

La representación

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho Civil

I. CONCEPTO

En la celebración del negocio jurídico puede actuar el propio interesado (sobre el que recaerán los efectos) u otra persona, en nombre y por cuenta de aquél. Cuando esto ocurre se dice que hay *representación*. Denominándose *representante* —y también apoderado, procurador, etc.— a quien obra por otro; *representado* —o *dominus negotii* o principal— a aquel por quien se obra; y *negocio representativo*, al verificado así.

La actuación del representante vale como si fuese del representado, atribuyéndosele a éste, en cuya cabeza se producen todos sus efectos.

Es, evidentemente, distinto el obrar *en* nombre de otro que el obrar *bajo* el nombre de otro. En un caso hay representación; en el otro, falsificación o suplantación.

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. Y, también, se habla de conferir la *representación*, u *ostentarla*, etc., para significar que se *concede* poder de representación, o que se *tiene* tal poder.

2. CLASES

La representación puede ser: activa o pasiva; legal o voluntaria; directa o indirecta; en interés del representado o en interés ajeno.

A) *Representación activa y pasiva.*

La representación es activa cuando se *emite* una declaración de voluntad por otro (o, en general, se celebra por otro, un negocio, pues también el representante puede dar vida a elementos del negocio que no sean la declaración: así, entregar la cosa, en el comodato); es pasiva, cuando el representante *recibe* la declaración, por el representado.

Frecuentemente, una y otra se dan unidas: así, al contratar por representante, según que éste sea oferente o aceptante, representará activamente para ofrecer y pasivamente para recibir la aceptación de la otra parte, o bien representará pasivamente al recibir la oferta y activamente al aceptarla. Pero pueden darse aisladas, como ocurre cuando en un negocio unilateral se emite la declaración por representante, o cuando en un negocio unilateral recepticio se recibe aquélla por representante.

Para que haya representación activa, el representante ha de formar, él, la voluntad que declara. En el caso de que simplemente *declare* (*transmita*, realmente) una voluntad que ya le dió formada el sedicente representado, no se está frente a un representante, sino frente a un *nuncius*. Punto éste sobre el que después volveremos.

Para que haya representación pasiva es preciso que la declaración se perfeccione cuando llega a conocimiento del representante, que es su destinatario (en nombre y por cuenta del representado); sin que haga falta que posteriormente sea llevada a conocimiento del representado. Pues cuando se trata de que una declaración se comuniqué a alguien para que la transmita a otro, no perfeccionándose hasta que éste la recibe, se está frente a un *nuncius* de recepción.

B) *Representación legal y voluntaria.*

La representación es voluntaria o legal (llamada, también, necesaria), según que el poder de representación lo confiera el interesado o la ley. Ambos supuestos se contemplan en el artículo 1.259, 1.º, al disponerse que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal” (1).

En la voluntaria, de la voluntad del interesado (representado) depende no sólo el nombrar representante, sino también el elegir al sujeto que haya de serlo. En la legal, la representación se impone necesariamente; mas la persona del representante, en unos casos viene totalmente predeterminada, y en otros, no.

Cuando se predetermina, la representación recae en cierta persona en cuanto que ejerce un dado cargo o función o tiene tal o cual potestad familiar sobre el representado, contenido de cuya potestad es, entre otras cosas, el representar al incapaz: así, patria potestad, autoridad marital, tutela, en las que el padre es representante legal del menor, el marido de la mujer, y el tutor, del pupilo.

Cuando no se predetermina quien haya de ser el representante, la facultad de fijarlo puede corresponder al juez. Por ello, se califica, por algunos, a este supuesto, de representación judicial. Terminología que no hay inconveniente en aceptar, siempre que quede claro que se trata

(1) Cuando el representante carece de poder —punto que después estudiaremos—, la representación será legal o voluntaria, según se invoque poder (que falta realmente) legal o voluntario.

de un subcaso de representación legal, en cuanto establecida por la ley (2).

La representación legal tiende a suplir la falta de capacidad del representado, pero no debe ser confundida ni con la asistencia a personas parcialmente incapaces, ni con la necesidad de que alguien preste su asentimiento al negocio celebrado por otro. En estos casos, el negocio lo celebra personalmente el interesado, aunque otro le asista o asienta; en aquél, lo celebra el representante por cuenta y a nombre del *dominus*.

Nuestro Derecho regula numerosos casos de representación legal. Tales son: el del titular de la patria potestad, o del defensor judicial, en cuanto a los hijos que se hallan bajo aquélla (C. c., arts. 1.º y 165), el del tutor o protutor, en cuanto al pupilo (C. c., arts. 262 y 236), el del representante del ausente (art. 184) y del desaparecido (art. 181), y del concebido y no nacido (C. c. art. 627), el del marido, en cuanto a su mujer (art. 60) (3), el de los síndicos, en cuanto al concursado o quebrado (L. E. C., arts. 1.218 y 1.319), el del administrador de la herencia (principalmente C. c., arts. 801 y sigs., 1.026, L. E. C., artículos 1.008, 1.098), etc.

C) Representación directa e indirecta.

Hay representación directa cuando el representante obra *en nombre y por cuenta* del representado; la hay indirecta, cuando obra *por cuenta* de éste, pero *en nombre propio*. Ejemplo de la primera es: A ha conferido a B poder de representación para que le compre inmuebles, y éste, usando de tal poder y declarando al vendedor comprar para A, acepta una oferta de venta que le hace C. Ejemplo de la segunda: A, sin concederle poder para que obre en su nombre, encarga a B que le compre inmuebles, y B, cumpliendo el encargo, pero sin declarar que, en definitiva no es para sí, compra una casa a C, con destino a A.

A la directa se le llama, también, representación propia o inmediata o abierta; a la indirecta, impropia, mediata, oculta, o bien, representación en sentido económico, pero no jurídico.

Se discute si la impropia o indirecta es o no verdadera representación, y creemos que no lo es: Mas, evidentemente, quien acepte lo contrario, 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*.

Si la representación es propia, los efectos del negocio representativo se producen directamente para el representado; mientras que si es impropia, los recibe directamente el representante, siendo luego preciso

(2) También el representante legal, en ciertos casos, puede ser nombrado por persona distinta del juez: así LEC, artículos 1.210 y siguientes.

(3) Naturalmente, dentro de los límites (que no es ahora momento de ver) en que haya verdadera representación, y no se trate de que aquél deba dar licencia a ésta, que celebra el negocio por sí.

ctro acto, para transferirlos al representado; por tanto, jurídicamente, el negocio se celebra con el representante como parte, y sólo económicamente es parte el representado. Así, dispone el artículo 1.717: "Cuando el mandatario [representante] obra en su *propio nombre*, el mandante [representado] no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario [representante] ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante [representado]. En este caso el mandatario [representante] es el obligado *directamente* en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo... Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante [representado] y mandatario [representante]."

Excepcionalmente, la representación impropia puede dar lugar a efectos directos entre la otra parte y el representado, sin que pasen a través del representante. Así, según el mismo artículo 1.717, 2.º, *in fine*, se exceptúa de los efectos indirectos en él dispuestos, "el caso en que se trate de cosas propias del mandante [representado]". E igual ocurre en el supuesto del artículo 287 del Código de comercio.

Además de explicarse estos casos como hipótesis excepcionales de representación indirecta con efectos directos entre *dominus* y la otra parte (4), podría pensarse que se tratase de supuestos de representación directa en la que (salvando una presunta inexactitud de expresión legal, de que no se precisa obrar en nombre del representado) hubiese realmente consideración a la persona del *dominus* (*contemplatio domini*, que luego examinaremos detenidamente) surgida de las propias cosas o circunstancias (*contemplatio ex reo ex facti circumstantiis*) (5), ya que tal *contemplatio* no tiene que ser expresa (*contemplatio domini verbis expressis*).

D) Representación en interés del representado y en interés ajeno.

Se dice que el representante puede actuar bien en interés del representado —*mandatum mea gratia*—, bien en interés ajeno a éste: así en interés propio (del representante) —*procurator in rem suam, mandatum tua gratia*— o en interés de terceros —*mandatum aliena gratia*—. E, igualmente, puede actuar en interés común a varios de los anteriores.

Realmente "en interés de quién obra el representante", es expresión con dos sentidos:

1.º Obrando en nombre y *por cuenta* (6) del representado, es claro que —en tal sentido— obra en interés de éste, que es el que deviene, por ejemplo, acreedor o deudor, o adquiere o se desprende de derechos, mediante el negocio representativo.

(4) Cfr. T. S., Sentencia de 10 de julio de 1946.

(5) No interesa aquí cualquier explicación que de las excepciones vistas se dé a base de figuras diferentes de la representación.

(6) Aunque se represente a otro sin poder para ello, *tendencialmente* se obra no sólo en su nombre, sino también por su cuenta, ya que no se desea un negocio eficaz para sí propio, sino eficaz para aquél (aunque, luego, no lo sea por la falta de poder).

2.º Pero, también se habla de “en interés de quién se obra”, para significar el interés al objeto de cuya satisfacción se ha concedido, en definitiva, el poder de representación; pues siendo éste sólo una legitimación formal para obrar por otro, puede perseguir —a través del obrar *por cuenta de otro* (sentido *supra* número 1.º)— otros intereses ulteriores, que plasman en la relación subyacente a la representación. Intereses que se satisfacen, no propiamente a base de la representación, sino, generalmente, *a base* de la relación subyacente, *utilizando* la representación. Pero, de cualquier manera, en estos casos, es usual la terminología de “representación en interés del representante o de terceros”; y, con las anteriores aclaraciones, la conservamos.

Generalmente, la representación voluntaria, como la legal, se da en interés del representado; pero puede darse en el del representante o de terceros. Por ejemplo, representación con fin de cobro (el representante se hace pago de lo que le debe el representado, quedándose con lo que para éste recibe al representarlo), representación retribuida para ventas en exclusiva, representación para la simple obtención de la facultad de influir en el patrimonio ajeno (7), representación de los síndicos en el concurso o quiebra, para defensa de los intereses de los acreedores del concursado o quebrado.

En estos casos, como la representación se utiliza ordenada a un fin ulterior, algunas de las reglas que normalmente le son aplicables, se alteran, en cuanto su aplicación pudiese frustrar aquel fin. Por ejemplo, el poder de representación concedido para fin de cobro, será irrevocable, pues por la revocación, se frustra, sin duda, el interés del representante de cobrar *directamente*.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS FIGURAS

A) *Representación y transmisión de la declaración.*

La representación es diferente de la transmisión de la declaración de voluntad, y, por eso, son distintas las figuras de representante y de *nunciatus* o mensajero. Distinción que ya afirmamos (8), pero que tratamos ahora más detenidamente.

El representante forma y emite una voluntad *suya* (aunque lo haga en nombre y por cuenta del representado); tiene, al menos, un ámbito de libertad (por ejemplo, en relación a la elección de la otra parte en el negocio, o al objeto de éste, o a su contenido) en el que decide él (y si ha de ajustarse a determinadas instrucciones, éstas marcan los

(7) No cabe duda de que al representante puede interesarle el solo hecho de adquirir ese poder sobre el patrimonio de otro para llevar él la dirección de éste (dentro de los límites que sea). Por ejemplo: hijo con poder de control sobre el patrimonio del padre, al que heredará (por lo que le interesa que en éste entren los derechos que él juzgue preferibles); copropietario con plenos poderes de sus coparticipes en orden a la cosa común, etc.

(8) *Supra*, número 2, A.

límites de su libertad de decisión en el uso del poder de representación; realiza (celebra) por sí el negocio; es *declarante* en éste, o *destinatario* de la declaración (si es representante pasivo). En definitiva, su labor comienza, pues, antes de que la voluntad se declare, si es representante activo, y, si lo es pasivo, consiste en recibir la declaración (recepticia), que, con ello, se perfecciona. El *nuncius* —lo mismo si es *nuncius* de emisión que de recepción—, diferentemente, es sólo un auxiliar, un mero cooperador de hecho —vehículo, instrumento transmisor, portavoz— que contribuye a que la declaración, que ya se le dió formada (por lo cual no es él declarante), llegue a su destinatario; *transmite* o *reproduce* la declaración, mediante la que el *otro* celebra el negocio, pero no lo celebra él, ni siquiera en nombre y por cuenta del otro; y cuando es nuncio de emisión, lo mismo que cuando lo es de recepción, la declaración que transmite (si es recepticia) sólo se perfecciona cuando *enviado por el declarante* la hace llegar al destinatario, o cuando *enviado por el destinatario* transmite a éste la que recibió (9).

Por ejemplo: hay nuncio, cuando éste *dice* a la otra parte en el negocio: “A me ordena comunicarle que vende a usted en cien el objeto X”; hay representante, cuando éste *declara*: “En nombre de A he decidido vender a usted en cien el objeto X”.

En la declaración corporalizada (escrita en carta, por ejemplo) se diferencia claramente la misión del nuncio (que hace llegar a A la carta escrita por B) de la del representante. En la declaración oral es, de hecho, posible que, a veces, haya duda de si se trata de nuncio o de representante. Pero, en todo caso, es evidente que el ser lo uno o lo otro deriva de los antedichos conceptos, y no de la forma de expresarse el sujeto.

Por lo demás, es claro que el propio representante puede valerse de un nuncio para transmitir la declaración que él hace en nombre y por cuenta del representado.

La labor del nuncio comienza después de formada la declaración; lo cual lo distingue no sólo del representante, que forma ésta, sino, también, de aquellos auxiliares —mecanógrafo, por ejemplo— cuyos servicios se utilizan para plasmar la declaración que emite un sujeto, o que, de cualquier manera, cooperan a realizarla o a hacerla inteligible al destinatario (por ejemplo, el intérprete).

A base de lo dicho, resulta claro que, según se trate de nuncio o de representante, deben aplicarse criterios distintos en una serie de puntos:

El nuncio no precisa sino de la capacidad —de hecho— necesaria para poder transmitir la declaración. Puede serlo, pues, un niño o un incapacitado; e incluso no es preciso que comprenda lo que transmite. El representante ha de tener, por lo menos, cierta capacidad negocial (que después veremos), aunque no se le exija la que necesitaría para celebrar para sí el negocio de que se trate.

(9) La tarea del nuncio de recepción comienza al recibir la declaración, que ha de transmitir; la del representante pasivo acaba en tal momento.

El conocer o deber conocer, o el ignorar ciertas circunstancias, o la buena o mala fe, que, tratándose de representante, suelen juzgarse habida cuenta de la persona de éste y no de la del representado, nunca se aprecian con respecto a la persona del nuncio.

Diferentemente, en determinados supuestos, son aplicables, por analogía, al nuncio, ciertas normas dictadas para la representación: así, sobre la justificación del poder de representación, sobre la forma del apoderamiento, sobre la ratificación del negocio celebrado sin poder, etc.

B) *Representación y contrato a favor de tercero.*

Es diferente la representación, del contrato a favor de tercero (C. c., art. 1.257, 2.º), ya que en éste dos personas —una de ellas el estipulante, que es el que podría ser confundido con el representante— celebran entre sí, en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir un beneficio (generalmente un derecho) al tercero, que es extraño a la conclusión del contrato.

En cuanto *al negocio*, no hay, pues, ninguna semejanza ni entre representante (que actúa en nombre y por cuenta de otro) y estipulante, ni entre representado (en cuyo nombre y por cuenta se actúa) y tercero. En cuanto a *los efectos*, todos los del negocio representativo se producen a favor o en contra del representado y de la otra parte, mientras que, en el contrato a favor de tercero, se producen a favor o en contra de las partes, y *únicamente* resulta, además, la adquisición de un derecho a favor del tercero, cuando éste lo acepta.

C) *Representación y mandato.*

También es diferente la representación del mandato.

Sin embargo, hasta hace poco ha existido confusión entre ellos, confusión que abarcando, naturalmente, a todo lo que a ambas figuras se refiere, era confusión entre los actos de que una y otro surgen —apoderamiento y contrato de mandato—, y confusión entre representante y mandatario. Y, dentro de esta línea se halla nuestro Código (cfr. arts. 1.709 y sigs.). Pero, actualmente, la distinción se halla establecida de forma clara y aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina.

La relación *material* de mandato tiene su origen en un contrato (negocio bilateral), obligatorio *inter partes*, en virtud del cual el mandatario se compromete a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar a nombre de éste.

La representación, como facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge de un negocio unilateral —apoderamiento— (o de la ley) procedente del representado; pero el representante no resulta obligado a nada, como consecuencia de serlo.

Puede darse representación sin mandato. Así, contrato de sociedad, siendo representante un socio; contrato de arrendamiento de

servicios, siendo representante el arrendador; o bien, poder de representación, sin más. Y, asimismo, puede darse mandato sin representación, celebrando entonces el mandatario con el tercero, como si fuese para él, el negocio cuya realización le encomendó el mandante (Código civil, art. 1.717).

Mas también puede darse el mandato unido a la representación (mandato representativo, en el que se unen mandato —contrato— y concesión de poder de representación —acto unilateral— a favor del mandatario), de forma que el mismo sujeto sea, a la vez, mandatario y representante. Entonces, como representante, puede obrar en nombre y por cuenta del representado-mandante, y, como mandatario, tiene la obligación de hacer (obrar) por cuenta y en nombre de aquél lo que le prometió.

D) *Representación y gestión.*

Según la letra del Código, la gestión de negocios existe cuando alguien "se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste" (art. 1.888). *Tal gestión da lugar a representación cuando el gestor obra en nombre del dominus.* Se trata de representación sin poder voluntario; pero el negocio representativo puede ser eficaz para el *dominus*, a tenor de los artículos 1.892 y 1.893, que preferimos no analizar, porque las dudas que pueden suscitar son para tratadas, no aquí, sino al estudiar la dudosa figura del cuasicontrato.

E) *Representación, mediación y asesoramiento.*

Es diferente la representación de la mediación, en sentido estricto, y del asesoramiento. El mediador no concluye el negocio, sino que sólo facilita su conclusión o la hace posible, poniendo en contacto —bien directamente, bien a través de él— a las partes, y conciliando sus opuestas pretensiones. El asesor se limita a ilustrar, aconsejar o proponer medios adecuados para que la conducta declaratoria del sujeto se ajuste a su voluntad, o para que éste obtenga una mejor protección de sus intereses.

F) *Representación y órgano de persona jurídica.*

Es diferente la representación, de la emisión de la declaración de voluntad de las personas jurídicas, mediante sus órganos; aunque, frecuentemente, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, para aludir a éstos, hablen de "*representantes*" de las *personas jurídicas*.

La persona jurídica tiene tanto sus órganos internos de deliberación y de ejecución, como aquellos externos a través de los que entra en relación con terceros. Ahora bien, ciertamente que son personas físicas (equivocadamente concebidas como representantes de la persona jurídica) las que desempeñan el papel de órganos (así, ge-

rente): pero esto no implica que tales personas físicas celebren, ellas, por sí, el negocio (inexactamente llamado representativo), pero en nombre y por cuenta de la persona jurídica. Es decir, no hay un negocio (representativo) *de* la persona física, pero con efectos *para* la persona jurídica, sino que hay un negocio *de* ésta (y para ésta), realizado por el órgano adecuado para verificarlo, a través del que la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar, que consiste en una actividad que le es *directamente* imputable a ella.

Lo anterior no excluye, sin embargo, que, al actuar la persona jurídica *mediante* otra persona (física), se creen situaciones a las que, por analogía, sean de aplicación normas referentes a la representación.

G) *Representación e interposición real o ficticia.*

Cuando se celebra un negocio en nombre del celebrante y con efectos para él, pero como medio para transferir, después, esos efectos a otra persona, mediante otro negocio, se puede decir que hay interposición de persona (el adquirente en el primer negocio, para transmitir en el segundo). El mecanismo, en estos casos, es el que vimos en la representación indirecta.

Cuando lo que ocurre es que, para ocultar al sujeto para el que verdaderamente es el negocio, se simula celebrarlo con otro, el simulado celebrante (que externamente actúa por cuenta y en nombre propios) no es representante del sujeto oculto, sino que existe nulidad del negocio simulado y validez —si reúne los debidos requisitos— del disimulado, que, en los casos concretos, puede resultar celebrado, bien *directamente* entre la otra parte y el sujeto oculto, bien entre la otra parte y el celebrante simulado, pero no como tal, sino como representante —para el negocio disimulado— del sujeto oculto.

4. AMBITO DE LA REPRESENTACIÓN

Suele afirmarse que la representación se admite, como regla, para el negocio jurídico, en general.

Nuestro Código, en la esfera de los actos patrimoniales *inter vivos*, la acoge expresamente para la adquisición de la posesión (art. 439) y para los contratos (art. 1.259).

La representación es posible no sólo en el negocio jurídico, sino también en actos no negociables (por ejemplo: intimaciones, requerimientos, comunicaciones).

La regla de admisibilidad de la representación es, por lo menos, segura en los negocios de Derecho patrimonial *inter vivos*, con las excepciones que procedan, bien de la naturaleza de ciertos negocios, que exigen la actuación personal del interesado, bien de disposición de la ley.

Por lo que atañe a los negocios patrimoniales *mortis causa*, normalmente se halla excluida (C. c., arts. 670, 830), aunque se admita

en limitados aspectos de las disposiciones sucesorias (Cfr. C. c., artículos 671, 831, 1.057).

En el campo del Derecho personal y familiar tampoco suele acogerse la posibilidad de obrar por representante. y cuando, en algún caso, la letra de la ley parece autorizarlo, realmente se está ante un nuncio y no frente a un representante (C. c., art. 87). Y frecuentemente la actuación de los representantes legales, en este campo, se realiza no como representantes, sino como titulares de una potestad, que ejercitan en nombre propio (ya que les compete), pero *en interés* del sometido a ella.

5. REQUISITOS PARA QUE UNA PERSONA PUEDA CELEBRAR UN NEGOCIO EFICAZ PARA OTRA

Dos son los requisitos para que una persona celebre un negocio eficaz para otra:

- 1.º Obrar en nombre y por cuenta de ésta.
- 2.º Obrar con poder bastante.

Cuando se obra sin poder (porque falta totalmente, porque, aun existiendo, se sobrepasan sus límites, o porque se extinguió), en principio, el negocio es ineficaz para el representado, ya que sin aquél nadie puede producir efectos en la esfera jurídica ajena. No obstante, si, aun sin poder, se celebró un negocio en nombre y por cuenta ajena, hay negocio *representativo*, puesto que éste es aquel en el que el sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro (aunque no tenga poder para ello) (10). Y el interesado (representado) puede hacerlo suyo (ya es *para él*, pero puede hacerlo *de él*), mediante ratificación.

O sea, en esencia, se puede decir:

1.º Para que haya negocio representativo hace falta obrar en nombre y por cuenta ajena (*contemplatio domini*).

2.º Para que el negocio representativo sea eficaz para el representado es preciso, en principio, tener poder de representación, en cuyo caso lo es desde que se celebra. Pero también puede serlo sin poder, en casos que después veremos (aparición de poder) o mediante ratificación.

(10) Puede parecer contradictorio hablar de que se obra "por cuenta ajena", cuando se carece de poder para ello. Pero hay lo siguiente:

Esa expresión significa que se obra *con efectos para otro*; y se adopta a la vista del supuesto (normal) de que tales efectos se den porque los quiere el representante y porque los quiere el representado. Dependen, pues, de ambos; y, entendida la expresión en sentido riguroso, no se puede obrar *por cuenta de otro* (o sea, con efectos para otro), si falta *poder* concedido por éste. Mas ocurre que, independientemente del poder, se habla de obrar "por cuenta de otro" cuando *intencionalmente* se desea el negocio para éste y no para sí, de forma que el que lo realiza lo realiza encaminado a que sea eficaz para éste (aunque luego no lo sea, precisamente por falta de poder).

6. LA CONTEMPLATIO DOMINI

A la facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro (facultad que puede provenir de la ley o de la voluntad del *dominus*, que autoriza para celebrar negocios en su nombre y acepta que los efectos de éstos se den respecto de él), se le llama poder de representación. Posteriormente lo estudiaremos. Ahora nos reducimos a tratar de la llamada *contemplatio domini*.

La actuación en nombre y por cuenta de otro —el *dominus*, el representado—, o, más brevemente, el obrar *por otro, agere nomine alieno*, se llama, con afortunada expresión, *contemplatio domini*; que pone acertadamente de relieve que se quiere el negocio, no para sí mismo, sino para aquél, y que, por ello, se desenvuelve la actividad negocial teniéndolo presente (contemplándolo).

Realmente la *contemplatio domini* supone que en el negocio (representativo), no sólo el representante manifieste que obra —o recibe— por otro, sino también que la otra parte, que celebra con él el negocio —o que lo recibe— obre —o reciba—, a su vez, considerándolo *como representante*.

El negocio representativo tiene, pues, sobre el normal, necesidad de la *contemplatio domini*, es decir, de una declaración de voluntad, de los que lo celebran, de eficacia para el representado. A ella son aplicables, en principio, las normas propias de la declaración en general (discrepancias con la voluntad, vicios, etc.). Y si resulta ser inválida, lo es también el negocio representativo, puesto que es inválido como representativo, y, por otro lado, no se quiso para sí (para el representante).

Si el negocio es formal, la *contemplatio domini* debe guardar la forma prescrita para aquél.

Por lo demás, puede ser expresa o tácita. La hay tácita, por ejemplo, cuando la cosa objeto del negocio es conocidamente del *dominus* (*contemplatio ex re*) o cuando se desprende de otras circunstancias (*contemplatio ex facti circumstantiis*) (11) que el negocio no es para quien lo celebra (así, la cocinera que compra en el mercado).

7. EL PODER

A) *El poder en general.*

El poder es la facultad de representación o de celebrar negocios jurídicos para otro.

Puede haber sido atribuido por la ley o por voluntad del representado; como ya vimos: representación legal y voluntaria.

(11) Sobre los artículos 1.717, 2.º *in fine* del C. civil, y 287 del C. de Comercio, cfr. lo dicho *supra*, número 2, C. *in fine*.

Sin embargo, en sentido estricto, se utiliza el término *poder* para significar exclusivamente la facultad de representación concedida por voluntad del interesado, mediante negocio jurídico. También se utiliza tal término para designar el negocio jurídico —apoderamiento— por el que el poder se concede, y el documento en el que aquél se otorgó (así, cfr. art. 1.733, *in fine*).

A continuación examinamos la concesión del poder mediante negocio jurídico; después trataremos del poder conferido por la ley.

B) *El apoderamiento.*

a) *Concepto y naturaleza.*—El negocio jurídico de concesión u otorgamiento de poder se llama *apoderamiento*.

El apoderamiento es un negocio unilateral, constituido por la declaración de voluntad del poderdante. Aun en el caso de que vaya unido a otro negocio no unilateral, o se otorgue sobre una relación básica bilateral, o forme parte de una regulación más compleja —así, cuando se presenta ligado a un contrato de mandato o de sociedad—, no se altera su naturaleza, pues la concesión de la facultad de representación, que es su esencia, se produce por la sola voluntad del representado.

En nuestra ley hay argumentos concretos en pro de la unilateralidad. Así, art. 1.259: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar *por éste* autorizado...”. Queda, pues, suficientemente claro que el poder lo crea la voluntad del que lo otorga (12).

La declaración de voluntad del poderdante es una declaración recepticia.

No hay acuerdo, sin embargo, en quién es su destinatario: si el representante, el tercero para celebrar el negocio con el cual se otorga el poder, o cualquiera de ellos indistintamente. En nuestra doctrina predomina esta última tesis, que consideramos aceptable.

Se denomina apoderamiento *interno* al conferido frente al representante, y *externo* al declarado al tercero.

De la declaración frente a uno u otro, debe distinguirse el llevar, posteriormente, a conocimiento del otro o del uno, el haber conferido poder, que se perfeccionó mediante aquélla.

Cuando el poder no se otorgue para celebrar el negocio representativo con determinado tercero, habrá de otorgarse por declaración al representante.

En la ley no hay, sin embargo, textos en los que apoyar de forma contundente lo dicho; pero, sin duda, puede basarse en los que

(12) Que también el art. 1.733—“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”—sea argumento que apoye la unilateralidad, sólo es admisible si se estima que en ese artículo el término *mandato* quiere decir exclusivamente *poder*, y no *mandato*, pues la posibilidad de que el derecho a obtener la devolución del documento derive de que la concesión es unilateral, queda excluida si el derecho a la devolución se extiende al caso del *mandato*, negocio *bilateral*.

fundamentan el carácter recepticio, y los posibles destinatarios, de la revocación (13), ya que se trata de dos declaraciones, aunque de contenido inverso, análogas por lo demás. Por lo demás, regulando la ley el mandato (y en confusión con él, el poder) no podría servirnos de argumento —en pro de que fuese recepticia la declaración de apoderamiento, y de que pudiese dirigirse al apoderado, pero no al tercero— lo que la ley pudiese decir para el mandato, ya que, evidentemente, siendo éste un *contrato*, la declaración del mandante ha de ser *recepticia* y encaminada al mandatario.

b) *Apoderamiento y relación subyacente*.—El apoderamiento puede otorgarse solo (A nombra representante a B, sin más, pensando simplemente en que en el futuro pueda sustituirle, si es preciso), o unido a otros negocios (por ejemplo, mandato, arrendamiento de servicios, sociedad, etc.), que son explicación del otorgamiento de aquél, relaciones subyacentes o básicas respecto al mismo, y que generalmente constituyen un negocio de gestión por el que el sujeto a quien se nombra representante se obliga a hacer algo, la ejecución de lo que le es posibilitada por la facultad de obrar en nombre del poderdante.

Frecuentemente se denomina *causa* del apoderamiento a esa relación subyacente; sin embargo, preferimos no utilizar tal terminología, en evitación de confusiones con el concepto de causa que aceptamos, según el cual, causa del apoderamiento es su *fin*: que el representante pueda obrar en nombre y por cuenta del poderdante, siendo para éste los efectos del negocio representativo.

Un gran sector de doctrina que entiende por causa del apoderamiento la mencionada relación subyacente, afirma que es un negocio abstracto, en cuanto que ni recoge aquélla ni depende de la misma. Por ejemplo, A y B celebran un contrato de mandato, y, además, A otorga un poder a favor de B (pero sin que en él se recoja la previa celebración del mandato), para que le represente en la celebración de los negocios que debe concluir en ejecución de aquél.

Por nuestra parte, como pensamos que en los casos concretos el apoderamiento se puede dar, bien desconectado de cualquier relación básica, bien ligado a una de ellas, creemos que cabe afirmar que puede no recibir o recibir influencia de las mismas, pero que, de por sí, es independiente.

c) *Capacidad*.—Dos criterios se suelen mantener en orden a la capacidad que ha de tenerse para otorgar el poder. Según uno, a falta de reglas especiales, hay que acudir a las generales para realizar negocios jurídicos. Según otro, para otorgar poder se precisa la capacidad necesaria para celebrar el negocio para el que aquél se concede, y los complementos de la misma exigidos para éste: así, pues, no podrá, por ejemplo, un menor emancipado otorgar, sin el consentimiento de su

(13) Véase *infra*, número 7, 1.

padre, madre o tutor, poder para que le sean enajenados bienes inmuebles (Cfr. art. 317) (14).

La tesis de que sea precisa la capacidad necesaria para el negocio representativo, se apoya en el que al darse el poder, se hace posible la celebración de aquél, y en que exigir la capacidad general, *resulta excesivo*, cuando el poderdante puede celebrar, con menos capacidad, el negocio para el que apodera a otro, y *resulta insuficiente*, si para este negocio hace falta una capacidad superior a la general. Y la tesis de que sea precisa la capacidad general, se apoya: en que un negocio jurídico ha de regirse por sus reglas especiales, y, en su defecto, por las generales a su categoría; en que falta en la ley una norma de remisión a la capacidad requerida para el negocio representativo; y en que una cosa es éste y otra el apoderamiento, y si bien cuando se realice aquél, deberá ser capaz de realizarlo por sí el representado, cuando otorgue el poder no precisa una capacidad que la ley sólo exige para el acto futuro.

Ciertamente, una cosa es el negocio de apoderamiento y otra el negocio representativo; por lo que cabe pensar en capacidades distintas para uno y para otro. Pero no es menos cierto que también cabe pensar —como hace una extendida opinión— que la capacidad para aquél viene determinada por la capacidad para éste, por la propia naturaleza de las cosas y sin necesidad de disposición particular que lo establezca.

Lo más seguro nos parece —dada la materia en que nos hallamos y los intereses en juego— entender que para otorgar poder basta la capacidad para celebrar el negocio representativo, cuando ésta sea menor que la general, y basta la capacidad general, en cualquier otro caso.

El Código contiene, como norma particular aplicable al poder, el artículo 1.732, 3.º, que si bien dictado para la *extinción* del mandato, vale para la *concesión* del poder, ya que, por un lado, muestra ley confunde poder y mandato, y, por otro, el *extinguirse* por tales causas —interdicción, quiebra e insolvencia del mandante— es argumento en pro de que no pueden *otorgarlo* las personas en quienes concurren (15).

Al igual que decíamos para el poderdante, una cosa es la capacidad que haya de tener el representante en el momento en que celebre el negocio representativo, y otra la que pueda serle precisa para recibir el poder. Incluso, desde un punto de vista puramente lógico, se podría defender que el poder lo puede recibir cualquiera —ya que ni le obliga ni le perjudica— y que otra cosa es que no pueda utilizarlo, si carece de la debida capacidad de obrar en el momento en que hubiese de celebrarse el negocio representativo. Mas, para nuestro Derecho positivo, no puede resolverse la cuestión en pura lógica, pero sin considerar los argumentos que resultan de lo establecido para el mandato, pues, aunque existe la radical diferencia de que el mandatario se obliga y el apoderado no, sin embargo, no parece acorde con el espíritu de una

(14) Se suele alegar, contra esto, una antigua Resolución del Ministerio de Ultramar, de 20 de marzo de 1897, generalmente mal interpretada.

(15) Véase también artículo 169 del Reglamento Notarial.

legislación que, como la nuestra, confunde mandato y poder, juzgar cuál sea la capacidad necesaria para ser apoderado, con independencia del criterio legal sobre la necesaria para ser mandatario (capacidad que se deduce, no sólo del artículo 1.716, sino del espíritu del 1.732, 3.º).

A base de lo anterior, creemos que se puede sentar el siguiente razonamiento, según el punto de vista de nuestro Derecho positivo:

Puesto que el negocio representativo (a que se encamina el apoderamiento) no es *para* el apoderado, no hace falta a éste la aptitud para recibir los efectos de aquél; pero como ha de *obrar* —aunque en nombre y por cuenta del poderdante— no se puede nombrar representante a un incapaz de hacerlo. Ahora bien, a efectos de recibir apoderamiento, las normas sobre capacidad de obrar son las generales, salvo que se admite la capacidad del menor emancipado, incluso para aquellos actos que, si fuesen para él, requirirían la asistencia de otras personas (padre, tutor) o la mayoría de edad (art. 1.716, principio).

ch) *Forma*.—El negocio jurídico de apoderamiento puede estar constituido —como, en principio, cualquier otro— por una declaración de voluntad expresa o tácita (C. c., art. 1.710, 1.º).

En general, no está sometido a forma *ad solemnitatem* (C. c., artículo 1.710, 2.º); no requiriendo, por tanto, aquella que se pueda exigir para el negocio para cuya celebración se concede poder. La no necesidad de forma, es aplicación de la regla general de libertad de ésta, que acoge nuestro Derecho.

Sin embargo, según una opinión, cuando la exigencia de forma *ad solemnitatem*, para el negocio representativo, persigue ciertos fines —tales como, por ejemplo, garantizar la autenticidad de la voluntad de las partes o asegurar la seriedad de la misma—, esos fines requerirían que la forma la revistiese no sólo el negocio representativo, sino también el apoderamiento otorgado para celebrar éste, ya que, en otro caso, el fin perseguido por la forma se frustra al no declararse solemnemente la voluntad de apoderamiento.

Según el artículo 1.280, 5.º, deberán constar en documento público: “El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deben presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o ha de perjudicar a tercero.”

Ahora bien, el sentido y alcance del artículo 1.280, es sabido que —a tenor del artículo 1.279— no es el de establecer una exigencia de forma *ad substantiam*.

d) *Pluralidad de sujetos*.—El apoderamiento puede proceder de más de un poderdante, y establecerse a favor de varios apoderados. En tales hipótesis se habla de poder plurispersonal (activa o pasivamente, o activa y pasivamente); mientras que si hay un solo poderdante y un solo apoderado, se califica al poder de unipersonal.

Naturalmente, hay que salvar el caso de que la pluralidad sea meramente externa (así, apoderamientos realmente distintos, pero unidos en un mismo documento); en él hay varios poderes unipersonales.

Sólo interesa ahora ver si el apoderamiento plurispersonal implica

la necesidad de que los varios apoderados actúen conjuntamente o de que el apoderado por varios actúe para todos ellos.

Evidentemente, en este segundo caso, nada obliga, en principio, a que cualquier negocio representativo que se celebre haya de ser para todos los poderdantes. Así, apoderado por A, B y C, el representante D puede celebrar una compraventa en el solo nombre de A. Ahora bien, si el representante actúa para todos, salvo voluntad contraria, debe entenderse que aquéllos forman una sola parte, con iguales cuotas, en el negocio representativo: así, por ejemplo, si D compra una finca en nombre de A, B y C.

Si el poder concedido a varios es para cosas distintas o para unos en defecto de otros (a cada uno bajo la condición de que falte el anterior) o para unos después de otros, no hay realmente problema. Pero, cuando se trata de apoderar para lo mismo a varios a la vez, puede ocurrir que se les quiera como representantes solidarios (cada uno puede obrar por sí solo), o bien como mancomunados o colectivos (sólo están facultados para representar, obrando todos juntos). Se trata de una *quaestio voluntatis*, en la que no pueden aplicarse reglas como las establecidas por la ley en materia de obligaciones en general (art. 1.137) o de mandato (art. 1.723) (16), pues son situaciones dispares respecto a la ahora estudiada.

e) *Objeto*.—Por su objeto, el apoderamiento es general o especial.

El Código dice que: “El mandato [poder] es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante [poderdante]. El segundo, uno o más negocios determinados” (art. 1.712).

Naturalmente, “*todos* los negocios del poderdante” a lo más, puede entenderse como todos los negocios que admiten representación. Por otro lado, también puede ser general el poder cuando alcanza a *todos* los negocios de una cierta esfera (todos los que el poderdante tenga en cierto país, o en cierto género de industria, etc.).

El poder especial alcanza no sólo al negocio o negocios determinados a que se refiera, sino también a lo necesario para realizar éstos.

La anterior división se apoya, pues, en el objeto del poder: en que éste se confiera para *asuntos*, o recayendo sobre *cosas*, determinados, o bien para una generalidad de aquéllos o de éstas. Así, es poder general el que permite administrar todos los bienes del poderdante, y especial, el que faculta, con respecto a la finca X, para administrarla, gravarla, enajenarla, o realizar cualquier negocio atinente a ella.

Ahora bien, puede ser dudoso a qué objetos alcance el poder. Se trata de una cuestión a resolver, naturalmente, según las reglas generales de interpretación de los negocios, habida cuenta de la declaración del poderdante y de todos los datos manejables en la función interpretativa, siendo de especial interés tener en cuenta la relación subyacente al poder (mandato, arrendamiento de servicios, etc.).

(16) El artículo 1.731 no contempla sino el caso de varios mandantes.

f) *Extensión*.—Cosa distinta del objeto del poder es la extensión de las facultades que se den al representante (*contenido* del poder). Por ejemplo, A apodera a B en lo concerniente a la finca X, pero, ¿sólo para actos de administración? ¿o también de gravamen, enajenación, etc.?

Presupuesta una exacta fijación de lo anterior (objeto), la amplitud de las facultades concedidas por el apoderamiento (extensión del poder), también es, en principio, una *quaestio voluntatis*.

Los límites del poder son el borde de su extensión; y el representante no puede sobrepasarlos: “El mandatario [representante] no puede traspasar los límites del mandato [poder]”, dispone el artículo 1.714; y el 1.715: “No se considerarán traspasados los límites del mandato [poder] si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante [poderdante] que la señalada por éste”.

Ahora bien, la ley no deja a la libre voluntad del sujeto todo lo relativo a los términos en que ha de declarar su voluntad de apoderamiento, sino que exige para ciertas facultades la concesión *específica* (o *especial*, según otra terminología, que se presta a confusión con la distinción del poder en general y especial; o *expresa*, según dice el propio Código, artículo 1.713, 2.º, *in fine*, término que no se refiere a que la voluntad haya de declararse *expresamente*, sino a que, aun de forma tácita, se atribuya *específicamente* la facultad de que se trate), quedando así excluida la posibilidad de su atribución mediante apoderamiento “concebido en términos generales” —según la terminología del Código, artículo 1.713, 1.º—, o mediante “poder general” —según otra expresión usada frecuentemente, pero que puede producir confusión con el sentido que le atribuimos más arriba (17)— (como si se dijese: “Nombro a A mi representante, pudiendo hacer por mí todo lo que pueda hacer yo mismo”):

“El mandato [poder] concebido en términos generales —dice el artículo 1.713— no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejercer cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato [poder] expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores”.

Creemos que se trata de normas imperativas, con omisión de investigación de lo querido. Incluso cuando pudiera saberse que una de esas facultades (para las que se exige poder *expreso*) quiso atribuirse por el poderdante, y, además, su atribución quepa en la letra de la declaración de apoderamiento (como, en el ejemplo anterior, cabe la facultad de enajenar, cuando B dice: “Nombro a A mi representante, pudiendo hacer por mí todo lo que pueda hacer yo mismo”), el poder concebido en términos generales no es suficiente para atribuirla. Sirviendo de *ratio* a aquellas normas —y a una abundante y casuística jurisprudencia—

(17) *Supra*, sub. e.

cia atinente a esta materia— la consideración de que, de admitir lo contrario, sería sumamente difícil en innumerables ocasiones probar la exclusión de determinadas facultades —que no se pensaron conceder—, de una declaración que correctamente interpretada las abarcaría todas; cosa que se evita exigiendo la mención particular, con lo que queda fuera de duda y de polémica que la voluntad se encaminaba también a ellas *in concreto*.

g) *Subrepresentación y sustitución*.— El representante puede tener o no facultades para nombrar otro representante. Se trata, simplemente, de que, entre los negocios representativos que el poder le permite celebrar, se encuentre o no el apoderamiento.

Nada dispone, específicamente, el Código sobre lo anterior. Por ello, en cada caso concreto, habrá que juzgar, a tenor de las reglas generales, la extensión del poder, para ver si éste autoriza o no a nombrar, en nombre y por cuenta del representado, otro representante para aquél.

Cuando, obrando en nombre y por cuenta del representado, el representante nombra un nuevo representante, puede ocurrir:

1.º Que se quiera la extinción del primer poder (cfr. art. 1.735); en cuyo caso, en adelante, habrá sólo un nuevo representante, quedando eliminado el primero, cuyo poder resulta revocado tácitamente (1). En esta hipótesis se habla de transmisión de poder, pero, realmente, se trata de un apoderamiento nuevo, de igual contenido que el antiguo, que el primer apoderado otorga, en virtud de su poder, en nombre y por cuenta del representado.

2.º Que, además de nombrar otro representante, se quiera mantener el primer poder, existiendo, así, dos representantes, con igualdad de facultades, que pueden ser solidarios o colectivos.

3.º Que se quiera mantener el primer poder, pero nombrando (también el primer representante, en nombre del representado) otro representante para algunos negocios singulares de los que entran en aquel poder. En este caso se habla de subapoderamiento, en sentido estricto.

4.º Que se quiera mantener el primer poder, pero nombrando (siempre el primer representante, en nombre del representado) otro representante para cualesquiera asuntos del representado, que no entrasen en el poder del primer representante, que respecto de ellos, sólo tenía *poder para apoderar*.

En los casos anteriores, el segundo representante resulta nombrado en virtud de un negocio representativo —celebrado por el primer representante, en nombre del representado—, de forma que sus efectos se producen en cabeza de éste: por lo que el segundo representante lo es, sin más, del representado; y la posible responsabilidad del primer representante por el nombramiento del segundo, se juzga

(18) Para esto, es claro que el primer representante tiene que tener poder no sólo para apoderar a otro, sino para revocar su propio poder.

a tenor de las reglas sobre realización de los negocios representativos.

En adelante, por brevedad, hablaremos de subrepresentante para referirnos al segundo representante, en cualquiera de los anteriores supuestos de representante nombrado por el representante.

El nombramiento de subrepresentante, cuando se carece de facultades para ello, es una extralimitación de poder, susceptible de ratificación (art. 1.727, 2.º). En cuanto a lo hecho por el subrepresentante nombrado, está, evidentemente, hecho sin poder, y también es ratificable directamente por el *dominus*. Si la ratificación se concede al nombramiento de subrepresentante, entendemos que abarca —en principio— a los negocios que éste concluyó.

Distinto de todo lo anterior es la facultad del primer representante para nombrar un sustituto:

El nombramiento de sustituto no es un negocio representativo. El representante no nombra en nombre del representado un sustituto para sí, sino que en nombre propio, es decir, sin representar a aquél, se designa, a sí mismo, un representante. Que se suele calificar de sustituto porque obrará por el representante; pero que al obrar por éste, realiza la conducta que éste había de realizar para el representado.

En resumen, el llamado sustituto, no es un representante del representado primero, sino que es simplemente un representante del representante, que, al representarlo, obra *para* el representado: por ejemplo, A (sustituto) en representación de B (primer representante) celebra un contrato en nombre de C (representado).

La facultad de nombrar otro representante —facultad de subrepresentación— para el representado, es contenido del poder de representación otorgado por éste, ya que tal facultad se encamina a realizar un acto representativo (nombrar, en nombre del representado, un representante).

La facultad de nombrar un sustituto —facultad de sustitución—, puesto que no se encamina a un acto representativo (sino a designarse, en propio nombre, un representante), no es contenido del poder otorgado por el representado. Es, diferentemente, una facultad que, fuera del poder de representación —aunque materialmente se conceda unida a éste o en el mismo acto de conferir aquél— puede otorgar el representado al representante, cuando no tenga interés decisivo en que éste actúe personalmente. Tal facultad también la puede conceder la ley; y en nuestro Derecho se da al representante siempre que el representado no la haya prohibido: “El mandatario [representante] puede nombrar sustituto, si el mandante [representado] no se lo ha prohibido” (artículo 1.721, principio) (19).

(19) La jurisprudencia es poco feliz, en lo referente al subapoderamiento y a la sustitución, que no distingue debidamente, aludiendo, además, confusamente, a poder y a mandato—nombramiento de sustituto por el mandatario, que puede, por ello, quedar desligado de sus obligaciones para con el mandante; cosa cierta, pero que supone transmisión de obligaciones o cesión de contrato (de mandato)—: cfr., principalmente, sentencias de 6 de diciembre de 1897, 22 de noviembre

El Código dispone que "lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante [representado] será nulo" (art. 1.721, *in fine*).

Ahora bien, no sólo se trata de ver la validez y eficacia de lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición —que es el caso contemplado en la ley—, sino también de ver las del propio nombramiento.

El representante puede —como cualquiera— nombrar un representante para sí; pero lo que —por la prohibición— no puede hacer es que éste, al representarle a él, obre con eficacia para el representado (20). Tanto, pues, el nombramiento como la actuación del representante (sustituto) del representante, son *inoperantes* para el representado. Y, aunque el artículo 1.721, *in fine*, hable de "nulo", creemos que el representando puede ratificar lo que el sustituto (obrando como representante del representante) haga para él.

Cosa diferente de la sustitución es la responsabilidad por la gestión del sustituto. Punto que absorbe principalmente la atención que nuestra ley dedica a esta materia. Tal responsabilidad alcanza al representante cuando no se le dió facultad para nombrarlo (21) o cuando, aun habiéndosele dado, pero sin designación de la persona del sustituto, nombra a uno notoriamente incapaz o insolvente (art. 1.721, núms. 1.º y 2.º).

Aparte de las acciones normales, en los dos casos anteriores, el representado tiene acción directa contra el sustituto (art. 1.722).

de 1919, 25 de junio de 1920 y 14 de diciembre de 1943. En ésta, que perfila mejor algunos de los puntos antes promiscuamente manejados, se dice que "si bien el art. 1.721 del C. c. no señala diferencia alguna entre la transmisión del mandato y su sustitución o delegación, varias sentencias de esta misma Sala, entre otras las de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920 y 25 de enero de 1925, de acuerdo con la doctrina científica dan a conocer que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fué investido, con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del mandante, en relación directa con él; en tanto que por la delegación o sustitución, el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándolo en confianza la cosa y el recargo recibido, sin desligarse en ninguna de estas formas de sus relaciones jurídicas con el mandante, para con el cual queda responsable el sustituyente de los actos de estos auxiliares que designa por propia iniciativa."

(20) Es decir, entre los actos representativos que, como representante suyo le encomienda, no puede estar la realización de actos representativos *para* el representado.

(21) La facultad de nombrar sustituto, aunque, como dijimos, no es *contenido* de negocio de apoderamiento, sin embargo, es efecto *normal* del otorgamiento de éste, en el sentido de que —fuera de él— se entiende *concedida naturalmente* al apoderado. Este, por tanto, la tiene, si no se le priva *positivamente* de ella (prohibiendo la sustitución: art. 1.721, principio). Ahora bien, entre tenerla como efecto *natural* o tenerla como efecto establecido *directamente* por voluntad del poderdante, media la diferencia de que es menos o más ligera la eventual responsabilidad del representante por el nombramiento de sustituto.

Cuestión claramente distinta de la subrepresentación y de la sustitución, es la utilización por el representante de auxiliares que le ayudan en orden al negocio representativo. Caso de ello es la utilización de nuncio.

h) *Elementos accidentales*.—El apoderamiento puede hacerse bajo condición o a término.

i) *Invalidez*.—El apoderamiento, como negocio jurídico, puede ser inválido por las causas generales de invalidez de los negocios, y, entre ellas, naturalmente, por vicios de la voluntad o porque ésta discrepe de la declaración.

En principio, habrán de aplicarse las reglas pertinentes al supuesto de invalidez de que se trate. Pero se debe advertir que si el poder es revocable, mientras que no se haya usado, es superflua la impugnación, ya que, para destruirlo, basta, sin más, con revocarlo.

j) *El poderdante conserva la facultad de celebrar él el negocio representativo*.—Por último, conviene advertir que el otorgamiento de poder no quita, de por sí, al poderdante, la facultad de realizar personalmente el negocio para el que aquél se concedió, ni la de conceder también poder a otra persona para que lo verifique (cuestión distinta es que la concesión del segundo poder pueda suponer revocación tácita del primero).

k) *Justificación del poder*.—La existencia del apoderamiento debe justificarse por quien la alegue (22); y el poder concedido debe considerarse vigente, mientras que no se pruebe lo contrario (23).

l) *Extinción*.—El primer lugar, es seguro que el poder se extingue por las causas generales a cualquier relación jurídica, como serían, el cumplimiento de la condición resolutoria puesta al apoderamiento, o la llegada del término final, o la celebración del negocio para el que se concedió, o el hacerse este imposible, etc.

Aquí no procede hacer un examen particular del tema, sino sólo invocar la aplicabilidad de las reglas generales.

El segundo término, hay que afirmar que cuando el poder se otorga en consideración a una relación básica, se extingue —salvo voluntad contraria— con ésta. Mas si el otorgamiento *por* un relación básica no se recoge ni expresa ni tácitamente en el apoderamiento, debe presumirse que se trata de un poder independiente.

Por último, hay que referirse a las causas peculiares y directas de extinción del poder:

La doctrina dominante actualmente en España entiende que a este punto es aplicable lo que en el Código se dispone para el mandato, a cuyo tenor: “El *poder* se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del *representante*. 3.º Por muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del *representado* o de *representante*”.

Ciertamente que no se trata aquí de ver si debieran o no ser tales las causas de extinción, o si sería más acertado haber acogido otras o su-

(22) Cfr. T. S. sentencia de 30 de octubre, de 1906.

(23) Cfr. Resoluciones de 29 de noviembre de 1900 y de 26 de junio de 1912.

primido alguna; pues, sin duda, las hay de fundamento muy discutible, sin necesidad de salir de su aplicación al mandato. Se trata, solamente, de ver si el aceptarlas la ley para el mandato, permite aplicarlas al poder. Por nuestra parte —con las salvedades que después haremos—, creemos que sí, siguiendo en esto la opinión preponderante. Opinión que se apoya en que, dada la confusión de nuestro Código entre mandato y poder, es aplicable a éste lo establecido para aquél, ya que, por otro lado, en lo que a las causas de extinción importa, uno y otro presentan situaciones análogas.

En particular conviene referirse ahora a cuestiones que plantean algunas de ellas.

Primera.—La revocación es causa de extinción. Consiste en la declaración de voluntad del poderdante, de poner fin al poder. Declaración unilateral, por tanto, y recepticia. Pero, como para la concesión de poder, no hay acuerdo sobre si se dirige al representante, al tercero para celebrar el negocio con el cual se otorgó aquél, o a cualquiera de ambos. Pensamos que esta última solución es preferible, y que aunque no encuentre apoyo absoluto —como frecuentemente se estima— en los artículos 1.734 y 1.735 (24), sin embargo, es la más concorde con el espíritu de los mismos.

La revocación puede hacerse expresa o tácitamente. Pudiendo constituir la tácita conductas como las siguientes: 1.º Gestionar personalmente el poderdante el negocio para el que se apoderó a otro. 2.º Nombrar nuevo representante para el mismo negocio —artículo 1.735—. 3.º Reclamar al representante la devolución del documento en que conste el poder (que el art. 1.733 contempla, no como supuesto de revocación tácita, sino como consecuencia de una previa revocación). Claro está que es posible que tales conductas no respondan a voluntad revocatoria, como, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de tener dos representantes en vez de uno (excepción al artículo 1.735) o de recuperar el documento en el que consta el poder, por razones distintas a la de revocación.

Por excepción, el poder puede ser irrevocable cuando por pacto se ha suprimido la facultad de revocarlo, o cuando se otorga por una relación básica que excluye la revocabilidad (C. c. art. 1.692, 1.º; poder conferido a base del acuerdo de que lo que reciba para el representado se lo quedará el representante en pago de lo que aquél le debe, etc.) (25). Sin embargo, aun en esos casos, se debe entender que si no es

(24) El primero, no implica que la revocación sea declaración recepticia, para el tercero, sino solamente que, aunque se perfeccione antes de que éste la conozca, no le perjudica. El segundo, literalmente, significaría una declaración recepticia *para el representante*; pero parece que no porque excluya el que pueda dirigirse al tercero, sino porque contempla sólo el caso de revocarse frente a aquél.

(25) Cfr. en tal sentido, también, la jurisprudencia: así, sentencias como las de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 3 de junio de 1950, 26 de noviembre de 1954, etc.

revocable *ad libitum*, si lo es cuando media justa causa (así 1.692, 1.º *in fine*).

Segunda.—Consideramos que la renuncia del representante no es medio apto para extinguir el poder. Lo es para poner fin al mandato, que surge de la unión de voluntades de mandante y mandatario, porque por su sola voluntad se puede desligar un sujeto de un vínculo contractual, como el mandato, cuando la ley se lo permite (art. 1.732, 3.º); pero por su renuncia no puede impedir el representante hallarse autorizado para obrar en nombre y por cuenta de otro, cuando tal autorización procede—acto unilateral—de la sola voluntad del otro. Lo mismo que no se puede impedir ser amado u odiado (26).

Tercera.—Por *interdicción* debe entenderse no sólo el concepto concreto a que alude este término, en sentido estricto, sino cualquier otra causa de incapacidad declarada. E *insolvencia* significa *concurso*.

Extinguido el poder, el representado puede compeler al representante a la devolución del documento en que consta aquél (art. 1.733).

II) *Subsistencia de los efectos del poder extinguido.*—A pesar de la extinción del poder, la ley, en ciertos casos, establece el mantenimiento de la eficacia del mismo, como si existiese. Se pretende con ello proteger al representante y a los terceros que ignoran sin responsabilidad la mencionada extinción. Por tanto, son posibles los supuestos siguientes (ya que si la conocen ambos, o debieron conocerla, no hay problema):

Primero.—No la conoce ninguno.

Entonces todo ocurre como si el poder subsistiese: “Lo hecho por el mandatario [representante] ignorando la muerte del mandante o cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato [poder], es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe” (art. 1.738).

Segundo.—La conoce el tercero y la ignora el representante.

El negocio representativo es inválido (argumento *a contrario* artículo 1.738).

Tercero.—La conoce el representante y la ignora el tercero.

Hay que subdistinguir:

1.º Poder dado para celebrar el negocio representativo con *determinadas personas*.

Su revocación no puede perjudicar a éstas: “Cuando el mandato [poder] se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber” (art. 1.734).

Creemos que debe entenderse que no es preciso *hacerles saber*, sino que basta con que, de cualquier forma, conozcan la extinción.

Se estima por muchos que por identidad de *ratio*, es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.734 al supuesto de poder que aun no otorgado

(26) Cosa distinta es que se pueda no utilizar el poder de representación conferido.

para celebrar el negocio representativo con *determinadas* personas, sin embargo, se notifica *especialmente* a alguna.

También se considera que aunque el artículo 1.734 se refiere sólo a la *revocación*, por analogía, debe aplicarse a las demás causas de extinción.

El posible perjuicio del tercero se evita dando validez y eficacia al negocio representativo, respecto al representado; y siempre éste puede exigir responsabilidades al representante.

2.º Poder *no dado* para celebrar negocio representativo con *determinadas personas*.

Interpretando *a contrario sensu* el artículo 1.734, hay que llegar a la conclusión de que la extinción del poder perjudica a los terceros que, sin saberlo, hayan celebrado el negocio con el *ex* representante. Aunque, naturalmente, puedan aquéllos exigir responsabilidad a éste (argumento art. 1.725).

m) *Gestiones en curso*.—Aun extinguido el poder, en ciertos casos el representante o sus sucesores (si se extinguió por muerte de éste) se hallan obligados a continuar en el ejercicio de sus funciones. Se afirma, entonces, que tal continuación no tiene carácter representativo, sino que se trata sólo de *gestiones* derivadas de la *anterior* representación. Mas, ciertamente, es pensable que, en algunos supuestos, éstas hayan de desarrollarse mediante la realización de algún nuevo negocio en nombre y por cuenta del representado. Lo cual daría lugar realmente a un poder de representación conferido *ex lege* con carácter provisional:

“Debe también [el representante] acabar el negocio que ya estuviere comenzado al morir el mandante [representado], si hubiere peligro en la tardanza” (art. 1.718, 2.º). “El mandatario [representante], aunque renuncie al mandato [representación] (27) con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante [representado] haya tomado las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta” (artículo 1.737). “En el caso de morir el mandatario [representante], deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante [representado] y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste” (art. 1.739).

El deber de los herederos del representante, naturalmente, presupone el que éstos conozcan la existencia de la representación y del negocio representativo en curso; y, asimismo, su capacidad suficiente, pues, en otro caso, parece natural que sean los representantes legales del heredero incapaz quienes deban obrar por éste.

C) *El poder procedente de la ley*.

Como sabemos, el poder de representación puede conferirlo la ley: representación legal.

(27) Ya dijimos que el poder no es renunciable, pero, sin embargo, se trata ahora de que quien hubiese comenzado a representar no pueda abstenerse de continuar haciéndolo, cuando concurren las circunstancias del texto.

Por la diferencia entre las necesidades y supuestos a que proveen las representaciones voluntaria y legal, tenemos que señalar, junto a las semejanzas entre lo relativo a los poderes voluntario y legal, también puntos en que discrepan.

El representante legal queda investido del poder al serlo del cargo, potestad, etc., a cuyo titular se concede aquél, y, por lo general, tal poder se extingue, también, juntamente, con éste (28).

El representado es incapaz (29). Precisamente por eso la ley le asigna un representante que obre por él. La capacidad exigida al representante no puede ser sino la requerida para el cargo o potestad a cuyo titular se confiere la representación (30).

Generalmente se designa un solo representante legal (el padre, el tutor), pero en algunos casos, son varios (así, L. E. C. arts. 1.210 y siguientes).

El ámbito a que se extiende la representación y las facultades concedidas al representante varían según la representación legal de que se trate; e incluso dentro de una misma clase puede no ser igual en todos los supuestos (así, el art. 221, 2.º, dice que la sentencia declarando la prodigalidad “determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, *las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre...*”).

La justificación del poder no requiere sino probar que se ostenta el puesto a cuyo titular se otorga la representación legal de que se trate. Que el negocio, que en concreto sea, caiga o no dentro del poder, no precisa de especial justificación, sino que basta alegar la norma en que se atribuya al representante la facultad de realizar ese tipo de negocio. Cuando la extensión de aquél no esté precisada exactamente en la ley, sino que pueda variar, hará falta justificarla adecuadamente (así, con la sentencia de prodigalidad: art. 221, 2.º).

Creemos que, cuando por analogía proceda, deberá aplicarse, dentro de los límites oportunos, lo dicho al hablar de la representación voluntaria, sobre la subsistencia de los efectos del poder extinguido (31) y sobre las gestiones en curso (32).

En cuanto a la posibilidad de subapoderamiento o sustitución en la representación legal, hay que distinguir: por un lado, el cargo y las funciones—patria potestad, tutela—para los cuales, ciertamente, el sujeto que los ostenta o desempeña no puede designar un representante

(28) Hay excepciones, sin embargo: por ejemplo, la prodigalidad no priva de la patria potestad, pero quita al pródigo el poder de obrar en lo patrimonial representando a los hijos sometidos a aquélla (C. c., arts. 224 y 225).

(29) Siéndolo, no ocurre como en la representación voluntaria, donde el poderdante conserva la facultad de celebrar por sí mismo el negocio (o los negocios) para cuya celebración apodera a otro.

(30) Es excepcional el supuesto, ya visto, de prodigalidad, en el que, por tratarse de una incapacidad no personal, sino patrimonial, el sujeto es apto para ejercer la potestad que normalmente incluye la facultad de representar, pero, sin embargo, es incapaz a los efectos de esta facultad.

(31) Véase *supra*, número 7, B, II.

(32) Véase *supra*, número 7, B, m.

o sustituto (ni esto es cosa que tenga que ver con lo que ahora tratamos); y, por otro lado, el hecho de que el sujeto investido de aquéllos es, también, representante (legal) del menor o incapacitado, en cuya representación podrá o no nombrar un subrepresentante o sustituto, según la naturaleza del negocio de que se trate y el que la ley (que le confirió la representación) haya o no querido o partido de la base de la conveniencia de su actividad *personal*. Cosa que variará según los diversos supuestos de representación legal y según los negocios que, en cada uno de ellos, puedan celebrar los representantes legales por el representado. Habiendo, incluso, quien afirma que, en principio, debería ser más amplia la facultad de sustitución en la representación legal que en la voluntaria, ya que, en ésta, el poderdante —que es capaz— puede actuar también por sí, y, en aquélla —siendo incapaz—, el único sujeto que puede obrar es el representante.

Al igual que decíamos para la representación voluntaria, cosa distinta, y que no plantea problema, es que el representante legal utilice para ejercer sus funciones auxiliares que le ayuden.

8. REPRESENTACIÓN SIN PODER

Según lo que llevamos ya visto, queda claro que cuando se habla de *representación sin poder*, se alude a haberse celebrado un *negocio representativo* sin poder (voluntario o legal) bastante para ello.

Ello ocurre cuando:

- 1.º Nunca existió poder.
- 2.º Existió, pero está ya extinguido y, además, la eficacia del mismo no se mantiene excepcionalmente (33).
- 3.º Existe, pero no comprende el negocio celebrado (cfr. C. c. artículo 1.714).

Como el negocio celebrado *sin poder* es un negocio en el que el que obra lo hace en *nombre* del supuesto poderdante, es, pues, un negocio *para* éste. Un caso, como sabemos, de verdadera representación (aunque sin poder), ya que —según se expuso anteriormente (24)— la esencia de ésta es el obrar en nombre y por cuenta de otro; siendo el poder preciso sólo para que el negocio, así celebrado, sea eficaz en cabeza de éste.

El negocio sin poder se puede celebrar dando éste por existente o presuponiendo su falta. En este caso, no se trata sino de un negocio que se somete al evento de la ratificación posterior, que cuando no se otorga no carga responsabilidad alguna, sobre el representante (35). En

(33) En otro caso, los efectos se dan como si hubiere poder; aparte de que, luego, surjan, en otro orden de cosas, consecuencias peculiares. Véase *supra*, número 7, II.

(34) Véase *supra*, número 6.

(35) Salvo que, por ejemplo, hubiese garantizado la ratificación; en cuyo caso su responsabilidad —si aquélla no se otorga— procede de la garantía que prestó, y no de la falta de ratificación.

aquél, si el tercero confió razonablemente en la existencia del poder, el representante que conociese o debiese conocer su falta de poder, le responde de los perjuicios que se le sigan de tal falta (arts. 1.725 y 1.902).

Ahora bien, el negocio representativo celebrado sin poder es un negocio menos sólido que el celebrado con él, porque:

1.º Si bien no es un negocio nulo ni anulable, sino válido, es, sin embargo, ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido, porque falta el poder, e ineficaz para aquel que lo concluye, porque no lo concluye en su nombre. Así, pues, su eficacia se halla suspendida, pendiente de la ratificación (C. c., arts. 1.250, 2.º—que, sin embargo, utiliza inexactamente el término “nulo”—y 1.727, 2.º) (36). Solución ésta prácticamente la más conveniente, porque con ella se deja al interesado la posibilidad de que, si lo estima conveniente, le haga producir efectos, ratificándolo; evitándole, también, la necesidad de impugnarlo, si no desea aquéllos.

2.º Es un negocio revocable, antes de la ratificación, por el tercero que lo celebró con el representante (art. 1.259, 2.º, *in fine*.)

Nuestra ley no establece —como otras— la posibilidad de fijar un plazo al representado para que se pronuncie sobre la ratificación. Pero, evidentemente, pudiendo revocarse sin más, no cabe duda de que se puede señalar aquél, declarando revocar, si, durante su transcurso, no ratifica el representado.

Creemos que cuando se celebra el negocio sobre la base de la falta de poder, el tercero no puede revocarlo libremente, sino que ha de esperar a que transcurra el tiempo que expresa o tácitamente se estableció al objeto de que durante él la ratificación pudiese verificarse (argumento, art. 1.117).

El negocio celebrado sin poder es, como hemos dicho, ratificable por el representado (art. 1.259, 2.º y 1.727, 2.º), o por otro representante de éste con poder bastante (así, representante legal, que ratifica el negocio celebrado en nombre del incapaz, por quien carece de poder legal para representarlo).

El poder de ratificar es transmisible, si lo es la posición que el negocio es susceptible de crear para el representado.

Si no hay ratificación, el negocio deviene definitivamente ineficaz.

9. LA RATIFICACIÓN

A) Concepto y ventajas.

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.

(36) Cfr. T. S. sentencias de 14 de diciembre de 1940, 29 de enero de 1945, 7 de julio de 1944, 25 de junio de 1946, etc.

Constituye un negocio jurídico accesorio del que se ratifica.

Se le equipara al apoderamiento —*ratihabitio mandato aequiparatur*— (C. c. arts. 1.259, 2.º, 1.727, 2.º, 1.892); consistiendo su peculiaridad en ser otorgada *a posteriori*.

Tiene sobre aquél la ventaja de que el *dominus* conoce exactamente, a la vista del negocio representativo, a qué se obliga y qué derechos adquiere; mientras que el poder deja siempre en manos del representante facultades de decidir. Ofrece, pues —desde el punto de vista del *dominus*— las conveniencias de la representación, y no tiene los inconvenientes del apoderamiento. Mas, ciertamente, que —desde los puntos de vista del representante y del tercero— es preferible aquél, ya que *asegura* que el negocio será del *dominus*, mientras que la ratificación deja inseguro este extremo, hasta que se otorga.

B) *Destinatario.*

Generalmente, se está de acuerdo en que la ratificación es un negocio recepticio; pero se discrepa sobre quién sea el destinatario. Para unos, lo es el tercero que lo celebró con el representante, para otros, lo es éste, y, asimismo, hay quien piensa que *puede dirigirse* a aquél o a éste, o bien que debe dirigirse a los dos; sin que, por último, falte quien hace depender la solución de la clase de negocio que se ratifique.

En nuestra opinión, cabe aplicar el mismo criterio que para el apoderamiento —dado, por lo menos, la esencial igualdad de función de ambos—; así que se puede dirigir al representante o al tercero.

Consideramos que —cuando se dirige a aquél— no hace falta que llegue a conocimiento de éste para que el negocio lo vincule, desapareciendo la posibilidad de que lo revoque. El artículo 1.259, 2.º, *in fine*, al permitir que se ratifique mientras que no se haya revocado, concede realmente la posibilidad de revocar sólo antes de que se ratifique, y no de que se *conozca* la ratificación (37).

C) *Declaración.*

La declaración de voluntad puede hacerse expresa o tácitamente, según los principios generales y la propia letra de la ley (art. 1.727, 2.º).

CH) *Capacidad.*

El ratificante necesita de la capacidad que requiera el negocio que se ratifica, y tenerla al momento de ratificar (38).

(37) Otra cosa es, por ejemplo, la aplicación del art. 1.227.

(38) Que la ratificación tenga efectos retroactivos, no exige que también se fuese capaz cuando el negocio se celebró a su nombre. Salvo que se trate no de capacidad para celebrar el negocio, sino para recibir determinados efectos, en cuyo supuesto éstos no podrían alcanzar al tiempo en que se era incapaz para ellos.

D) *Forma.*

De por sí, la ratificación no precisa hacerse en ninguna forma solemne. Ahora bien, según una opinión, está sometida al artículo 1.280, como cualquier otro negocio. Pero consideramos más exacto entender que, dado su paralelismo con el apoderamiento, lo que hay que afirmar es que ha de adoptar la forma —no solemne— requerida para éste en los casos del artículo 1.280, 5.º.

E) *Alcance y tiempo.*

La ratificación ha de ser total y verificarse antes del momento en que el tercero revoque el negocio (art. 1.259, 2.º, *in fine*).

F) *Conocimiento del negocio ratificado.*

No es esencial que el ratificante conozca ni siquiera las condiciones fundamentales del negocio que ratifica, puesto que puede querer ratificarlo tal cual sea. Pero, en otro caso, es preciso aquel conocimiento, e impugnable por error —cuando proceda— la ratificación de un negocio cuyas circunstancias se creyeron diferentes de las que son.

G) *Efectos.*

La ratificación opera retroactivamente: se considera desde la celebración del negocio que éste es eficaz y que lo es para el *dominus*. Esta doctrina es tradicional, se halla reconocida por el Código, aunque no expresamente para la ratificación, sí en hipótesis cuya analogía con ella es evidente en este punto (art. 1.120), y, además, se acoge por la jurisprudencia (39). Aplicando el aforismo *ratihabitio mandato comparatur*, el negocio ratificado resulta eficaz *ex tunc* tal cual si hubiese sido celebrado con poder.

Habitualmente, se dice que son límite a esa retroacción los derechos adquiridos, *medio tempore*, por terceros (40). Pero nos parece más exacto afirmar que la retroacción de la ratificación es siempre absoluta, sin que haya que establecer excepción particular alguna, sino simplemente aplicar las reglas generales de protección de terceros (que no procede tratar aquí), a cuyo tenor, ciertamente, en algunos supuestos la retroacción puede ser irrelevante frente a aquéllos. Este debe ser el sentido que se dé al aforismo: *Ratihabitio non retrahitur in praeiudicium tertii*.

Asimismo, puede ocurrir que por incompatibilidad de la ratificación con otro acto realizado *medio tempore* por el *dominus*, aquélla no pueda verificarse.

(39) T. S. sentencias como las de 7 de mayo de 1897, 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1495 y 25 de junio de 1946.

(40) En este sentido, también el T. S., sentencia de 25 de junio de 1946.

La ratificación, por último, al asumir el *dominus* el negocio ratificado, releva al representante de la responsabilidad que hacia el tercero tuviese, por haber celebrado el negocio sin poder.

IO. EL NEGOCIO REPRESENTATIVO

Como sabemos, negocio representativo es el celebrado por cuenta y en nombre de otro (omisión hecha, ahora, de la existencia del poder).

Aquí nos interesa examinar sus peculiaridades, y no todos aquellos puntos que tiene comunes con cualquier otro negocio no representativo.

Lo primero que se discute es de quién, es el negocio representativo, es decir, quién lo celebra o interviene en él. Varias teorías se han formulado al respecto:

A) *Teorías.*

La teoría de la *representación* considera que el negocio lo celebra el representante (en este sentido, es de éste), que es el sujeto que interviene, formando y declarando la voluntad. Ahora bien, los *efectos* se producen para el representado (porque los sujetos lo quieren y la ley lo permite, acogiendo la institución de la representación).

La teoría de la *ficción* estima que, desde el punto de vista jurídico, el negocio lo celebra el representado, pues, aunque materialmente actúa el representante, sin embargo, lo hace como instrumento de aquél.

Una teoría inintermedia entiende que representante y representado obran conjuntamente (cada uno en la medida en que su voluntad es la que da lugar al contenido volitivo que se declara) en la formación de la voluntad negocial que se declara; siendo así, *el negocio* de los dos, aunque *los efectos* sean sólo para el último.

Consideramos exacta la primera teoría, dominante actualmente en nuestra doctrina y que se impone por la naturaleza de las cosas, sin necesidad del débil argumento literal que en pro de ella ofrece el articulado del Código (41). No cabe duda de que en el negocio representativo no hay más obrar que el del representante, ni más declaración de voluntad que la suya (42), declaración emitida a base exclusivamente de *la voluntad que él formó* internamente. Y otra cosa es que para formar ésta haya observado las instrucciones del poderdante

(41) Ciertamente, cuando éste habla, de que "el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el *mandatario haya contraído...*" (art. 1.717, 1.º), o de "lo hecho *por el mandatario...*" (art. 1.738), puede estimarse que esas expresiones presuponen que el negocio lo celebra el mandatario y que, por ello, se acoge la teoría de la representación. Mas, no es menos cierta la flaqueza del argumento, cuando se piensa en la escasa imprecisión que sería utilizar esas expresiones, aunque se aceptase otra teoría, y cuando se piensa, además, en que se trata del *mandato* y no de la representación.

(42) Acertadamente refleja esto, la forma de expresarse usualmente al celebrar el negocio: así, se dice "*compra* a usted, en nombre de A, el objeto X".

y respetado los límites del poder. La voluntad (declarada) del representado no está en el negocio representativo, sino en el apoderamiento; luego no es voluntad negocial (del negocio representativo). El representado no emite nunca una declaración que, aunque sea completándola, valga ya como declaración negocial, que el representante deba *transmitir* (como el nuncio) al tercero; sino que el representado emite sólo una declaración de apoderamiento en la que sí indica cuáles son los límites dentro de los que el representante puede moverse (así, por ejemplo, se apodera para vender algo, pero disponiendo que se ha de vender a un comerciante y en más de 1.000 ptas.), simplemente circunscribe más la voluntad negocial que el otro pueda formar, pero no le da ya *medío formada* esa voluntad negocial. El señorío de dos voluntades domina los efectos perseguidos; pero no se unen ambas en el mismo acto (el negocio representativo), sino que se escalonan: una en el poder y otra en el negocio representativo.

Lo anterior, por lo que atañe a la representación voluntaria, pues en la legal, siendo incapaz el representado, la voluntad negocial no cabe duda de que es sólo del representante.

A base de lo expuesto hay que juzgar lo relativo al negocio representativo.

B) *Capacidad.*

La capacidad de obrar debe tenerla el representante, que es quien obra; pero como el negocio no es para él, no se precisa que tenga la capacidad requerida para el negocio de que se trate, sino que basta la general (C. c., art. 1.716). En cuanto al representado, si la representación es legal, es precisamente incapaz, ya que tal representación se otorga con el fin de que otro pueda hacer en su nombre lo que él no puede por sí (dentro del círculo de negocios que, por no ser personalísimos, admiten aquélla; y si la representación es voluntaria, habida cuenta de que si no pudiese celebrar el negocio por sí, y se le autorizase a celebrarlo por representante, se frustraría el fin de la ley, debe ser capaz para celebrar tal negocio y hallarse legitimado para el mismo.

C) *Forma.*

Siendo la declaración del representante, y celebrando éste el negocio, él debe observar los requisitos de forma prescritos por la ley. Entre éstos se hallan los dispuestos por razón del negocio, pero no los que, dispuestos por razón de la persona que lo celebra, habría de observar el representado si lo realizase por sí mismo (así, si se trata de requisitos de forma establecidos exclusivamente con objeto de averiguación y clara expresión de la voluntad de sujetos cuya aptitud para expresarse, comunicarse o, en general, relacionarse con el exterior, se halla disminuída; por ejemplo, defectos físicos de mudez, sordera, etc.); los cuales sólo deberán guardarse si tal razón concurre en el representante, aunque no concorra en el representado.

CH) Interpretación.

También la interpretación que debe darse a la declaración ha de partir de la base de que ésta es del representante. Sin embargo, es evidente que como elementos para buscar el sentido decisivo, pueden utilizarse especialmente el poder de representación y la relación subyacente entre representante y representado.

D) *Vicios, discrepancias, conocimiento o ignorancia y buena o mala fe.*

Salvo que sea contrario a la buena fe (principio acogido en el artículo 1.258) (43), los vicios de la voluntad, las discrepancias entre ésta y la declaración, y el conocimiento o deber conocer, o ignorancia, o buena o mala fe que la ley tenga en cuenta respecto al sujeto, se juzgan tomando en consideración al representante. Pero, en la representación voluntaria, se atiende al representado cuando, como a veces ocurre con el saber o ignorar, y con la buena o mala fe, la norma relativa a ellos se establece con vistas *al que recibirá los efectos del negocio* (así, *adquirente* de buena o mala fe).

E) *Impugnación del negocio*

El derecho a impugnar el negocio, cuando proceda, corresponde al representado, salvo que el representante tenga también poder para ello, como suele ocurrir si la representación es legal. Según una extendida opinión, asimismo, compete a éste cuando la representación se haya conferido en su interés. Pero nos parece que esta cuestión, que depende de la relación subyacente, sólo servirá como elemento de interpretación del poder, que permita establecer que en éste se concede al representante también la facultad de impugnar el negocio, cuando proceda.

F) *Influencia de la voluntad del representado, en el negocio representativo.*

No se crea —por último— que la voluntad del representado, cuando la representación es voluntaria, es totalmente inoperante en orden al negocio representativo, pues influye sobre éste, *a través del apoderamiento*, por dos caminos:

1.º Cuando por hallarse viciada (en sentido amplio, es decir, incluyendo también casos de discrepancia, etc.) *al conceder el poder*, permite invalidar éste, y, como consecuencia, el negocio representativo. Por ejemplo: A apodera a B para *comprar*, pero, por error, ya que quería apoderado para *vender*; B compra a C en nombre de A; y A, luego,

(43) ¡Lo sería, por ejemplo, la impugnación basada en error del representante, cuando, sin embargo, el *dominus*, observando cuyas instrucciones obra el representante, conoce la realidad sobre la que éste yerra.

impugna el poder y la compraventa (44), que, destruído aquél, resulta celebrada sin poder.

2.º Cuando, por hallarse viciada *al predeterminar ciertos elementos del negocio representativo*, resulta que puede también impugnarse, por ello, el poder, y, a través de él, el negocio. Por ejemplo, A apodera a B para que, sin reparar en el precio, le compre determinado objeto que cree de oro, cuando realmente es de latón; B lo compra consciente de que no es de oro, pero ignorante del error que A padece; y luego A impugna el poder y la compraventa.

La influencia, en el negocio representativo, de la voluntad de apoderamiento, no es sino un aspecto de la influencia en aquél de cualquier otro defecto del poder (así, defecto de forma, incapacidad del poderdante), que, al hacer posible la invalidación de éste, repercuten en aquél, que hasta ese momento era eficaz para el poderdante.

G) Realización del negocio representativo.

El representante, por el solo hecho de serlo (de tener poder) no tiene deber ninguno de realizar el negocio representativo; y otra cosa es que *como consecuencia de la relación subyacente*, esté comprometido a celebrarlo (por ejemplo, se halla obligado a ello por virtud de mandato: C. c., art. 1.709). Ahora bien, cuando lo celebra tiene deber de atenerse a las instrucciones del representado, y a falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (C. c., art. 1.719). Siendo responsable frente al representado no sólo del dolo, sino también de la culpa (C. c., art. 1.726).

Violación de ese deber es el abuso del poder, que se da cuando, obrando dentro de los límites de éste, se actúa en contra del interés que se debe proteger (por ejemplo, se vende a un precio muy bajo la cosa del *dominus*).

Las consecuencias del abuso son:

1.º En todo caso, responsabilidad del representante frente al representado.

2.º Ser posible causa justa de revocación, aun del poder irrevocable (C. c. arts. 1.692, 1.º).

3.º Dar lugar a impugnabilidad del negocio, si perjudica al representado, y el tercero con el que aquél se celebró se halla consciente del mismo (no obró de buena fe) (argumento *ex* art. 1.738).

Al menos en la representación voluntaria (y aparte de los supuestos en que en la legal han de rendirse cuentas, una vez concluída), el representante "está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante [representado] cuanto haya percibido en virtud del man-

(44) Salvo, por lo menos, los casos en que, según las reglas sobre subsistencia de los efectos del poder extinguido, haya de juzgarse al negocio representativo como celebrado con poder válido. Y aparte de que pueda proceder indemnización a favor de quien confió en la validez del negocio representativo.

dato [negocio representativo], aun cuando lo recibido no se debiere al segundo" (C. c., art. 1.720).

El representante debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, ya de las que, concluido el negocio representativo, retenga, desde que se haya constituido en mora (Código civil, art. 1.724).

"El mandante [representado] debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario [representante] haya contraído dentro de los límites del mandato [poder].

En lo que el mandatario [representante] se haya excedido, no queda obligado el mandante [representado], sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente" (art. 1.727).

"El mandante [representado] debe anticipar al mandatario [representante], si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato [negocio representativo].

Si el mandatario [representante] las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante [representado], aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario [representante].

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación" (art. 1.728).

"Debe también el mandante [representado] indemnizar al mandatario [representante] de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato [negocio representativo], sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario [representante]" (art. 1.729).

"El mandatario [representante] podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato [negocio representativo], hasta que el mandante [representado] realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores" (art. 1.730).

"Si dos o más personas han nombrado un mandatario [representante] para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato [negocio representativo]" (art. 1.731).

II. EL NEGOCIO DEL REPRESENTANTE CONSIGO MISMO

¿Es posible que el representante celebre un negocio, obrando, a la vez, en nombre y por cuenta de dos partes, o bien siendo él parte en el negocio y, a la vez, representante de la otra parte?

Se trata del llamado negocio del representante consigo mismo, o bien, con terminología propia del supuesto prácticamente más interesante, *autocontrato*.

Una primera posición negativa, ante este problema, excluye la posibilidad de la figura, apoyándose, bien en ser precisa la pluralidad de sujetos, bien en que, en todo caso, de un solo sujeto no pueden provenir dos (o más) declaraciones de voluntad distintas. Posición que se combate, afirmando que es posible una actuación *plural* de la mis-

una persona, que forma y emite más de una declaración, por cuenta y en nombre de sujetos distintos: A, en nombre de B, decide y declara vender el objeto X en 1.000, y, en nombre de C, decide y declara comprarlo en ese precio.

Sin entrar en más detalles ni en ulteriores teorías, baste señalar la segunda explicación fundamental del fenómeno de la autocontratación. Según tal explicación, no habría realmente una pluralidad de declaraciones, sino que uno sola declaración también puede, en ciertos casos, ser equivalente (o producir los efectos) a un acuerdo. De manera que el representante A, en el ejemplo anterior, teniendo poderes de B y de C, se halla en condiciones de establecer, por declaración única, que la cosa X, propiedad de B, se atribuye a C, a cambio de 1.000 pesetas de C, que se atribuyen a B.

De cualquier manera que se piense sobre las anteriores teorías, lo que parece seguro es que, para nuestro Derecho positivo el autocontrato es admisible, en tanto en cuanto queden a salvo los intereses contrapuestos, sometidos a la voluntad (o voluntades) de un mismo sujeto; de forma que sólo ha de excluirse cuando haya peligro de que alguno de ellos resulte perjudicado.

Esta afirmación se apoya en las prohibiciones de autocontratación, que el Código establece en casos particulares —en los que hay peligro de perjuicio—, que implican la admisión de la regla general contraria.

Son casos de autocontratación prohibida los de contraposición de intereses entre el hijo no emancipado y el padre representante legal (C. c. art. 165), entre el tutor y el pupilo (C. c. arts. 236, 2.º, 275, 4.º), entre representado y representante (C. c. art. 1.459, 2.º), entre comitente y comisionista (45) (C. comercio, art. 267).

La prohibición, creemos que ha de extenderse, por analogía, a cualquier otro supuesto de contraposición de intereses; y, en los demás, rige la regla general.

El interés contrapuesto al de la persona que obra, queda suficientemente protegido cuando se predetermina el elemento del negocio, del que el perjuicio podría derivarse (por ejemplo, el representado fija el precio de venta de la cosa para cuya venta se nombra representante a otro) o cuando, de cualquier manera, se autoriza la autocontratación (C. c. arts. 275, 4.º, *in fine*, C. comercio, art. 267, 1.º, *in fine*). Por eso, en ambos supuestos, ésta es posible.

En nuestra doctrina prepondera el punto de vista que hemos expuesto. En cuanto a la jurisprudencia, acogen la autocontratación la Dirección General de los Registros (46) y el Tribunal Supremo (47).

(45) Que, aun no siendo representación directa, en cuanto ahora importa, supone el mismo posible choque de intereses.

(46) Así, Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930, 23 de enero de 1943, 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, etc.

(47) En particular, la sentencia de 6 de marzo de 1909 rechazó la figura, admitida, después, en la de 5 de noviembre de 1956.

El negocio autocontractual debe resultar exteriorizado en forma segura, o, al menos, ser constatado debidamente, no ya porque sin *declaración* no hay negocio (48), sino porque, por razón del supuesto de que se trata, hay que evitar que aquél quede *prácticamente* a voluntad del autocontratante y sin control de nadie más, como ocurriría si fuese posible que por haberlo mantenido oculto (declaración verbal, ante él mismo, o documento firmado por él en nombre de las partes, pero conservado en su poder), pudiese anularlo secretamente.

En definitiva, el autocontrato habrá de salir del círculo del sujeto que lo celebra. Así, cuando la declaración se emite ante un funcionario público, o se lleva a conocimiento de las partes representadas, o se inscribe en un Registro público.

Las anteriores afirmaciones encuentran apoyo, respecto de nuestro Derecho positivo, en el principio que inspira el artículo 1.256: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". E incluso, quizá pudiera pensarse que, a falta de la *exteriorización debida*, no hay declaración, ya que ésta debe ser adecuada a las circunstancias de cada caso.

Celebrado un autocontrato prohibido, no hay acuerdo sobre qué clase de invalidez o ineficacia sea la suya. Para unos es nulo (C. c. artículo 4), para otros, anulable (C. c. arts. 1.300 y sigs.) (49), y para otros, queda con eficacia pendiente, como el negocio celebrado sin poder, siendo ratificable (C. c. arts. 1.727).

Désde un punto de vista puramente dogmático, *prima facie*, parece mejor la solución primera, pero no lo es, porque adoptando la última no se incurre en contradicción conceptual (ya que, pudiendo autorizarse el autocontrato, celebrarlo sin autorización, sería como realizar un negocio sin poder), además de que, *prácticamente* es preferible (ya que se busca evitar el perjuicio que la contraposición de intereses puede producir, pero que en el caso concreto puede no haberse producido, y, por otro lado, el juicio sobre si le conviene o no asumir el negocio, se defiere al *dominus*).

12. PLURALIDAD DE NEGOCIOS CONTRADICTORIOS

El apoderamiento concede la facultad de obrar por el poderdante, pero como ya sabemos (50), no quita a éste la posibilidad de concluir por sí el negocio para el que se apodera, o de apoderar *también* a otra persona para que pueda, asimismo, celebrarlo. Y, ¿qué ocu-

(48) Y no lo habría, por tanto, si el sujeto sólo *interiormente* decide celebrarlo.

(49) Este criterio es el acogido por el Código italiano: art. 1.395.

(50) Véase *supra*, número 7, j.

rre si los dos representantes, o el representado y uno de aquéllos, realizan negocios contradictorios?, por ejemplo, venden la misma cosa? (51).

En principio hay que afirmar que, siendo negocios *para* el *dominus*, se deben de aplicar las reglas propias para el caso de que los dos negocios hubiesen sido celebrados por éste (reglas cuyo estudio no es de este lugar). Ello, naturalmente, advirtiendo que cuando el otorgamiento del segundo poder (art. 1.735) o la realización del negocio por el *dominus*, supongan una revocación tácita del primer apoderamiento, el apoderado en éste habrá realizado un negocio sin poder, si lo realizara después (salvo que, a pesar de la extinción de su poder, subsistan los efectos del mismo. [52]). Entonces existirá un solo negocio eficaz para el *dominus*, y el choque sólo puede plantearse, en tal caso, entre este negocio y la posible ratificación del otro, choque que, debe repetirse, serían de aplicar las reglas sobre negocios celebrados por el mismo sujeto.

(51) La contradicción entre los negocios puede ser de éstos en sí (por ejemplo, el *dominus* acepta la herencia que se le dejó, y el representante la repudia en nombre de aquél) o sólo de sus efectos (por ejemplo, el *dominus* y el representante venden la misma cosa a dos compradores; de forma que aquél *queda obligado* a entregarla a dos personas, por lo que frente a una no podrá cumplir).

(52) Véase *Supra*, número 7. II.

