622)
- STS 19 julio 2003, (EDJ 2003/80447)
- STS 5 diciembre 2003, (Roj: STS 7788/2003; ECLI:ES:TS:2003:7788)
- STS 26 marzo 2004, (RJ 2004/1952)
- STS 7 abril 2004, (RC 3816/1998), (RJ 2005/3845)
- STS 25 junio 2004, (Roj: STS 4485/2004; ECLI:ES:TS:2004:4485)
- STS 28 junio 2004 (Roj: STS 4518/2004; ECLI:ES:TS:2004:4518)
- STS 30 septiembre 2004, (Rec. 2565/1998), La Ley 202120/2004
- STS 8 octubre 2004, (RJ 2004/6693)
- STS 28 octubre 2004, (RJ 2004/7208)
- STS 10 noviembre 2004, (RJ 2004/6880)
- STS 15 noviembre 2004, (Rec. 2821/1998), Edit. La Ley 178/2005
- STS 23 diciembre 2004, (RJ 2005/82)
- STS 19 julio 2005, (Roj: STS 4967/2005; ECLI:ES:TS:2005:4967)
- STS 24 noviembre 2005, (RJ 2005/7855)
- STS 23 diciembre 2005, (Rec. 1844/1999), (EDJ 2005/230423)

- STS 3 marzo 2006, (RJ 2006/5772)
- STS 8 marzo 2006, (RJ 2006/1076)
- STS 31 marzo 2006, (RJ 2006/5299)
- STS 3 abril 2006, (EDJ 2006/48755)
- STS 19 mayo 2006, (EDJ 2006/80792)
- STS 27 julio 2006, (RJ 2006/6548)
- STS 10 noviembre 2006, (RJ 2006/7170)
- STS 8 enero 2007, (RJ 2007/812)
- STS 25 enero 2007, (EDJ 2007/3989)
- STS 6 marzo 2007, (RJ 2007/1828)
- STS 30 marzo 2007, (EDJ 2007/19748)
- STS 7 mayo 2007, (RJ 2007/3553)
- STS 14 junio 2007, (RJ 2007/3518)
- STS 28 septiembre 2007, (RJ 2007/6273)
- STS 10 octubre 2007, (RJ 2007/6813)
- STS 10 octubre 2007, (EDJ 2007/175202)
- STS 31 octubre 2007, (RJ 2007/8515)
- STS 18 diciembre 2007, (RJ 2007/9040)
- STS 14 abril 2008, (RJ 2008/4069)
- STS 21 abril 2008, (RJ 2008/4606)
- STS 6 junio 2008, (RJ 2008/4241)
- STS 4 julio 2008, (Tol 1378523)
- STS 24 octubre 2008, (RJ 2008/6308)
- STS 31 octubre 2008, (Rec. 1720/2004)
- STS 22 diciembre 2008, (Roj: STS 7354/2008; ECLI:ES:TS:2008:7354)
- STS 16 febrero 2009, (RJ 2009/1491)
- STS 4 marzo 2009, (JUR 2009/153728)
- STS 17 marzo 2009, (EDJ 2009/32140)
- STS 29 abril 2009, (Rec. 1259/2006)
- STS 6 mayo 2009, (EDJ 2009/72813)
- STS 19 mayo 2009, (La Ley 67167/2009)
- STS 9 junio 2009, (RJ 2009/4449)
- STS 5 abril 2010, (Rec. 455/2006), La Ley 49080/2010, (JUR 2010,174023)

- STS 22 abril 2010, (RJ 2010/2380)
- STS 14 mayo 2010, (EDJ 2010/61554)
- STS 9 junio 2010, (Rec. 1530/2006), La Ley 148060/2010
- STS 8 julio 2010, (RJ 2010/6030)
- STS 23 septiembre 2010, (RJ 2010/7136)
- STS 17 noviembre 2010, (RJ 2010/9163)
- STS 26 noviembre 2010 (Tol 2032965)
- STS 11 abril 2011, (Roj: STS 2028/2011; ECLI:ES:TS:2011:2028)
- STS 22 julio 2011, (Rec. 813/2009)
- STS 5 septiembre 2011, (Rec. 1755/2008)
- STS 21 septiembre 2011, (Rec. 1491/2008), La Ley 182904/2011
- STS 27 octubre 2011, (Roj: STS 6854/2011; ECLI: ES:TS:2011:6854)
- STS 7 noviembre 2011, (Roj: STS 7267/2011; ECLI:ES:TS:2011:7267)
- STS 26 noviembre 2011, (RJ 2011/1315)
- STS 7 diciembre 2011, (Roj: STS 9284/2011; ECLI:ES:TS:2011:9284)
- STS 12 diciembre 2011, (Sentencia nº 885/2011), La Ley 254633/2011
- STS 29 diciembre 2011, (Roj: STS 9342/2011; ECLI:ES:TS:2011:9342)
- STS 17 enero 2012, (Roj: STS 1686/2012; ECLI:ES:TS:2012:1686)
- STS 20 febrero 2012, (Rec. 1887/2008), La Ley 12851/2012
- STS 8 marzo 2012, (Rec. 523/2009), vLex 120/2012
- STS 20 marzo 2012, (Roj: STS 2215/2012; ECLI:ES:TS:2012:2215)
- STS 29 marzo 2012 (RJ 5725/2012)
- STS 9 abril 2012, (Sentencia nº 211/2012), La Ley 52694/2012
- STS 19 abril 2012, (Rec. 1089/2010)
- STS 27 abril 2012, (Rec. 467/2011)
- STS 7 mayo 2012, (Sentencia nº 309/2012), La Ley 58003/2012
- STS 30 mayo 2012, (Rec. 1132/2011)
- STS 5 julio 2012, (Roj: STS 4808/2012; ECLI:ES:TS:2012:4808)
- STS 17 julio 2012, (Rec. 1362/2011)
- STS 28 septiembre 2012, (Roj: STS 6031/2012; ECLI:ES:TS:2012:6031)
- STS 26 octubre 2012, (Rec. 1238/2011)
- STS 15 noviembre 2012, (RC 796/2010)
- STS 27 noviembre 2012, (RJ 2013/1548)
- STS 4 diciembre 2012, (RC 1181/2010), (EDJ 2012/305809)

- STS 15 enero 2013, (RC 1578/2009)
- STS 17 enero 2013, (RCIP 1579/2010)
- STS 18 enero 2013, (RCIP 1318/2011)
- STS 31 enero 2013, (RC 2248/2011), (EDJ 2013/7393)
- STS 5 febrero 2013, (RC 1440/2010), (EDJ 2013/3890)
- STS 18 febrero 2013, (Rec. 438/2011)
- STS 17 abril 2013, (RCIP 1826/2010), (EDJ 2013/44323)
- STS 18 abril 2013, (RCIP 1979/2011), (EDJ 2013/70366)
- STS 22 abril 2013, (RCIP 896/2009), (EDJ 2013/92441)
- STS 22 abril 2013, (RC 1534/2011), (EDJ 2013/100357)
- STS 29 abril 2013, (RC 2525/2011), (EDJ 2013/58481)
- STS 8 mayo 2013, (RC 1241/2010), (EDJ 2013/119037)
- STS 9 mayo 2013, (RCIP 485/2012), (EDJ 2013/53424)
- STS 17 junio 2013, (Roj: STS 3347/2013; ECLI:ES:TS:2013:3347)
- STS 24 junio 2013, (Rec. 1220/2012)
- STS 30 octubre 2013, (Rec. 1780/2011), ID vLex: 477013954 y Edit. La Ley 169063/2013
- STS 6 noviembre 2013, (Rec. 2007/2011), Edit. La Ley 175998/2013
- STS 12 noviembre 2013, (RJ 2013/7820)
- STS 20 noviembre 2013, (RJ 2014/272)
- STS 12 diciembre 2013, (Sentencia nº 752/2013), La Ley 199097/2013
- STS 10 febrero 2014, (Rec. 207/2012), Edit. La Ley 14521/2014
- STS 13 febrero 2014, (RJ 2014/1343)
- STS 3 abril 2014, (Rec. 1719/2012)
- STS 30 junio 2014, (Rec. 1405/2013)
- STS 1 julio 2014, (Rec. 1365/2012)
- STS 23 septiembre 2014, (Roj: STS 3850/2014; ECLI:ES:TS:2014:3850)
- STS 7 octubre 2014, (Rec. 262/2013), Edit. La Ley 149441/20147, (Roj: STS 4241/2014; ECLI:ES:TS:2014:4241)
- STS 13 octubre 2014, (Rec. 1161/2012)
- STS 16 octubre 2014, (Rec. 683/2013)
- STS 20 octubre 2014, (Rec. 1229/2013)
- STS 18 noviembre 2014, (Rec. 412/2014)
- STS 3 diciembre 2014, (Rec. 1946/2013)

- STS 16 enero 2015, (Rec. 2178/2013)
- STS 13 febrero 2015, (Rec. 2339/2013)
- STS 17 febrero 2015, (Rec. 2923/2014)
- STS 18 marzo 2015, (Rec. 194/2014)
- STS 8 mayo 2015, (Rec. 309/2013)
- STS 18 mayo 2015, (Rec. 2302/2013)
- STS 27 mayo 2015, (Roj: STS 2565/2015; ECLI:ES:TS:2015:2565)
- STS 2 junio 2015, (Rec. 2408/2014)
- STS 10 junio 2015, (RJ 2015/2749)
- STS 12 junio 2015, (Rec. 1291/2013)
- STS 12 junio 2015, (nº 314/2015)
- STS 17 junio 2015, (Rec. 1332/2013)
- STS 23 junio 2015, (Roj: STS 2954/2015; ECLI:ES:TS:2015:2954)
- STS 24 junio 2015, (Rec. 2392/2013)
- STS 9 julio 2015, (Rec. 1562/2014)
- STS 10 julio 2015, (Rec. 682/2014)
- STS 14 julio 2015, (Rec. 2398/2013)
- STS 15 julio 2015, (Rec. 409/2014)
- STS 15 julio 2015, (Rec. 530/2014)
- STS 16 julio 2015, (Rec. 1676/2013)
- STS 20 julio 2015, (Rec. 1791/2014)
- STS 22 julio 2015, (Rec. 541/2014)
- STS 10 septiembre 2015, (Rec. 797/2014)
- STS 16 septiembre 2015, (Roj: STS 4004/2015; ECLI:ES:TS:2015:4004)
- STS 23 septiembre 2015, (Rec. 1420/2014)
- STS 25 septiembre 2015, (Rec. 1537/2014)
- STS 14 octubre 2015, (Rec. 712/2014)
- STS 15 octubre 2015, (Rec. 1161/2014)
- STS 21 octubre 2015, (Roj: STS 4270/2015; ECLI:ES:TS:2015:4270)
- STS 27 octubre 2015, (Rec. 2664/2014)
- STS 28 octubre 2015, (Roj: STS 4439/2015; ECLI:ES:TS:2015:4439)
- STS 11 noviembre 2015, (Rec. 2446/2014)
- STS 12 noviembre 2015, (Rec. 1493/2014)
- STS 17 noviembre 2015, (Rec. 1889/2014)

- STS 26 noviembre 2015, (Rec. 36/2015)
- STS 2 diciembre 2015, (Rec. 1983/2014)
- STS 30 diciembre 2015, (Rec. 415/2015)
- STS 26 enero 2016, (Rec. 1/2014)
- STS 28 enero 2016, (Rec. 2205/2014)
- STS 11 febrero 2016, (Rec. 326/2015)
- STS 17 febrero 2016, (Rec. 523/2015)
- STS 17 marzo 2016, (Roj: STS 1169/2016; ECLI:ES:TS:2016:1169)
- STS 29 marzo 2016, (Rec. 1159/2015)
- STS 6 abril 2016, (Rec. 1309/2015)
- STS 13 abril 2016, (Rec. 1473/2015)
- STS 19 abril 2016, (Roj: STS 1665/2016; ECLI:ES:TS:2016:1665)
- STS 20 abril 2016, (Rec. 920/2014)
- STS 12 mayo 2016, (Roj: STS 2124/2016; ECLI:ES:TS:2016:2124)
- STS 20 mayo 2016, (Roj: STS 2361/2016; ECLI:ES:TS:2016:2361)
- STS 3 junio 2016, (Rec. 2367/2015)
- STS 15 junio 2016, (Rec. 1698/2015)
- STS 27 junio 2016, (Rec. 1694/2015)
- STS 27 junio 2016, (Rec. 3698/2015)
- STS 30 junio 2016, (Rec. 1957/2015)
- STS 15 julio 2016, (Rec. 1290/2015)
- STS 21 julio 2016, (Rec. 2187/2015)
- STS 12 septiembre 2016, (Rec. 3200/2015)
- STS 6 octubre 2016, (Roj: STS 4286/2106; ECLI:ES:TS:2016:4286)
- STS 10 noviembre 2016, (Rec. 2191/2015)
- STS 16 noviembre 2016, (Roj: STS 5109/2016; ECLI:ES:TS:2016:5109)
- STS 21 noviembre 2016 (Roj: STS 5125/2016; ECLI:ES:TS:2016:5125)
- STS 25 noviembre 2016, (Roj: 5143/2016; ECLI:ES:TS:2016:5143)
- STS 1 diciembre 2016, (Roj: STS 5230/2016; ECLI:ES:TS:2016:5230)
- STS 13 enero 2017, (Roj: 28/2017; ECLI:ES:TS:2017:28)
- STS 2 febrero 2017, (Roj: STS 356/2017; ECLI:ES:TS:2017:356)

SENTENCIAS SALA SEGUNDA, DE LO PENAL

- STS 539/2016, 17 junio 2016

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, 5 junio 1989.
- STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 20 febrero 1997 (La Ley 11908/1997).

AUDIENCIAS TERRITORIALES

- SAT Albacete, Sala de lo Civil, 3 mayo 1988.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUTOS

- AAP Murcia, Sección 5ª, 6 junio 2005, (PROV 2005/221498)
- AAP Cáceres, Sección 1ª, 18 septiembre 2006, (Rec. 452/2006, R.P.T., nº 36, año IV, marzo 2007)
- AAP Bilbao, Sección 4ª, 13 febrero 2008, (Roj: AAP BI 42/2008; ECLI:ES:APBI:2008:42ª)
- AAP Barcelona, Sección 4ª, 18 diciembre 2008, (Roj: AAP B 8124/2008; ECLI:ES:APB:2008:8124ª)
- AAP Zamora, Sección 1ª, 5 abril 2011, (Roj: AAP ZA 25/2011; ECLI:ES:APZA:2011:25ª)

SENTENCIAS

- SAP Alicante, 13 octubre 1981, (La Ley 12735-JF/0000)
- SAP Alicante, 17 septiembre 1999, (Roj: SAP A 3420/1999;ECLI:ES:APA:1999:3420)
- SAP Alicante, Sección 7ª, 3 abril 2003, (La Ley 65027/2003)
- SAP Málaga, 9 octubre 2003, (Roj: SAP MA 4068/2003; ECLI:ES:APMA:2003:4068)
- SAP Barcelona, 15 octubre 2003, (Roj SAP BA 5372/2003; ECLI:ES:APBA:2003:5372)
- SAP Cáceres, Sección 1ª, 25 noviembre 2004, (Rec. 555/2004), La Ley 551/2005
- SAP Santa Cruz de Tenerife, 19 septiembre 2005, (La Ley 180057/2005)
- SAP Jaén, 20 febrero 2006, (Roj: SAP J 84/2006; ECLI:ES:AP J:2006:84)
- SAP Zaragoza, Sección 2ª, 18 abril 2006, (Rec. 52/2006), La Ley 98996/2006
- SAP Madrid, 26 abril 2006, (Roj: SAP M 5489/2006; ECLI:ES:APM:2006:5489)
- SAP Barcelona, Sección 4ª, 11 febrero 2008, (Rec. 344/2007)
- SAP Bilbao, Sección 4ª, 25 febrero 2008, (Roj: SAP BI 114/2008; ECLI:ES:APBI:2008:14)
- SAP Álava, Sección 1ª, 5 junio 2008, (Rec. 31/2008), La Ley 189585/2008
- SAP Alicante, Sección 9ª, 27 enero 2009, (PROV 2009/263102)
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 20 abril 2009, (Rec. 607/2008), La Ley 90026/2009
- SAP La Rioja, Sección 1ª, 22 junio 2009, (Rec. 136/2009)
- SAP Cádiz, 7 julio 2009, (Roj: SAP CA 876/2009; ECLI:ES:APCA:2009:876)
- SAP Cádiz, 13 julio 2009, (Roj: SAP CA 913/2009; ECLI:ES:APCA:2009:913)
- SAP Barcelona, Sección 18ª, 15 marzo 2010, (Rec. 296/2009), La Ley 51066/2010
- SAP Murcia, Sección 4ª, 15 abril 2010, (Rec. 326/2009), La Ley 73667/2010

- SAP Valencia, 29 diciembre 2011, (Roj: SAP VA 7208/2011; ECLI:ES:APVA:2011:7208)
- SAP Pontevedra, 9 julio 2012, (Roj: SAP PO 2067/2012; ECLI:ES:APPO:2012:2067)
- SAP Tenerife, Sección 1ª, 2 marzo 2015, (Roj: SAP TF 375/2015; ECLI:ES:APTF:2015:375)

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 135/1986, 31 octubre, Sala 2ª, (Rec. Amparo 935/1985), tribunalconstitucional.es
- STC 90/1995, 9 junio, Pleno, (Rec. Amparo 1435/1992), tribunalconstitucional.es
- STC 141/2000, 29 mayo, Sala 2ª, (Rec. Amparo 4233/1996), tribunalconstitucional.es
- STC 311/2000, 18 diciembre, Sala 2ª, (Rec. Amparo 1158/1998), La Ley 27/2001
- STC 4 abril 2005, (RTC 2005/75).
- STC 141/2012, 2 julio, Sala 2ª, (Rec. Amparo 5070/2009), tribunalconstitucional.es
- STC 182/2012, 17 octubre, Sala 1ª, (Rec. Amparo 3787/2011), (EDJ 2012/224014)
- STC 21 julio 2013, Pleno, (Rec. 973/2013)
- STC 22/2016, 15 febrero, Sala 2ª, (Rec. Amparo 3689/2014), tribunalconstitucional.es

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE 24 octubre 1979, caso *Winterwerp*
- STJUE 5 noviembre 1981, caso X contra Reino Unido.
- STJUE 23 febrero 1984, caso *Luberti*.

- STJUE 21 noviembre 2002, Sala Quinta, dictada en el asunto C-356/2000, (EDJ 2002/60147)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN 29 diciembre 1922, (Gaceta de Madrid, nº 44, 13 febrero 1923, págs. 554 a 556)
- RDGRN 30 mayo 1930, (Gaceta de Madrid, nº 196, 15 julio 1930, págs. 339 a 342)
- RDGRN 29 octubre 1946, (BOE nº 7, 7 enero 1947, págs. 265 a 267)
- RDGRN 3 marzo 1953, (RJ 1953/1682)
- RDRGR 24 octubre 1986, (RJ 1986/6069)
- RDGRN 5 diciembre 1988, (RJ 1988/9939)
- RDGRN 18 octubre 1989, (RJ 1989/7049)
- RDGRN 20 diciembre 1990, (BOE nº 29, 2 febrero 1991, págs. 3721 a 3723)
- RDGRN 11 noviembre 1991, (BOE nº 302, 18 diciembre 1991, págs. 40910 y 40911)
- RDGRN 5 noviembre 1992, (RJ 1992/9480)
- RDGRN 3 octubre 1994, (BOE nº 266, 7 noviembre 1994, págs. 34469 a 34471)
- RDGRN 14 marzo 1996, (RJ 1996/1855)
- RDGRN 11 diciembre 1997, (RJ 1997/8822)
- RDGRN 17 noviembre 1998, (BOE nº 7, 8 enero 1999, págs. 768 a 770)
- RDGRN 2 diciembre 1998, (RJ 1998/10481)
- RDGRN 17 noviembre 2000, (BOE nº 8, 9 enero 2001, págs. 1064 a 1066)
- RDGRN 25 abril 2001, (BOE nº 135, 6 junio 2001, págs. 19833 a 19836)
- RDGRN 21 junio 2001, (BOE nº 200, 21 agosto 2001, págs. 31386 a 31388)
- RDGRN 18 diciembre 2002, (BOE nº 32, 6 febrero 2003, págs. 4964 a 4966)
- RDGRN 26 noviembre 2003, (BOE nº 9, 10 enero 2004, págs. 998 a 999)

- RDGRN 17 enero 2005, (BOE nº 54, 4 marzo 2005, págs. 7789 a 7790)
- RDGRN 18 marzo 2005, (BOE nº 120, 20 mayo 2005, págs. 17099 a 17100)
- RDGRN 20 abril 2005, (La Ley 12091/2005)
- RDGRN 5 mayo 2005, (La Ley 12484/2005)
- RDGRN 1 agosto 2005, (BOE nº 251, 20 octubre 2005, págs. 34287 a 34290)
- RDGRN 15 octubre 2005, (La Ley 2065/2005)
- RDGRN 18 julio 2006, (BOE nº 203, 25 agosto 2006, págs. 31185 a 31187)
- RDGRN 20 septiembre 2006, (BOE nº 287, 1 diciembre 2006, págs. 42350 a 42351)
- RDGRN 27 septiembre 2006, (BOE nº 250, 19 octubre 2006, págs. 36535 a 36537)
- RDGRN 3 octubre 2006, (BOE nº 257, 27 octubre 2006, págs. 37535 a 37537)
- RDGRN 4 octubre 2006, (BOE nº 257, 27 octubre 2006, págs. 37537 a 37539)
- RDGRN 16 diciembre 2006, (BOE nº 17, 19 enero 2007, págs., 2799 a 2802)
- RDGRN 20 diciembre 2006, (BOE nº 20, 23 enero 2007, págs. 3221 a 3223)
- RDGRN 25 mayo 2007, La Ley 41935/2007, (BOE nº 149, 22 junio 2007, págs. 27069 a 27072)
- RDGRN 16 noviembre 2007, (La Ley 266026/2007)
- RDGRN 4 marzo 2009, (BOE nº 72, 25 marzo 2009, págs. 29032 a 29037)
- RDGRN 16 marzo 2009, (La Ley 15362/2009)
- RDGRN 17 enero 2011, (BOE nº 88, 13 abril 2011, págs. 38155 a 38162)
- RDGRN 21 octubre 2011, (BOE nº 14, 17 enero 2012, págs. 3390 a 3393)
- RDGRN 13 febrero 2012, (BOE nº 58, 8 marzo 2012, págs. 21827 a 21838)
- RDGRN 20 septiembre 2012, (BOE nº 257, 25 octubre 2012, págs. 75397 a 75408)
- RDGRN 7 mayo 2013, (BOE nº 132, 3 junio 2013, págs. 41835 a 41844)

- RDGRN 8 mayo 2013, (BOE nº 135, 6 junio 2013, págs. 42714 a 42723)
- RDGRN 28 mayo 2013, La Ley 91519/2013 (BOE nº 156, 1 julio 2013, págs. 49261 a 49271)
- RDGRN 28 junio 2013, (BOE nº 183, 1 agosto 2013, págs. 56020 a 56027)
- RDGRN 10 marzo 2016, (BOE nº 101, 27 abril 2016, págs. 28144 a 28157)
- RDGRN 25 octubre 2016, (BOE nº 279, 18 noviembre 2016, págs. 81255 a 81263)
- RDGRN 2 noviembre 2016, (BOE nº 282, 22 noviembre 2016, págs. 81897 a 81906)

OTROS ACUERDOS GUBERNATIVOS

- ATACP Aragón 12 noviembre 2013, (Rec. 77/2013), La Ley 189485/2013