

ESCUELA MILITAR DE INTERVENCIÓN  
Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar

# REPRESANTACIÓN, MANDATO Y PODER

*Comandante Interventor*  
**JOSÉ LUIS NEGRO COSTEA**



**MINISTERIO DE DEFENSA**

ESCUELA MILITAR DE INTERVENCIÓN



Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar

# REPRESENTACIÓN, MANDATO Y PODER

*Comandante Interventor*  
**JOSÉ LUIS NEGRO COSTEA**

---

MADRID, MAYO DE 2010

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

Edita:



NIPO: 075-11-184-2 (edición en línea)  
Fecha de edición: julio 2011





Vaya aquí mi más sincera gratitud hacia doña Concepción Barrio del Olmo, que ha dirigido mis pasos con guía atenta y sabedora.

*Feminas opacant homines. Mulier sententiosa in humanitas eminet.*



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>LA REPRESENTACIÓN, EL MANDATO Y EL PODER</b> .....	10
<b>LA REPRESENTACIÓN</b> .....	11
Concepto .....	11
Antecedentes históricos .....	15
El contenido de la representación .....	23
La función de la representación .....	27
La expresión del consentimiento en la representación .....	27
Clases de representación .....	29
1) La representación directa y la indirecta .....	30
2) La representación voluntaria y la legal .....	34
2.a) La representación legal .....	35
2.b) La representación orgánica .....	38
2.b1) Las fundaciones y las asociaciones .....	41
2.b2) La representación de las fundaciones .....	43
2.b3) La representación de las asociaciones .....	45
2.b4) La representación de las sociedades civiles .....	47
2.b5) La representación de las cooperativas .....	50
2.b6) La representación de las sociedades laborales .....	53
2.b7) La representación de las sociedades mercantiles .....	54
<b>EL MANDATO</b> .....	65
Introducción .....	65
El mandato y la gratuidad .....	70
El mandato y la representación .....	73
El concepto del mandato en el Código Civil .....	74
El mandato expreso y el mandato tácito .....	75
El mandato general y el mandato especial .....	77



La distinción del mandato con otras figuras afines .....	79
1) El mandato y el arrendamiento de servicios .....	80
2) El mandato y la gestión de negocios ajenos .....	82
Efectos del contrato de mandato .....	85
1) Obligaciones del mandatario con respecto al mandante, durante la ejecución del mandato .....	85
2) Obligaciones del mandatario con respecto al mandante, una vez finalizado el mandato .....	87
3) Obligaciones del mandatario con relación a terceros .....	88
4) Obligaciones del mandante con relación al mandatario .....	90
5) Obligaciones del mandante con relación a terceros .....	91
Extinción del mandato .....	91
1) Causas objetivas de extinción del mandato .....	92
2) Causas subjetivas de extinción del mandato .....	93
El mandato y la comisión mercantil .....	96
<b>EL PODER</b> .....	100
Introducción .....	100
El carácter abstracto del negocio de apoderamiento .....	102
Características del negocio jurídico de apoderamiento .....	105
La forma del apoderamiento .....	109
Extensión y límites del apoderamiento .....	116
1) Introducción .....	116
2) El poder general y el poder especial .....	116
3) Un poder omnímodo .....	121
Las contingencias en el ejercicio del poder .....	123
1) La demarcación del poder .....	123
2) La sustitución .....	126
3) El ejercicio anormal del poder .....	128
3.a) La autocontratación .....	128
3.b) La apariencia de poder .....	134
La ratificación .....	135
<b>COLOFÓN</b> .....	138
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	140



## INTRODUCCIÓN

Representación, mandato y poder son la misma cosa para muchos legos, y hasta para mí lo eran, pocos meses atrás, por haber olvidado lo aprendido con alfileres hace años. Existe gran confusión en el uso de esos tres conceptos, porque, aparte de ser palabras polisémicas, se usan las unas por las otras con bastante frecuencia, ignorando su sentido jurídico, usualmente aceptado por la doctrina.

La institución jurídica de la representación es una especie del género de la sustitución, por la cual los efectos de la formación y la manifestación de la voluntad de un sujeto se producen en la esfera jurídica de otro, con ocasión de una suplantación ideal basada en un apoderamiento, en otra clase de negocio o en la ley.

La representación propia o directa puede definirse como la facultad que tiene el representante de actuar en nombre y por cuenta del representado. De ese modo, la persona logra una potencial ubicuidad, pudiendo estar simultáneamente representada en lugares distintos y, por ese medio, atender diversos asuntos en sitios diferentes; lo que no quiere decir que el representado y el representante actúen sincrónicamente ni que se prive a este último de su albedrío o de las facultades que se le hayan conferido.

La posibilidad de representación, lógicamente, está restringida tratándose de actos personalísimos, como el otorgamiento de testamento o el ejercicio del derecho a sufragio, por ejemplo.

La representación puede ser directa o indirecta: es directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra; es indirecta cuando el representante actúa en nombre propio, aunque por cuenta de su representado. Para los defensores de la llamada teoría clásica de la representación, sólo en



el primer caso, los efectos jurídicos se producen inmediatamente en el patrimonio del representado.

También se distingue, dando por natural la representación voluntaria, entre la representación legal o necesaria de las personas físicas (la establecida por la ley para determinados sujetos, como los incapaces o los ausentes) y la denominada orgánica (que es la ejercitada por los órganos de las personas jurídicas, como las corporaciones, las fundaciones y las asociaciones de interés público o particular).

El mandato es un contrato en el que se produce un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones relacionados con la ejecución de actos jurídicos que se obliga a ejecutar el mandatario por cuenta de su mandante. Por regla general, en todo contrato de mandato se faculta al representante a actuar en representación del mandante, pero no es imprescindible; puede haber mandato sin representación, en virtud del cual el mandatario actúa en su propio nombre y los efectos del acto o negocio se producen en su patrimonio.

Por último, el término poder tiene diversas acepciones, de las que interesa enunciar algunas.

En primer lugar, se llama poder al propio documento en el que consta, en el cual se plasma o mediante el cual se acredita la representación que se ha conferido; de modo que, bajo este significado, podría decirse que el poder es la materialización documental de la representación.

Otras veces, con la expresión poder se alude al acto o al negocio jurídico por medio del cual se otorga la representación, y ello con independencia de que tal negocio jurídico se encuentre o no fijado documentalmente. El profesor Luis Díez-Picazo entiende que, usado en este sentido, el poder comporta un «*prius*» con respecto a la primera acepción apuntada más arriba, puesto que primero deberá celebrarse el negocio jurídico de otorgamiento de la representación y después habrá de plasmarse documentalmente.

Por último, el poder o los poderes son la propia consecuencia de la representación, esto es, la facultad o las facultades conferidas al representante, que éste podrá usar según sea el caso (se dice que alguien tiene poder general para pleitear, o poder especial para comprar inmuebles, por ejemplo). Díez-Picazo entiende que, al hablar así de poder, se designa aquella situación jurídica por la cual el representante influye o está facultado a influir con sus actos en la esfera jurídica del representado, pues «*en virtud del*



*negocio jurídico de otorgamiento de la representación, el representante se coloca en una situación que le faculta para actuar en nombre, por cuenta o con influencia en la esfera del representante».*

Llegados a este punto, cumple declarar el origen del trabajo.

Desde el veinticinco de septiembre del año dos mil dos, he permanecido cuatrocientos cuarenta y un días en diferentes zonas de operaciones. Ciento ochenta días en Kosovo, y doscientos sesenta y un días en Afganistán. Según los datos que conservo, mi función como fedatario militar en la última ocasión que estuve en la Zona de operaciones de Afganistán, que transcurrió entre el veinte de octubre del año dos mil ocho y el cuatro de enero del dos mil nueve, puede resumirse del siguiente modo:

#### *Instrumentos Públicos*

- \* Poderes generales.- 22.
- \* Copias de poderes generales.- 23.
- \* Poderes especiales.- 1.
- \* Copias de poderes especiales.- 1.
- \* Actas de manifestaciones.- 3.
- \* Copias de actas de manifestaciones.- 3.
- \* Actas de presencia.- 6.
- \* Copias de actas de presencia.- 5.
- \* Testamentos especiales militares abiertos ordinarios.- 2.
- \* Testamentos especiales militares cerrados ordinarios.- 1.

#### *Otras actuaciones.-*

- \* Actas de inscripciones de defunción.- 2.
- \* Certificados de actas de defunción.- 2.
- \* Actas de presencia especiales.- 2.
- \* *Testimonios en fotocopia de documentos.- 62.*

Este breve resumen refleja la tónica de las otras ocasiones, y en él se observa que, fuera de los testimonios por exhibición en fotocopia, tan ligados a la labor tradicional del fedatario militar en tiempos de paz, los instrumentos públicos más demandados por los componentes de los contingentes son los poderes.

Ello fue lo que me llevó al asunto de esta tesina, picado en mi curiosidad por la virtud de un documento que convierte a una persona en otra diferen-



te y permite que su voz se escuche a miles de kilómetros de donde se halla y posibilita que su voluntad se difunda y se propague «*aliubi atque aliubi*», como escribían los latinos.

El eje de la exposición versa sobre un efecto, un contrato y un documento: tales son la representación, el mandato y el poder. En su conjunto, no me parece un tema tan manido por la doctrina como merece; si bien, quien se proponga su estudio, puede ser todo lo copioso que apetezca.

Este trabajo bien podría ser el prólogo de otro posterior, dirigido a la elaboración de una pauta de poder comentada, que sirviera de guía a los oficiales destacados en las diferentes zonas de operaciones, para cuando, al verse reproduciendo un farragoso modelo recibido de su relevo, urgidos por la prisa del compareciente y en una situación que, a menudo, nada tiene de halagüeña, se prometan inquirir más adelante las respuestas a las dudas que los hayan hecho andar sin sombra; de modo que la necesidad o el apuro les consientan, para otra vez, vestir un traje más holgado.



## **LA REPRESENTACIÓN, EL MANDATO Y EL PODER**



## LA REPRESENTACIÓN

### Concepto

Para la doctrina tradicional, la representación supone la actuación en nombre de otro, producida de tal manera que los efectos jurídicos del acto redunden siempre, de modo directo, en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante. Considera esa corriente, como rasgos esenciales de la representación, el actuar en nombre ajeno («*alieno nomine agere*») y la eficacia inmediata de la actuación representativa.

La revisión moderna de la teoría de la representación discute que ésta pueda ser definida meramente como un obrar en nombre ajeno, aduciendo la necesidad de que el representante dé a conocer al tercero la identidad de la persona por la que obra, además de la propia naturaleza de su actuación. Se requiere, por lo tanto, una «*contemplatio domini*»; más aún, para algunos autores es exigido que el representante manifieste su voluntad de que los efectos jurídicos del acto que realiza se destinen a la persona representada.

Convencionalmente admitiremos que es representante quien obra en nombre de otro y representado es aquél en cuyo nombre se actúa. Ésta es la terminología más precisa y la que produce menos confusión, siempre que se tenga clara la distinción entre la representación y el mandato. Por ello, no esperaremos a más adelante para intentar esclarecerla.

La mayoría de los autores y tratadistas españoles del primer tercio del siglo XX, más próximos a la promulgación del Código Civil de 1889, se inclinaban a considerar que la representación era una nota distintiva del mandato.

Entre los mantenedores de esa idea, Francisco Bonet Ramón menciona a Felipe Sánchez-Román y Gallifa, a Gregorio Burón García, a José María



Manresa y Navarro, y a Calixto Valverde y Valverde, entre otros. Esos autores, que representaron el espejo de nuestra escuela jurídica durante décadas, parecían contemplar el Código Civil (incluido su artículo 1.717) a través del cristal del «Code» de Napoleón; pero, con el tiempo, la influencia decisiva de Sánchez-Román sobre nuestra doctrina científica se aplacó, comenzando ésta a evolucionar de acuerdo con la germánica, que es la que finalmente admitió la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

José Castán Tobeñas recuerda que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1927 marcó la transición entre las opiniones que consideraban a la representación la nota primordial del mandato y las que separaban ambas instituciones, admitiendo la representación sin mandato y el mandato sin representación. En aquella ocasión, el alto Tribunal entendió que *«si bien la representación es un requisito muy estimable en el contrato de mandato, en virtud del cual se extiende la personalidad humana, no es indispensable a los efectos contra tercero, como lo pregona el artículo 1.717, que permite al mandatario obrar en nombre propio»*.

Unos años después, en la sentencia de 17 de octubre de 1932, nuestra máxima instancia judicial reiteró que *«el contrato por el cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa (es decir, el mandato), y el apoderamiento que confiere facultad al apoderado para que concluya actos o negocios jurídicos por su poderdante, como si éste mismo los hubiera celebrado (o sea, la representación), son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por entero cuando se funden ambas en la unidad del mandato representativo; y en su consecuencia, los efectos de este contrato quedan regidos con la debida separación conceptual y técnica; correspondiendo a la esfera interna cuanto toca a los derechos y obligaciones recíprocas de mandante y mandatario (éste deberá actuar dentro del encargo recibido o, en su defecto, hacer lo que haría un buen padre de familia)... mientras que a la exterior esfera competen los efectos del contrato en relación a terceros, llegando hasta obligar al mandante con relación a ellos siempre que el mandatario hubiera actuado dentro de los límites del mandato o, por el contrario, obligando al mandatario con relación a tercero, si traspasó sus poderes sin dar de ello suficiente conocimiento»*.

Por motivos históricos a los que nos referiremos en su lugar, nuestro Código Civil es un notable ejemplo de un grupo de cuerpos de derecho privado que, sin regular la representación, ofrecen vías para separarla y distinguirla



del mandato. No pueden, por ello, buscarse definiciones legales patrias de la representación sin recurrir al artificio; aunque sí doctrinales.

El término representación viene del latín, «*repraesentatio*», que en la época clásica describía la acción de representar o de poner algo ante los ojos de alguien, y que terminó significando lo que en alguna acepción del español moderno: la acción de sustituir a una persona, de hacer sus veces o de cumplir su función.

En los fueros municipales anteriores a las compilaciones alfonsinas, los vocablos abogado, vocero, procurador, causídico y personero traducían una misma cosa: un hombre bueno o una persona de fiducia a la que, en caso de necesidad, podía nombrar un vecino para que llevase su voz.

Llamando las Partidas personería a la institución, dicen algo de lo teatral que esconde la representación. Siempre he leído que el vocablo persona viene del verbo latino «*persono*», usado para designar el efecto de la voz resonando a través del orificio hecho en la máscara que vestían los actores.

La ley 1ª, del Título V de la 3ª Partida, define al personero como «*aquel que recabda, o face algunos pleytos, o cosas ajenas, por mandato del dueño dellas. E a nome personero, porque paresce, o esta en juycio, o fuera del, en lugar de la persona de otri*».

Algunas centurias más tarde, Sánchez-Román no quiere entender la representación fuera del mandato, del que, a su juicio, constituye el fondo esencial; pero una sola frase disculpa su contumacia, cuando afirma, con clásica precisión, que la representación convierte «*la ausencia real en presencia jurídica*».

En un trabajo reciente, Luis Garza Medina señala que la representación voluntaria es una especie del género de la sustitución, y «*consiste en que una persona física hace las veces de otra persona, física o moral, hasta el punto que la acción y el efecto se atribuyen a la representada*». Para que la representación tenga lugar se requiere tanto que el representante goce de la potestad de actuar en vez de la persona representada (y que pueda recibir esa potestad), cuanto que sea reconocido como representante por la persona con la que actúa.

Entre las definiciones de la doctrina foránea, destacan las italianas.

Para Alfredo Rocco, firmante (junto a Benito Amilcare Andrea Mussolini) del vigente Código Penal italiano de 1930, que fue rector de la Universidad de La Sapienza de Roma en sus últimos años, la representación es la situación



jurídica mediante la que se da vida por el representante a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros, a quienes va dirigida la declaración, que aquél obra en interés ajeno y consecuentemente todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen para el sujeto en cuyo interés se está obrando.

Alfredo De Marsico, autor de *«La representación del Derecho procesal penal»*, discurría, en 1915, que la representación *«es una noción sintética y compleja por la que entendemos el otorgamiento y la aceptación de un encargo, de derecho privado o público, tendente a obtener que un derecho o interés determinado, correspondiente a una persona, sea ejercitado o satisfecho por un tercero, quien no es su titular, con autonomía de poderes que, circunscritos a la naturaleza del encargo y a las determinaciones contenidas en él, constituyen un verdadero derecho subjetivo de la persona a la que se le confiere la capacidad de tal ejercicio autónomo»*.

Ese mismo sentido, aunque expresado de un modo menos prolijo, tiene la definición dada por René Popesco Ramniceanu, que entiende por representación *«la relación jurídica en virtud de la cual una persona se obliga frente a un tercero, en razón del acto ejecutado por su cuenta, por su representante»*.

Gaillard, fundiendo las ideas de poder, mandato y representación, como suelen hacer los autores franceses, define el *«pouvoir»* como la *«prérogative conférée (la charge confiée) à l'agent juridique dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien»*.

En el *«Uniform Commercial Code»* de 1952, que plasma los esfuerzos para armonizar las normas mercantiles en los 50 estados que componen los *«U.S.A.»*, *«representative»* (representante) *«means any person empowered to act for another, including an agent (agente), an officer (directivo) of a corporation or association, and a trustee (fideicomisario o administrador), executor (ejecutivo), or administrator of an estate»*.

En el *«Commercial law»* (el derecho mercantil) estadounidense, el *«agent»* se define como una *«person who is authorized to act on behalf of another (called the Principal or client) to create a legal relationship with a third party»*.

En definitiva, en el mundo anglosajón nadie objetará que se defina al *«agent»* como la persona *«employed to do any act for another or to represent another in dealings with third persons»*.



Considerado el asunto desde otro punto de vista, podríamos acordar que la representación es una situación a la que precede un acto de otorgamiento, mientras que el poder o los poderes otorgados constituyen el contenido de la representación, en cuanto que de ella resulta la habilitación del representante para realizar los actos jurídicos cuya ejecución le compete, de modo que produzcan efectos en la esfera jurídica del representado. En su clásica monografía, Luis Díez-Picazo ha de convenir la terminología hablando «*por una parte, de «apoderamiento» y, por otra, de «poder» o de «poder de representación»*. Con la expresión «*apoderamiento» se designa el acto de concesión de un poder de representación y, eventualmente, el documento a través del cual se plasma o se hace constar... La expresión «poder» designa estrictamente la situación jurídica de la que es investido o en la que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena»*.

### Antecedentes históricos

A pesar de su importancia, la representación directa fue desconocida en el derecho romano anterior a Justiniano, que generalmente no admitió que un acto o negocio jurídico celebrado por una persona (representante) produjera inmediatamente efectos en la esfera jurídica de otra (representado), sino que consideró que el acto realizado por el representante únicamente producía efectos en su patrimonio, pudiendo sólo proyectarse en el del principal mediante una ulterior transmisión. Era necesario, por lo tanto, un nuevo negocio jurídico que transfiriese al representado los efectos nacidos del primero.

Afirmar que el derecho romano clásico admitía la representación indirecta es tanto como decir que era contrario a la esencia de la propia institución, fundada en la sustitución inmediata del principal.

Ligada teóricamente al primitivismo de las Doce Tablas, la República romana no tardó en ofrecer, a propios y a extraños, cierto margen de seguridad jurídica. En la Roma anterior a César, ya existía un magistrado para resolver los pleitos entre los ciudadanos (el «*praetor urbanus*»); y otro para solventar las contiendas entre y con los extranjeros habitantes de Roma (el «*praetor peregrinus*»). Pero el respeto al formalismo de la ley no supuso



nunca el aprecio de la libertad mercantil ni de la autonomía individual; pues «*libertas*», en aquél naciente imperio, era sinónimo de sumisión al Estado, y el carácter de sus ciudadanos no podía ser más hostil al liberalismo.

Viene al propósito del conservadurismo latino lo observado por Fritz Schulz, cuando resaltaba el hecho de que ninguna de las instituciones jurídicas del capitalismo moderno nos llegue del derecho romano: ni la carta de crédito, ni los títulos al portador, ni la acción o la letra de cambio, ni la sociedad o la hipoteca como modo de inversión, ni, por supuesto, la representación directa.

Desde el siglo II antes de Cristo, fueron alumbrándose reglas jurídicas (las «*regulae iuris*»), que aparecieron a modo de máximas o aforismos, resultantes de una abstracción hecha sobre varias soluciones prácticas congruentes, como principios de la ciencia del derecho, es decir, como pautas doctrinales. La recepción de esas reglas se hizo finalmente en el título 17, del libro 50 del Digesto, y su contenido resume el derecho vigente en el tiempo de Juliano, Paulo, Ulpiano y Apiniano, y el establecido por los emperadores que precedieron a Justiniano.

Hay quien afirma que la regla «*per extraneam personam nobis adquiri non potest*» rigió no sólo en el derecho romano clásico sino en el justiniano; aunque, en éste último periodo, fueron ya admitidos ciertos casos en los que se reconocían algunos efectos parciales de la representación.

Las excepciones más notables se dieron en ámbito del pujante comercio interprovincial y marítimo. Destaca la instauración de la «*actio institoria*», por la que el principal («*dominus negotii*») respondía de las obligaciones adquiridas en el comercio naval por el factor («*institor*»), quien recibía el mandato en virtud de la «*praepositio institoria*»; dicho de otro modo: el ciudadano capaz («*pater familias*») que se dedicase a comercio marítimo («*exercitium navis*») quedaba obligado como principal («*dominus negotii*») por los actos de su gerente («*institor*») o de su administrador («*magister navis*»), cuando éstos obrasen dentro de la esfera de sus atribuciones.

Ourliac y Malafosse mantienen que «*las necesidades del comercio mueven al magistrado («praetor») a admitir una representación imperfecta y en ocasiones perfecta (quieren decir indirecta y directa), lo que se consigue progresivamente, flexibilizando los instrumentos procesales, para permitir que el «pater familias» se convierta en deudor a través del hecho perjudicial de la persona a él subordinada. Preocupado por proteger al tercero que con-*



*trata con el representante, reforzando a la vez el crédito del representado, el Derecho Romano admite una representación «cuasiperfecta» cuando el representante sea deudor».*

Usando una errática nomenclatura, se habla indistintamente de derecho romano medieval, de derecho común o de derecho intermedio, para referirse a las concepciones y doctrinas de la tradición romanista europea del Medioevo; especialmente, aunque no sólo, a las obras y a los autores encuadrados en la corriente del «*mos italicus*», cuyas formas de expresión más notables fueron la glosa y el comentario, hechos sobre textos singulares del «*Corpus iuris civilis*», la elaboración de algunos tratados monográficos y la formación de las colecciones de «*consilia*». Durante ese periodo, la llamada «*communis opinium doctorum*» fue el venero de la evolución de muchas instituciones del derecho privado europeo, paralelamente al flujo de la legislación real o estatutaria.

Suele admitirse que, en aquel tiempo, aun manteniéndose la prohibición de la sustitución pura, las necesidades comerciales dieron lugar a una flexibilización que tuvo su fuente en la creación de contratos con estipulación en favor de tercero. Se lograron así, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, muchos efectos prácticos de los que se obtienen por medio de la representación directa.

Las colecciones canónicas compiladas o promulgadas entre los años 1104 y 1503 de Cristo, se conocen con el nombre compendiado de «*Corpus iuris canonici*». El Decreto de Graciano, monje de Bolonia, místicamente intitulado «*la armonía de los cánones desarmónicos*», inicia las seis colecciones que forman el repertorio. Le siguen en el tiempo las Decretales de Gregorio IX, promulgadas en 1234, y el «*Liber sextus*», propagado en 1298 por Bonifacio VIII, el Papa a quien ultrajó Sciarra Colonna en Anagni. Clemente V, entronizado en una iglesia de Lyon, inauguró la «*segunda cautividad de Babilonia*» en una Avignon comprada a la reina de Nápoles, y promulgó su «*Liber Clementarium*», que contenía sus nutricias «*Clementinas*», en 1317. Como colofón de todo un esfuerzo de siglos, dos colecciones de «*Extravagantes*» completan el «*Corpus*».

Ese derecho canónico acogió la institución de la representación desprovista ya de las limitaciones del derecho romano. Como nos recuerda Müller: «*El derecho natural planteó por primera vez el desarrollo de la representación voluntaria después de que el derecho canónico, en la Bonifantiada de*



*1298, autorizase la representación (actuando a través de un «nuntius») en el acto del matrimonio».*

Aún hoy, podemos leer en el canon 1.105 que, para que pueda celebrarse válidamente matrimonio mediante procurador, se requiere que «se haya dado mandato especial para contraer con una persona determinada...» y «que el procurador haya sido designado por el mandante y desempeñe personalmente esa función». El mandato (se refiere al documento de poder) debe estar «firmado por el mandante y además por el párroco o el Ordinario (quiere decir el obispo diocesano) del lugar donde se da el mandato, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos; o debe hacerse mediante documento auténtico a tenor del derecho civil». «Si antes de que el procurador haya contraído en su nombre, (el mandante) revoca el mandato o cae en amencia (es decir, demencia), el matrimonio es inválido, aunque el procurador o el otro cónyuge lo ignoren».

Pero el derecho canónico también admitió (quizá porque la extensión de la simonía no permitía otra cosa) que, en el acto de la investidura de un clérigo, ausente de un beneficio eclesiástico, el designado pudiese ser sustituido por otra persona; llegándose a consentir, cuando faltase mandato al representante, que la ratificación del ausente pudiera desplegar sus efectos naturales.

Acaso el optimismo antropológico y la profunda tendencia ética que alimentaba a todo el derecho canónico, que colocaba en lugar superior a la buena fe para contratar y a la corrección en la celebración de los contratos, pueda explicar el desarrollo y la extensión alcanzada por la representación en su seno.

En un mundo bipolar, sólo el impulso material de los caudales puede igualar al del espíritu. Desde principios del siglo XIII, Florencia se dedicó a manufacturar y a exportar telas de mediana calidad, para evitar competir con el comercio de los refinados y carísimos paños flamencos; mas, en 1330, se produce un repentino cambio hacia la excelencia que hará ingresar a la ciudad, en el plazo de un año, más de un millón doscientos mil florines de oro (una renta superior a la suma de las obtenidas por los reyes de Francia y de Inglaterra). En el «*Mercato Nuovo*» se apiñaban los negocios cambiarios y bursátiles, manejados por el Arte del Cambio, y las delegaciones comerciales se extendían por toda Europa.

Desde su origen, la comisión mercantil acompaña en su viaje al comercio. Originariamente, el mercader ofrecía sus mercancías de pueblo en pue-



blo y era nómada; pero, cuando su negocio se expande y se agiganta, siente la necesidad de crear una casa comercial estable y se hace sedentario; para entonces, encomienda a sus dependientes, sean o no familia, dirigir sus delegaciones o traficar, de un lugar a otro, en su representación.

Dos grandes cataclismos impulsan la movilidad social: la hambruna de 1315, que dura casi tres años, y la Muerte Negra, que, en 1347, desembarcó silenciosamente en Messina. La Crónica Sienense contiene pasajes estremecedores: *«La peste... parecía herir a través del aliento y la vista... Los vivos de cada familia abrían zanjas como mejor podían... mientras iban muriendo a cientos, de día y de noche, al tiempo que los perros desenterraban los cuerpos para devorarlos. Yo, Agnolo di Tura, enterré a cinco de mis hijos con mis propias manos... Nadie lloraba por muerte alguna, porque todos la esperaban. Murieron tantos que creí llegado el fin del mundo»*.

A partir de entonces, y a pesar de las numerosas *«actitudes antieconómicas»*, el capitalismo siguió impulsando a Occidente hasta nuestros días y la comisión mercantil, coadyuvando a su éxito, hizo ubicuo al empresario, que pudo gozar cien vidas simultáneamente, gracias a la alteridad de sus gestores.

El primer cuerpo legal que se compuso siguiendo los requisitos que el movimiento ilustrado consideraba indispensables en un texto legislativo moderno fue el *«Code Civil»* francés o Código de Napoleón, que entró en vigor el 21 de marzo de 1804.

El Código Civil francés no construyó una teoría general de la representación sino que, fiel a la tradición romana, pese a ser hijo de la Revolución, sólo trató del mandato y de la gestión de negocios ajenos.

El empuje codificador, iniciado en 1804 con la aparición del *«Code»*, produjo, a lo largo de un siglo, el deseo de emulación en gran parte de Europa.

En Alemania, tuvieron lugar, en la segunda mitad del siglo XIX, dos procesos paralelos: la reelaboración doctrinal de la representación y el esfuerzo codificador.

Caspar Rudolf von Ihering, Christoph Gottlieb Freiherr Scheurl y Bernhard Windscheid constituyeron el núcleo de los *«pandectistas»* (llamados así porque buscaban sus abstracciones en el estudio de las Pandectas, es decir, en los cincuenta libros del Digesto) y fueron quienes, en torno a 1860, construyeron la denominada doctrina clásica de la representación, que influyó luego decisivamente en la ordenación las leyes civiles alemanas.



Para Windscheid, la representación es una declaración de voluntad que se realiza o emite por medio de otro. Sólo hay verdadera representación cuando el acto se realiza en nombre de otro y cuando, una vez declarada la voluntad por el representante (junto con la manifestación de que actúa en nombre de otro), dicha declaración no produce ningún efecto para él; distinto es lo que sucede para el representado, pues en éste tiene las mismas consecuencias que si hubiera obrado personalmente.

Pocos años más tarde, pese la oposición de juristas tan eminentes como Friedrich Carl von Savigny, máximo representante de la llamada Escuela Histórica del Derecho, la denominada «*Lex Miquel-Lasker*», de 1873, después de transferir las competencias para la codificación del derecho privado desde los estados federados al Reich, inauguró varios lustros de trabajos que dieron en la promulgación del Código Civil alemán, el «*Bürgerliches Gesetzbuch*» o BGB, que entró en vigor el 1 de enero de 1900.

El «*Bürgerliches Gesetzbuch*», influenciado por el derecho canónico, da un tratamiento separado a la institución de la representación, que, en su concepción, es una figura jurídica general, comprensiva tanto de los casos de representación legal como voluntaria; su campo de aplicación no coincide con el del mandato, debido a que el ámbito de aquélla es más extenso; y acoge sólo la representación directa, porque la indirecta es, para muchos de sus compositores, contraria a la pulpa de la sustitución.

El BGB regula la representación en su Título Quinto, llamado «*Representación y poder*», de la Sección Tercera, referida a los «*Negocios jurídicos*», del Libro Primero, que es la «*Parte General*».

Desde que entró en vigor el BGB, a pesar de que la doctrina continental analiza y distingue la representación como institución jurídica, no sucede lo mismo en los códigos nacionales. Ese es un espacio en el que pueden hallarse hasta tres grandes grupos de cuerpos legales que, salvadas sus diferencias, pueden ordenarse como sigue:

### **1) Los códigos que no distinguen entre el mandato y la representación**

El «*Code Civil*» francés y muchos de los que se inspiraron preferentemente en él, confunden el mandato y el apoderamiento (que es el negocio que confiere la representación), y consideran que la nota esencial del mandato es la representación del mandante por el mandatario.



El artículo 1.984 del «Code» afirma: *«Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire»*; y el que lleva el número 1.985 (modificado por la Ley número 80-585, de 12 de julio de 1980) ordena: *«Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» (Título III del «Code»).* *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire».*

Conforme a ese criterio podría decirse que el mandato es el contrato cuya finalidad práctica consiste en conferir a una persona las facultades o poderes que le habilitan para representar a otra. A título de ejemplo podíamos decir que siguen al francés los códigos civiles de Argentina, Bolivia, República Dominicana y Uruguay.

## **2) Los códigos que distinguen entre mandato y representación.**

El «*Bürgerliches Gesetzbuch*» alemán, el Código Civil de las obligaciones suizo y el Código Civil italiano, entre otros cuerpos legales, regulan separadamente la representación, distinguiéndola del mandato, y admitiendo la posibilidad de un mandato sin representación.

Concretamente, el Código Civil italiano aprobado por «*Regio Decreto*» de 16 de marzo de 1942, publicado en la edición extraordinaria de la «*Gazzetta Ufficiale*», número 79, de 4 de abril de 1942, afirma, con respecto a la representación, lo siguiente: a) *«Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato»* (artículo 1.387 «*Fonti della rappresentanza*»), y b) *«Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato»* (artículo 1.388 «*Contratto concluso dal rappresentante*»).

Y, con respecto al mandato, se expresa del modo que va a continuación: a) *«Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra»* (artículo 1.703 «*Nozione*» del



mandato), b) «*Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro (donde van los artículos 1.387 y siguientes, relativos a la representación) (artículo 1.704 «Mandato con rappresentanza»), y c) «Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato». «I terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del manda, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono» (artículo 1.705 «Mandato senza rappresentanza»).*

### **3) Los códigos que no regulan la representación; pero permiten distinguirla del mandato.**

El 24 de julio de 1889, la Reina Regente del Reino de España dio un Real Decreto, mandando insertar en la Gaceta de Madrid el texto de la nueva edición del Código Civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección correspondiente de la Comisión de codificación. Ese texto sigue siendo, después de ciento veinte años, nuestra principal ley civil.

Cuando revisamos los índices analíticos de las diferentes ediciones de ese Código, vemos cómo, al buscar la voz representación, nos remite generalmente a la que sirve para suplir o completar la capacidad de las personas o a la que tiene lugar con motivo de la sucesión «*mortis causa*». Sólo en un caso nos habla de representación en los contratos, con el siguiente tenor: «*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*» (artículo 1.259, del Capítulo primero, que contiene las «*Disposiciones generales*», del Título II, que trata «*De los contratos*», del Libro III, que se ocupa «*De las obligaciones y contratos*»).

Podría decirse que el Código Civil español era lo bastante moderno como para no confundir ya el mandato y el poder, tal y como hacía el «*Code*», pero no tanto como para recibir sin reparos las novedades que la doctrina alemana



deparó en los veinte años anteriores a su promulgación. Esa impar mención del artículo 1.259, no constituye por sí sola una teoría de la representación; aunque evita un extrañamiento absoluto de la institución en el texto.

Nuestro Código Civil y los que siguen o comparten su estela no disciplinan la representación sino que se ocupan de los negocios relacionados con ella, como sucede con el mandato (artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil), la comisión mercantil (artículos 244 a 304 del Código de Comercio de 1885), la gestión de negocios ajenos (artículos 1.888 a 1.894 del Código Civil) y la ratificación (artículos 1.259, 1.727 y 1.892 del Código Civil). Habrá quien reproche a lo dicho que la gestión de negocios ajenos y la ratificación no son contratos de representación sino un cuasicontrato y un acto jurídico, respectivamente, que producen los efectos de la sustitución del principal, figura que tiene un alcance más amplio al de la mera representación negocial; pero, admitir esa objeción, complicaría en exceso el panorama descrito hasta ahora.

Pese a no regularla con detalle, nuestras leyes civiles distinguen de un modo implícito, aunque diáfano, la representación del mandato, por el mero hecho de aceptar que el mandatario pueda obrar en nombre propio. Es decir, el Código Civil español (y, de forma semejante, los de Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala y Perú, entre otros), careciendo de una ordenación detallada de la representación, configura el mandato en unos términos que permiten a la doctrina y a la jurisprudencia admitir la posibilidad de un mandato sin representación. Por tanto, en nuestra ley, la representación no es esencial para el mandato, aun cuando sea posible y ordinario que se otorguen al mandatario poderes de representación en el momento de conferir el encargo en que el mandato consiste.

## El contenido de la representación

En virtud de la autorización que recibe del principal, el representante consigue el efecto de adquirir derechos y de asumir obligaciones para otro, sin llegar a ser parte directa o sujeto de los mismos.

La actuación del representante, que obra por el representado, es o debe ser conocida por el tercero con quien trata.

El efecto de la representación consiste, según Angelo Nattini, en que *«el acto realizado por el representante a nombre del representado produce efec-*



*tos jurídicos, activos y pasivos, directamente en éste, quedando el representante absolutamente excluido tanto de los derechos como de las obligaciones».*

Desde el punto de vista objetivo o interno, la representación es un negocio de relación, que permite el comercio jurídico mediante la intervención de una persona que no es realmente la interesada en los negocios que celebra con terceros, sino un vehículo o instrumento de que se vale el representado para actuar y vincularse directamente con aquéllos.

Desde el punto de vista subjetivo, la representación se distingue por la presencia de dos partes (el representado y el representante) y de dos negocios al menos: el primero es aquél del que surge la representación y el otro, la declaración de voluntad del representante, que es propiamente el negocio representativo (por ejemplo, una compraventa).

Además, generalmente existe un negocio del que viene la relación jurídica interna con la que se conecta la representación (por ejemplo una comisión mercantil ligada al apoderamiento).

De acuerdo con esa distinción, existe, primeramente, un negocio jurídico del que nace la atribución de poderes o facultades al representante (el poder o apoderamiento), que es siempre individual y unilateral, pues se otorga por la voluntad exclusiva del representado, para quien nacen únicamente los compromisos, sin que el consentimiento o la aceptación del representante añada nada a la perfección del apoderamiento.

Sucedo que, al derivar las opiniones sobre la representación y el poder de la exégesis del contrato de mandato tal y como lo regula el Código Civil, abundan los autores que exigen siempre la aceptación en el mandato representativo; aunque se haga tácitamente y el consentimiento venga de lo que pueda inferirse de actos del representante que lo hagan suponer (artículo 1.710 del Código Civil).

Decía Ferdinand Regelsberger que *«lo que llaman aceptación del poder es una declaración indiferente para el derecho, o bien la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica; es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato».*

En segundo lugar, se produce el negocio representativo considerado en sí mismo, que es aquél en el que sólo interviene el apoderado y nunca el poderdante, y que, en palabras de Alfredo Rocco, *«encierra únicamente la declaración de voluntad del representante».*



En esa misma línea, afirmó Josef Hupka que *«en todos los casos, el representante y sólo él formula y declara la voluntad inmediata y completa de realizar el negocio jurídico; la actividad jurídica del representante no consiste en completar la voluntad de apoderamiento...ni en transmitirla sin alteración, sino en concebir y formular siempre la inmediata disposición jurídica y voluntaria en su totalidad. El principal no tiene nunca la voluntad inmediata de la declaración, sino solamente la voluntad de que el representante genere el negocio jurídico mediante su propia decisión»*.

En el estudio de la representación, interesa principalmente el análisis del apoderamiento y del negocio representativo; pero secundariamente conviene ocuparse del negocio del que viene la relación jurídica interna con la que se conecta la representación, es decir de alguno de los negocios jurídicos voluntarios que generalmente son su fuente, tales como el mandato, la comisión mercantil y otros supuestos legales en los que se da el efecto de la representación por vía más o menos indirecta, como en el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos o en la institución de la ratificación.

En esa relación interna, el principal y el obligado (que generalmente son representante y representando en virtud del apoderamiento) son las partes, y su objeto y contenido es la gestión del representante por cuenta o en interés del principal, es decir, la celebración de una actividad jurídica no en beneficio del gestor sino de aquél por cuyo interés se obra.

Junto a esa relación interna, el apoderamiento constituye un pacto autónomo que se agrega a ella e impone que el gestor deba obrar, además de por cuenta o en interés del poderdante, en su nombre y sustituyéndole.

La distinción apuntada ayuda entender las dos relaciones jurídicas paralelas que se dan, por ejemplo, en el mandato representativo (mandato y poder); a diferencia de lo que sucede en el mandato sin representación, en el que existe una relación interna de mandato (el mandatario obra en interés del mandante) pero no de apoderamiento (el mandatario obra en su propio nombre).

Mirada desde el punto de vista del apoderado, deben darse, en la representación, una serie de notas que sirven para dibujar su naturaleza:

- 1) La atribución de un derecho o de un interés subjetivo al representante.



- 2) El otorgamiento de facultades propias del representado al representante.
- 3) La atribución de un interés lícito al representante; lo que, en nuestra legislación civil, puede entenderse en el sentido de que no sea contrario a las leyes ni a la moral, por analogía a las características que concurren en la causa lícita de los contratos, según el artículo 1.275 del Código Civil.
- 4) El otorgamiento de un derecho o la atribución de un interés que puedan ser ejercidos por el representante, es decir, que no nazcan ni se fundamenten en un derecho personalísimo del principal, puesto que, siendo así, no podrían ser transferidos ni transmitidos en ningún caso.
- 5) La concesión de cierto margen de actuación e independencia al apoderado, diferenciándolo de un mero «*nuntius*», para el que la voluntad se halla prácticamente formada por la decisión previa de su principal.
- 6) Por último, la capacidad suficiente del representante para ejercitar las facultades que se le otorgan.

No hay acuerdo, sin embargo, en considerar como nota esencial de la representación su carácter voluntario; entendiéndose por voluntario tanto que sea un acto facultativo, no impuesto ni forzoso, de los intervinientes, como que la relación y los efectos que de ella emanan, procedan de una decisión libre de las partes, en las que concurra su pleno consentimiento.

Así que, mientras que Jorge Barrera Graf opina que puede hablarse de representación para referirse lo mismo a la que proviene de actos o negocios voluntarios, que a la que es consecuencia de un mandato legal, siempre que concurra la nota esencial de actuar el representante en nombre y en interés del representado, otros autores opinan lo contrario; entre ellos destaca Francesco Messineo, para el que una «*representación legal en la que se pueda prescindir de la voluntad del titular del interés, si no es una contradicción en sí misma, es por lo menos una justificada anomalía o una expresión fácil, sobre cuyo sentido verdadero no hay necesidad de engañarse*». Añade, y estoy de acuerdo con él, que la representación legal es objeto de ordenación normativa porque cubre una carencia subjetiva en la práctica; y es esa nota de necesidad de la llamada representación legal, la que desvirtúa o impide que se la trate como una representación propia o verdadera.



## La función de la representación

Generalmente las instituciones jurídicas nacen porque la realidad las impone. Es cierta la frase que achaca al derecho ir siempre por detrás de la realidad. No puede ser de otro modo. La ley no puede ni debe inventar el futuro.

La función y la importancia de la representación son claras si se observa que el representado no sólo puede ampliar hasta donde desee el ámbito de sus relaciones jurídicas al valerse de otros para vincularse con terceros, cerca o lejos de donde ejerce su actividad, sino que además, en múltiples casos, la actuación de un representante resulta imprescindible para crear la voluntad de las personas jurídicas (representación orgánica, que es condición ineludible para su propia existencia) o para formar o completar la de quienes carecen de ella o la tienen parcialmente limitada (representación legal, forzosa o necesaria).

Otras veces, aun no siendo forzosa la representación, se vuelve imprescindible el apoyo de personas que atiendan las múltiples tareas del principal o que se desplacen o se establezcan en los distintos lugares donde se desarrollan sus asuntos.

La amplitud y la variedad de los actos que el principal consigue realizar representado es inmensa, ya que pueden ser objeto de la representación todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado, y cabe realizar por medio de representantes todo lo que puede hacerse por uno mismo, salvo los escasísimos actos denominados personalísimos.

## La expresión del consentimiento en la representación

Determinar quién es el sujeto que emite la voluntad en el negocio representativo, es decir en el negocio que celebra el apoderado con un tercero, es el objeto de una antigua discusión doctrinal entre distintos autores.

Savigny consideraba que el representante era un simple «*nuntius*», es decir un mero portador de una declaración de voluntad ajena, propia del representado o poderdante.

Por el contrario, Wundt sostuvo que es el representante quien manifiesta el consentimiento, sea por admitir la ficción de que existe en el represen-



tado una voluntad idéntica, sea separando al representante, sujeto de la acción, del representado, sujeto del interés, y atribuyendo la voluntad a aquél.

Para resumir, podemos concluir diciendo que otros autores mantuvieron la tesis mixta de la cooperación de voluntades.

La discusión no es baladí porque la eficacia de los negocios que se den en una relación representativa depende en gran medida de quién se entienda que emite la voluntad en cada caso.

Para que haya contrato es necesario que se den *«consentimiento de los contratantes, objeto cierto, que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca»*, dice el artículo 1.261 de nuestro Código Civil; añadiendo, más adelante, que es nulo *«el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»* (artículo 1.265 del Código Civil).

Evidentemente la violencia irresistible, por ejemplo, recaída sobre el consentimiento prestado por el principal que da un poder (que es un acto unilateral), hace nulo el otorgamiento y vicia la representación; pero, por poner una muestra, el dolo que afecte a la voluntad de un mandante, ligado a su mandatario mediante un mandato representativo para llevar a cabo la compraventa de una finca (negocio representativo), hará que el negocio sea válido si se entiende que la voluntad la emite el mandatario y representante, e inválido en caso contrario.

La opinión dominante es que la voluntad en el negocio representativo es manifestada exclusivamente por el representante, sin la intervención del representado.

El principal interviene en el apoderamiento inicial (otorgamiento de poder) y establece las condiciones y límites a la voluntad que expresa luego el representante mediante el negocio que modela la relación interna entre ambos (por ejemplo, un contrato de agencia dirigido a la compra de petróleo); pero, en la representación, quien quiere y quien obra, psicológicamente y físicamente, no es el principal.

Generalmente se entiende que se ha de estar a lo que resulte de la voluntad del representante y, por ello, en el negocio que celebre con un tercero, habrá que juzgar la validez de su consentimiento y no la del de su principal.

Basta con que la voluntad del representante no haya sido dada por error, arrancada por violencia, obtenida mediante intimidación o sorprendida por dolo, para que su manifestación sea válida y vincule al representado.



Resumiendo los requisitos subjetivos de idoneidad del principal o «*dominus negotii*», Díez-Picazo señala que «*en principio no es necesario ningún requisito especial para que una persona sea representada. Cualquier persona puede serlo. Las limitaciones no provienen de especiales estados civiles, cualidades o condiciones de la persona, en relación con el fenómeno representativo abstractamente considerado, sino únicamente del tipo de representación que en cada caso pueda darse y, en particular, del hecho de que la representación sea o no voluntaria*». En este último caso, los actos de concesión de representación hechos por los incapacitados son anulables o impugnables, correspondiendo la acción de impugnación a los representantes legales del incapaz y a éste mismo durante los cuatro años siguientes al momento en que adquiera su plena capacidad de obrar (artículo 1.301 del Código Civil).

En cuanto a las condiciones de idoneidad y capacidad del representante, es una cuestión sobre la que la doctrina discute sin ponerse de acuerdo: mientras que para unos es precisa la plena capacidad de obrar del representante, para otros autores basta con la capacidad jurídica que conlleve las condiciones naturales precisas para querer y entender, según cual sea la naturaleza del negocio.

Un caso especial en nuestro Código Civil es el de la representación encomendada a un menor mediante un mandato representativo. El artículo 1.716 del Código Civil afirma: «*El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores*». Ese tenor provoca graves dificultades de interpretación. En aplicación rigurosa de nuestras normas civiles, habrá que acordar que el menor y sus representantes legales disponen de una acción de impugnación dirigida a anular los actos del representante menor; pero ni el representado ni el tercero que contrató con él podrán reclamarle sino ejercitando la acción por enriquecimiento injusto (artículo 1.163 del Código Civil).

### Clases de representación

Ya que nuestra ley civil no desarrolla una teoría de la representación, que resulta un fenómeno tan corriente en la práctica jurídica, conviene presentar aquí un esquema de los casos más ordinarios en los que tiene lugar el suceso representativo, que nos sirva de guía para la exposición de lo que sigue.



Suelen hacerse dos grandes distinciones al hablar de representación: 1) La que diferencia la directa de la indirecta y 2) La que separa la representación voluntaria de la legal.

### 1) *La representación directa y la indirecta*

Se dice que existe representación directa cuando el representante obra por cuenta y en nombre del representado, y que es indirecta cuando actúa en su propio nombre, pero por cuenta del representado.

Muchos autores, sobre todo en los países cuyos códigos civiles recogen con la suficiente extensión la institución de la representación, ordenándola de un modo autónomo (Alemania, Italia o Méjico, por ejemplo), niegan que la indirecta sea una verdadera representación, pues ni los efectos del negocio representativo tienen lugar directamente en el patrimonio del representado ni actúa el representante en nombre del principal.

Se discute incluso la validez de la expresión. Para Betti, en la representación indirecta, el representante hace creer al tercero que contrata y se obliga sólo con él, por lo que no puede existir representación sino un fenómeno distinto y especial, de un género más amplio, una clase de negocio indirecto, al que propone llamar «*interposición gestoria*»; Pugliatti incluye ambas clases de representación bajo la referencia genérica de «*representación de intereses*»; y otros, como Lerebours o Pigionnière, se oponen radicalmente al uso de la locución «*representación indirecta*», sin proponer siquiera otra que la sustituya.

En España, sin embargo, la regulación de los negocios que modelan la relación interna entre el representante y el representado admite siempre la representación indirecta.

En el mandato civil «*cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante*» (artículo 1.717 del Código Civil).

En el mandato o comisión mercantil «*el comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente*» y «*cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como*



*si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí»* (artículos 245 y 246 del Código de Comercio).

Incluso el agente, considerado por algunos autores de la doctrina de tradición latina (en Méjico, por ejemplo) como parte de un contrato que sólo admite el sustrato de la representación directa, fue regulado en España de otro modo por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, que sirvió para incorporar al derecho español, con indisimulada urgencia y sin modificar el Código de Comercio, el contenido de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986. «*Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones»* (artículo 1 de la Ley 12/1992).

El «*Common Law*» anglosajón ignora los efectos que el derecho continental otorga a la actuación del representante en nombre propio, porque no distingue entre representación directa e indirecta, tal y como nosotros las entendemos; sin embargo admite distintas consecuencias jurídicas dependiendo de que el tercero tenga o no conocimiento de que el representante actúa como tal; y usa las expresiones «*disclosed or undisclosed principal*» o «*disclosed or undisclosed agency*», para indicar que el representante (al que generalmente se denomina agente («*agent*»), como parte de un contrato de agencia («*agency*»), es o no conocido, en su condición de tal, por el tercero con el que contrata.

En los sistemas de derecho continental, cuando el representante obra en nombre propio, el representado carece de acción directa contra el tercero y viceversa; sin embargo para el «*Common law*», es indiferente que el agente actúe en nombre propio o ajeno a la hora de establecer efectos directos entre el tercero y el principal. Es más, tanto en los casos de «*disclosed agency*» como en los de «*undisclosed agency*», el principal y el tercero pueden demandarse entre sí con motivo de un contrato celebrado por el agente de aquél. Naturalmente en los casos de «*undisclosed agency*», el tercero demandará al principal, si se da el caso, una vez que haya descubierto su existencia, pues antes le será imposible.

En toda relación representativa propia o directa, existen dos notas esenciales: 1) Que el representante obra a nombre del representado y 2) Que el



acto o negocio que celebra el representante, le es ajeno, por corresponder o pertenecer al representado.

La primera de esas notas supone que el representado declara ser sujeto del fenómeno representativo, ya sea previamente, mediante el otorgamiento de un poder, o posteriormente, mediante la figura de la ratificación (aunque la ratificación y la gestión de negocios ajenos merecen una mención especial).

Por otra parte, en relación con el representante, supone que éste se presenta ante los terceros con ese carácter; es decir, que actúa abiertamente obrando a nombre del representado, en lo que se denomina *«contemplatio domini»*, sin ocultar su relación con éste.

Si fuese de otra manera, estaríamos ante lo que hemos llamado representación indirecta, en la que el representante actúa por cuenta del representado, pero en nombre propio; o sea, se presenta como interesado directo al tercero, motivo por el cual éste no entra en relaciones con el representado, que permanece oculto e ignorado.

Al obrar el representante por el representado, actúa para adquirir o afectar un derecho subjetivo de éste, con el objeto de atribuirle los efectos patrimoniales de los derechos que adquiriera o de las obligaciones que asuma en sus relaciones con los terceros.

Como decía Mosco, *«su función se agota, normalmente, con la estipulación del negocio y no se refiere a los efectos del mismo»*.

El representante contrata y se olvida, podría decirse usando cierta hipérbole; es ajeno al negocio en que interviene, sin que exista ningún negocio simulado, que se caracteriza precisamente por lo opuesto (es decir, porque el negocio simulado es propio del representante y, en él, obrando realmente por su cuenta e interés, simula hacerlo por cuenta y en nombre de un tercero).

En la representación, los efectos de la actividad y de la conducta del representante se reflejan en el patrimonio del representado. También, desde esta perspectiva, se diferencian la representación directa y la indirecta. En ambas, el negocio representativo es ajeno al interés del representante; pero, mientras que en la representación directa el tercero sabe y conoce que el negocio y el acto que celebra con el otro contratante no pertenece a éste sino a quien le otorga la representación, en la indirecta, el tercero ignora que el negocio es ajeno a su contraparte.

En cambio, desde el punto de vista interno, entendido como aquél desde el que se contemplan las relaciones entre representante y representado,



el hecho de actuar el primero en interés y por cuenta del segundo es común a la representación directa e indirecta.

En la representación directa, la segunda de las notas de las que hablamos al comienzo del epígrafe es la que deriva de que el acto o negocio celebrado por el representante no sea suyo sino de su principal, en cuyo nombre e interés actúa. De ese modo, el tercero no se relaciona con el representante, sino que lo hace, directa e inmediatamente, con el representado, tanto para la adquisición de derechos como para la asunción de obligaciones.

La representación es un vehículo o instrumento jurídico para que los terceros se vinculen con el principal en virtud de la actuación del representante, dándose el caso de que, siendo el negocio representativo propio del principal, el representante manifiesta y hace valer su propia voluntad, y no la de aquél, cuando lleva a cabo actos y negocios jurídicos.

Para terminar, algunos autores plantean el problema de la transmisión de la propiedad en los negocios traslativos del dominio celebrados por el representante indirecto.

En los negocios traslativos en los que interviene un representante indirecto, aparece (por ejemplo) como propietario y vendedor frente al tercero; aunque, realmente y frente a su principal, no es dueño ni adquiere temporalmente la propiedad para transmitirla.

La representación no es un título traslativo de dominio, la cosa no pasa primero a la propiedad del representante, para que luego éste la transmita a su principal, sino que la propiedad se transfiere directa y automáticamente del tercero al principal, aunque aquél ignore su existencia.

La relación interna entre el representante y su principal se impone e impide que la situación, externa y aparente, que existe frente al tercero de buena fe, prevalezca frente al representado, que adquiere automáticamente la propiedad como consecuencia de la actuación de su representante; es decir prepondera el acto de gestión que impone al representante indirecto actuar por cuenta y en interés de su principal, a pesar de que no se dé la «*contemplatio domini*».

En definitiva, es un caso en el que las consecuencias de la representación directa e indirecta coinciden, pues en las dos figuras existe la sustitución del principal por el agente, reflejándose en ambas los efectos de los actos en el patrimonio del representante.



## 2) *La representación voluntaria y la legal*

La intervención de un representante puede ser necesaria, impuesta normalmente por la ley, o facultativa, derivada de la libre voluntad del representado, generalmente a través de un acto individual (el otorgamiento de poder).

En la representación voluntaria, la actividad del representante se basa en un acto de la libre determinación del representado, mientras que, en la legal, deriva de un poder concedido por la ley al agente, gracias al cual éste obra independientemente de la voluntad del principal y siempre en su lugar, siendo indiferente que use su nombre, porque los efectos de su posición jurídica y de su actuación son impuestos por una norma.

A diferencia de la voluntaria, la representación legal es necesaria, porque, en ella, el representado requiere forzosamente que otra persona exprese y manifieste su voluntad en sus relaciones con terceros.

Las personas llamadas por la ley a suplir la incapacidad de quienes no pueden desempeñar su voluntad se llaman representantes legales; porque la ley misma les atribuye el poder de ejercer los derechos de otras personas a quienes, según los casos, representan o autorizan.

No hay unanimidad doctrinal a la hora de considerar la representación legal como una verdadera representación, manifestando, las tesis más combativas, que allí donde no hay voluntad no puede haber representación.

Además, muchos autores entienden que la representación de las personas jurídicas, y más concretamente de las sociedades, constituye algo distinto de la representación legal.

Se dice que la representación de las sociedades la ostentan sus órganos de administración y que éstos son nombrados por la voluntad de los socios manifestada en sus órganos de gobierno.

Así, puesto como ejemplo, del artículo 123 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se deduce que el nombramiento de los administradores y la determinación de su número, en el caso de que los estatutos no señalen más que el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general, no requiriéndose la cualidad de accionista para ser nombrado administrador.

A su vez, esos administradores pueden nombrar apoderados; siendo obligatoriamente inscribibles, en la hoja del Registro Mercantil correspon-



diente a la sociedad, tanto el nombramiento y el cese de los administradores, como los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución; cesando esa obligación cuando se trate de poderes generales para pleitos o concedidos para la realización de actos concretos, según el artículo 94 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Registro Mercantil.

Por todo ello, a la representación de las sociedades y, en general de las personas jurídicas, se la suele estudiar como una categoría separada, con el nombre de representación orgánica.

Aunque la distinción que prefiero destacar es la que marca la diferencia entre la representación voluntaria y el resto, no conviene desbaratar el esquema que maneja universalmente la doctrina española, refractario a incluir la representación de las personas jurídicas como una subespecie de la legal, pues ni tienen el mismo origen, ni presentan el mismo contenido, ni subvienen en la misma necesidad. Por ello ordenaré el epígrafe distinguiendo la representación voluntaria de la legal y de la llamada orgánica.

## **2.a) La representación legal**

Partiendo de que, para los efectos civiles, sólo se reputa nacido el feto que tenga figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, añade nuestro Código Civil que el nacimiento determina la personalidad (es decir, el comienzo de la persona física desde el punto de vista civil) y la muerte la extingue (artículos 29, 30 y 32 del Código Civil).

La capacidad jurídica de la persona física es su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, para ejercitar los unos y contraer las otras personalmente, y para comparecer en juicio por sí misma.

La capacidad de obrar o de ejercicio consiste en la cualidad jurídica de la persona que fija los términos de la eficacia de los actos que realiza según su condición civil.

A diferencia de la capacidad jurídica, que es total, igual e inmutable, la capacidad de obrar puede ser parcial, esto es, puede habilitar a su titular para realizar todos los actos de la vida civil o sólo algunos de ellos; puede ser distinta en una y otra persona; y puede variar conforme lo haga la condición o situación civil del sujeto.



El Código Civil español no regula ordenadamente la capacidad de las personas físicas y sus limitaciones, sino que ambas deben deducirse del examen de múltiples disposiciones, entre las cuales, con mero ánimo ejemplar, podemos mencionar las siguientes: capacidad para ser albacea (artículo 893 del Código Civil), para hacer donaciones (artículo 624 del Código Civil), para celebrar el contrato de compraventa (artículo 1.457 del Código Civil), para aceptar la herencia (artículo 992 del Código Civil), para adoptar y ser adoptado (artículo 175 del Código Civil), para adquirir la posesión (artículo 443 del Código Civil), para arrendar (artículo 1.548 del Código Civil), para hacer donaciones por razón de matrimonio (artículo 1.338 del Código Civil), para otorgar capitulaciones matrimoniales (artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil), para pagar, en las obligaciones de dar (artículo 1.160 del Código Civil), para pedir la partición de la herencia (artículos 1.053 y 1.054 del Código Civil), para repudiar la herencia (artículo 992 del Código Civil), para suceder (artículos 744 y 745 del Código Civil), para ser testigo en los testamentos (artículo 681 del Código Civil), para testar (artículos 662 y 663 del Código Civil), capacidad del mayor de edad (artículo 322 del Código Civil) y capacidad del menor emancipado para ser mandatario (artículo 1.716 del Código Civil).

La capacidad de obrar plena o normal es la que corresponde a la persona física mayor de edad, no incapacitada legalmente.

La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos (artículo 315 del Código Civil), otorgando capacidad al sujeto para la realización de todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas, en casos especiales, por la ley (artículo 322 del Código Civil).

La capacidad de obrar limitada obedece a la concurrencia de ciertas causas: la minoría de edad, la emancipación y el beneficio de la mayor edad; la desaparición y la ausencia; y la prodigalidad y la incapacitación; a las que habría que añadir la situación del deudor concursal, con el alcance que determina el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (declaración concursal que podrá afectar a cualquier deudor, sea persona natural o jurídica).

Esas circunstancias hacen que las personas afectadas por ellas no puedan realizar, en diferente medida, actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse ese defecto a través de representantes legales.

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres, que comprende la facultad paterna de representarlos y de administrar sus bienes (artículo 154 del Código Civil).



Si los padres viven juntos, lo normal es que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores (artículo 156 del Código Civil).

Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados cuando la sentencia lo hubiese establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda curatela; y los menores que se hallen en situación de desamparo, están sujetos a tutela (artículo 222 del Código Civil), siendo el tutor el representante del menor o incapaz, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, al disponerlo expresamente así la ley o una sentencia judicial (artículo 267 del Código Civil).

Aunque se suele considerar que los padres, que sean representantes del menor emancipado, el curador y el defensor judicial, más que ejercer propiamente la representación del menor, complementan su capacidad, conviene referirse aquí a ellos, respetando fielmente el lenguaje usado por el Código Civil.

Los emancipados cuyos padres fallecieran o quedasen impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieran el beneficio de la mayor edad, los declarados pródigos y los incapacitados que por declaración judicial estén sometidos a esta forma de guarda, están sujetos a curatela (artículo 286 del Código Civil).

Los curadores asistirán a quienes estén bajo su auxilio, con la extensión que cada caso requiera, conforme a lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 287 y siguientes del Código Civil.

En los casos descritos en los artículos 299 y concordantes del Código Civil, se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de los menores incapacitados o de cualquier otra persona sujeta a la patria potestad, a tutela o a curatela que lo precise, el cual tendrá las atribuciones que le conceda el juez (artículo 302 del Código Civil).

Como situación previa a la declaración de ausencia, puede el juez, a instancia de parte interesada, nombrar al desaparecido un defensor que lo auxilie y represente.

Corresponde dicha representación al cónyuge presente, mayor de edad y no separado legalmente; acudiéndose, en su defecto, al nombramiento de alguna de las otras personas que señala el artículo 181 del Código Civil.

Incumbe la representación del declarado ausente, la pesquisa de su paradero, la protección y administración de sus bienes, y el cumplimiento de sus obligaciones, a las personas señaladas en el artículo 184 del Código Civil: pri-



mero, al cónyuge presente, mayor de edad, no separado legalmente o de hecho; en su defecto, al hijo mayor de edad, siendo preferido, si fueran varios, el que conviviese con el ausente, elegido de mayor a menor; faltando los citados, al ascendiente más próximo de menos edad, de una y otra línea; y, finalmente, por carecimiento de los antedichos, a los hermanos mayores de edad que hayan convivido con el ausente, escogiéndose al mayor sobre el menor.

Como epílogo de lo anterior, podemos referir que nuestra ley civil, sin atribuir la representación legal del menor o del presunto incapaz a su guardador de hecho, admite la validez de los actos que éste realice en su interés, no pudiendo ser impugnados si redundan en provecho de aquéllos (artículo 303 del Código Civil).

Aunque no estén sujetos a inscripción en el Registro Civil la patria potestad, la representación de las personas jurídicas y los apoderamientos voluntarios, sí son objeto de la misma *«los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos»* (artículo 283 del Real Decreto, de 14 de noviembre de 1958, por el que se publica el Reglamento del Registro Civil).

Los cargos han de ser inscritos sobre la base del correspondiente testimonio judicial o de otro documento público suficiente que acredite la toma de posesión (artículo 286 del Reglamento del Registro Civil).

Deben expresarse especialmente en la inscripción, entre otras menciones, *«las facultades de representación conferidas en el título de nombramiento y las limitaciones igualmente impuestas, si no constan en la inscripción del hecho que motiva la representación legal»*, así como la fecha de la toma de posesión.

En las inscripciones de modificación, deberá expresarse claramente el alcance de ésta (artículo 289 del Reglamento de Registro Civil).

## 2.b) La representación orgánica

Roberto de Ruggiero definió la persona jurídica como una *«unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes, a los que, para la consecución de un fin durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales»*.

Savigny, por su parte, consideró a las personas jurídicas como seres creados artificialmente, capaces de poseer bienes y de tener patrimonio.



Resumiendo, Paul Pic distingue tres grandes corrientes doctrinales explicativas de la naturaleza de las personas jurídicas: 1) La teoría clásica de la ficción legal, elaborada por Savigny, para quien la persona jurídica es una creación legal, sin base real en el mundo, 2) La teoría de la realidad que mantiene la existencia indudable de las personas morales, que son sujetos ciertos, tal y como afirma Gierke, para el que la corporación es una «*realer Gesamtperson*», una persona real formada por seres humanos, reunidos y organizados en una existencia corporativa, que tiende a la consecución de fines que se extienden más allá de los intereses individuales de sus miembros, y 3) La teoría de la propiedad colectiva o del patrimonio en afectación. En realidad se trata de dos teorías contrapuestas: la del patrimonio afectado, defendida por los autores alemanes Alois von Brinz y Ernst Immanuel Bekker, que postulan la posibilidad de patrimonios sin dueño, basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que formen parte de ellos; y la de la propiedad colectiva o patrimonio colectivo, sustentada por Marcel Planiol, quien mantiene que la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa, no pudiendo haber otros titulares de derechos y obligaciones que los seres humanos.

En pleno movimiento codificador, algunos textos, admitiendo la concepción «*savigniana*» de la persona jurídica, concebida a modo de una ficción teórica, fueron más allá en lo que toca a su representación, que es de lo que aquí tratamos.

Como espécimen, el artículo 545 del Código Civil chileno de 1885, tiene el siguiente tenor: «*Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*».

Muchos autores niegan la aplicación del concepto de representación a la que tiene por objeto el funcionamiento y la administración de las personas jurídicas, y consideran que sólo una figura distinta puede explicar la formación y la expresión de su voluntad.

Si admitimos que la capacidad jurídica de una persona consiste en poder obligarse por sí misma sin el ministerio o la autorización de otra, está en la naturaleza de la persona jurídica, poseedora de una existencia ideal o abstracta, impuesta por la ley, que no pueda formar ni declarar su voluntad sino sirviéndose de personas naturales dotadas de inteligencia y de voluntad.

Partícipes de una de las corrientes doctrinales alemanas de la segunda mitad del siglo XIX, Otto Friedrich von Gierke y Hugo Preuss propusieron la



teoría del órgano para explicar la formación y el modo de expresión de la voluntad en las personas jurídicas.

Siguiendo ese hilo, Internet nos regala una sentencia muy posterior (Sentencia de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo del 04/05/60. Gaceta forense No. 28. II Etapa. Pág. 133-134) del Tribunal Supremo de Justicia de la ahora llamada República Bolivariana de Venezuela, que reza de este modo, en un claro eco de la vieja teoría orgánica: *«En sentencia del 3 de agosto de 1959 esta Corte dejó establecido que cuando las sociedades o compañías litigan a través de las personas naturales que les sirven de órganos, no se trata de una persona que representa propiamente a otra; sino que, es la misma persona la que actúa en juicio y se presenta por sí, sólo que, como entes no corpóreos que son, están imposibilitados de presentarse o manifestarse en la vida real de otro modo que no sea por medio de esas personas naturales...Las referidas personas jurídicas «no pueden llevar a cabo actos judiciales sino por medio de sus órganos-oficios institucionales y permanentes, los cuales se encarnan a su vez en las personas físicas legalmente investidas «pro tempore» de esos mismos oficios. Esto último no es un fenómeno de incapacidad legal, sino que proviene «ex necesse» de la naturaleza misma de tales personas, que no comen, ni beben, ni se visten. Lo anterior no quita para que, también respecto de las personas jurídicas, se acostumbre a hablar, aunque impropriamente, de representación; mejor, aunque no fuera lo ideal, se podría hablar, en todo caso, de representación orgánica»*, (el último entrecomillado también va en la sentencia; aunque es de Enrico Redenti. «*Derecho Procesal Civil*». 1957).

Pese a todo lo dicho, no faltan quienes consideran que sí existe verdadera representación en la expresión de la voluntad de las personas jurídicas y en sus efectos, pues en ellos se dan las notas propias de la representación voluntaria y legal de las personas físicas: 1) Interposición realizada por personas naturales, 2) Actuación en nombre de otro, y 3) Atribución al representado de los efectos de los actos realizados por el representante.

La representación de las personas jurídicas es necesaria, pues la entidad sólo puede obrar a través de las personas físicas que las representan; es permanente, ya que, para la actividad válida de la persona moral debe darse, al menos teóricamente, desde su constitución hasta su extinción (aunque actúen sucesivamente varias personas físicas investidas «*pro tempore*»); y se trata de una representación legal, pues es atribuida por la ley.



Expongo seguidamente las características de la representación orgánica en diferentes clases de personas jurídicas, superando el mero análisis ejemplar, aunque sin el ánimo de ser exhaustivo, pues ese intento requeriría, por sí sólo, una extensa y exclusiva monografía.

Por no tener personalidad propia, diferenciada de la de sus miembros, no hago sino mención de las comunidades de bienes, reguladas en los artículos 392 y siguientes, del Título III del Libro II, del Código Civil, así como de las llamadas sociedades civiles internas, caracterizadas por el hecho de que los pactos entre sus socios se mantienen secretos, siendo ellos mismos los que contratan en su propio nombre con los terceros; dichas sociedades, a las que se refiere el artículo 1.669 del Código Civil, también carecen de personalidad jurídica y le son de aplicación las normas de la comunidad de bienes.

Tampoco me ocupo de las denominadas Uniones Temporales de Empresas, que son meros sistemas de colaboración entre empresarios, constituidos, por algún tiempo, con el objetivo de desarrollar o ejecutar una obra, prestar un servicio o entregar un suministro, y que carecen de personalidad jurídica (artículo 7 de la Ley 18/1982), rigiéndose, en buena medida, por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

### *2.b1) Las fundaciones y las asociaciones*

En muchos manuales pueden verse clasificadas las personas jurídicas en asociaciones y fundaciones, atendiendo a la estructura interna de su organización.

La persona jurídica de tipo asociativo está constituida por la agrupación de una pluralidad de personas, que son sus miembros, rigiéndose generalmente la vida del grupo por la voluntad mayoritaria de aquéllos. Su actividad tiende a satisfacer un interés general, que es el del común de los socios.

Son ejemplos de esas personas morales las asociaciones civiles o las sociedades mercantiles.

A las asociaciones, por ser entes basados en la agrupación de individuos, se las denomina también uniones de personas o «*universitas personarum*».

Ciertas asociaciones, que usualmente tienen naturaleza pública, reciben el nombre de corporaciones.



No suele ponerse en duda su naturaleza asociativa y normalmente persiguen fines de utilidad pública (las cámaras de comercio o las universidades) o agrupan a personas que realizan la misma actividad laboral o profesional (los colegios profesionales); sin embargo la denominación empieza a ser dudosa, dada la creciente irrupción en nuestro lenguaje jurídico de lo anglosajón, donde «*corporation*» tiene, sin más calificativos, el significado de sociedad anónima.

Frente a las asociaciones, las fundaciones no se basan en la congregación de personas sino en la organización de un patrimonio por un acto del fundador para la persecución de un fin lícito.

La fundación presupone la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes (que constituye el substrato real y esencial de la persona moral) a una finalidad. No existe una base personal en esas entidades, aunque sean creadas por personas físicas, y dirigidas y administradas por ellas. Ese es el motivo de que se las conozca con las expresiones «*universitas rerum*» o «*universitas bonorum*», puesto que, según una extendida opinión, el ente al que la ley concede personalidad jurídica es un conjunto de bienes, organizados según ciertas reglas y destinados a un fin determinado.

En nuestro derecho, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones vino a desarrollar el derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución de 1978.

Para esa Ley, son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado su patrimonio, de modo duradero, a la realización de fines de interés general (artículo 2 de la Ley 50/2002).

Las fundaciones deben beneficiar a colectividades genéricas de personas; pero en ningún caso pueden destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o a personas ligadas a ellos con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Las fundaciones tienen personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. Sólo las entidades inscritas en tal registro podrán utilizar la denominación de «*fundación*».

Muchas son las diferencias entre asociaciones y fundaciones, pero me inclino a destacar la que se fija en su modo de dirección y administración.



Se dice que las asociaciones son autónomas, con el significado de que están gobernadas por sus miembros asociados, cuyas decisiones forman la voluntad de la persona moral. Eso no es característico de las fundaciones, que muchas veces son regidas por un poder ajeno a quien las crea, y que, en tal sentido, son heterónomas, pues nada obliga a que los fundadores estén en el patronato que las gobierna y representa.

Con ese aire de respuesta doctrinal que utiliza nuestro viejo Código Civil en algún enunciado, su artículo 35 viene a decir que son personas jurídicas, de un lado, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y, de otro, las asociaciones de interés particular a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Estas últimas asociaciones, se rigen por las normas que regulan el contrato de sociedad civil o mercantil, según cual sea su naturaleza.

Centrada la instrucción de la persona jurídica con la anterior enumeración, hemos de volver al asunto de su representación, para analizar superficialmente la que conviene a las fundaciones.

### *2.b2) La representación de las fundaciones*

Para crear una fundación de competencia estatal, en España, deben llevarse a cabo los siguientes trámites:

- 1) La elaboración de los estatutos de la fundación.
- 2) La obtención del certificado positivo de denominación, que debe acompañarse a la escritura de constitución; es decir, la acreditación de que una determinada denominación no está previamente inscrita en el Registro de Fundaciones creado por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, mediante el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal.
- 3) El otorgamiento de la escritura pública de constitución, en la que deberán constar al menos:
  - \* Los datos personales de las personas físicas (nombre, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y número de identificación fiscal del fundador o de los fundadores) y de las personas jurídicas privadas (denominación o razón social, nacionalidad, do-



micilio y número de identificación fiscal. Si son asociativas, se requiere el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes. Por su parte, las de índole institucional, deberán contar con el acuerdo de su órgano rector) que las constituyan.

- \* La expresión de la voluntad de constituir la fundación.
  - \* La dotación, su valoración y forma, y la realidad de su aportación.
  - \* Los estatutos de la fundación.
  - \* La identificación de las personas que integran el patronato, y su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.
- 4) La liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en las oficinas de Hacienda de la correspondiente Comunidad Autónoma.
  - 5) La obtención del informe, preceptivo y vinculante, del protectorado, sobre la idoneidad de los fines de la fundación y la suficiencia de la dotación (el protectorado es un órgano administrativo que existe y ejerce su función en los departamentos ministeriales que poseen atribuciones vinculadas con los fines fundacionales), para proceder a su inscripción en el Registro de Fundaciones, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y con el artículo 7.2 del Real Decreto 384/1996.
  - 6) La presentación en el Registro de Fundaciones de la escritura de constitución y de los demás documentos expresados, antes de que pasen seis meses desde el otorgamiento de la aquélla. Una vez inscrita, la fundación adquiere personalidad jurídica.

En toda fundación debe existir, con la denominación de patronato, un órgano de gobierno y representación, que adopta sus acuerdos por mayoría, en los términos establecidos en los estatutos (artículo 14 de la Ley 50/2002).

El patronato de las fundaciones está constituido por un mínimo de tres miembros, que eligen entre ellos a un presidente, y también a un secretario, que puede ser una persona ajena al patronato.

Los patronos empiezan a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones.



Como regla, los patronos que sean personas físicas ejercen su cargo personal y gratuitamente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que les ocasione el cargo en el ejercicio de su función. No obstante lo dicho, puede actuar en nombre y representación de un patrono, otro designado por él (artículo 15 de la Ley 50/2002).

Los estatutos pueden prohibir las delegaciones y los apoderamientos; si no fuera así, al patronato le cabe delegar sus facultades en uno o en más de sus miembros; no siendo delegables la aprobación de las cuentas, las modificaciones estatutarias y la fusión o liquidación de la fundación, entre otros actos.

Cabe señalar, para terminar, que el patronato, que gobierna y representa naturalmente a la fundación, puede a su vez otorgar poderes generales y especiales a personas ajenas a la fundación, que deben inscribirse en el Registro de Fundaciones, así como su revocación (artículo 16 de la Ley 50/2002).

En resumidas cuentas, aun admitiendo que la fundación sea un patrimonio afectado a un fin, en la práctica, esa persona moral se gobierna de un modo muy parecido al de una asociación, pudiendo incluso desdibujarse la absoluta separación entre patrimonio y fundador, al poder éste actuar como patrono e incluso recibir un estipendio (artículo 15.4 de la Ley 50/2002).

Expuesto brevemente el caso de las fundaciones, corresponde ahora hacer una sucinta mención al enmarañado mundo de las asociaciones.

### *2.b3) La representación de las asociaciones*

Comenzando por lo general, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, desarrolló el derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución española de 1978, estableciendo las normas esenciales que traman el régimen jurídico de las asociaciones sin fines de lucro que no estén sujetas a uno específico.

Quedan por ello excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas, las federaciones deportivas, las asociaciones de consumidores y usuarios, así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. También resultan excluidas las comunidades de bienes y propietarios, las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, las cooperativas y las mutualidades,



así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico. Tampoco pueden incluirse las corporaciones llamadas a ejercer, por mandato legal, determinadas funciones públicas, cuando desarrollen las mismas (artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2002).

Son menciones obligatorias en los estatutos de una asociación, entre otras, la determinación de sus órganos de gobierno y representación, su composición, las reglas y los procedimientos para la elección y la sustitución de sus miembros, las atribuciones de éstos, la duración de los cargos y las causas de su cese (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002).

Existe un órgano de gobierno, denominado asamblea general, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna, y que debe reunirse, al menos, una vez al año.

Coexiste con el anterior un órgano de representación, sin apelativo específico, del que sólo pueden formar parte los socios mayores de edad que estén en plena posesión de sus derechos civiles. Este órgano de representación gestiona y representa los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la asamblea general.

Las facultades del órgano de representación se extienden a todos los actos propios de los fines perseguidos por la asociación, siempre que no requieran, viendo los estatutos, autorización expresa de la asamblea general.

Es una máxima de la asociación que los meros asociados no respondan personalmente de las deudas de aquélla. Son los miembros o titulares de los órganos de gobierno y de representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, quienes responden ante ésta, ante los asociados y ante los terceros, por los daños causados y las deudas contraídas como consecuencia de sus actos dolosos, culposos o negligentes. Cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ninguno individualmente, responderán todos solidariamente, a menos que acrediten que no han participado en los actos, omisiones o acuerdos, o que expresamente se opusieron a ellos (artículo 15 de la Ley Orgánica 1/2002).

De lo que se acaba de leer, relativo a la regulación de las responsabilidades, cabe inferir la posibilidad de que sean otorgados poderes a personas ajenas a la asociación, que la personificarán de acuerdo con la extensión de los conferidos.

Aun a riesgo de volver prolija esta parte del trabajo, haré, a continuación, referencia compendiada a la representación de diversas figuras asocia-



tivas, ordenando la exposición en atención a la naturaleza que corrientemente se les atribuye, abandonando la esperanza de agotar el asunto, dada la permanente aparición de nuevos tipos por impulso de los distintos fines mercantiles, financieros y fiscales en los que se fundamenta su creación.

#### 2.b4) *La representación de las sociedades civiles*

*«La sociedad civil es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias»* (artículo 1.665 del Código Civil).

A esta definición legal podríamos añadir otra, doctrinal y más compleja, que entiende por sociedad el contrato consensual, bilateral o plurilateral, y oneroso, mediante el cual dos o más personas ponen en común dinero, trabajo o ambas cosas, para dedicarlos a un objeto lícito cualesquiera, con el fin de obtener un lucro común y divisible entre ellos, según las reglas o estatutos que estipulen, siendo requisito imprescindible otorgarlo en escritura pública cuando se aporten bienes inmuebles (artículo 1.667 del Código Civil), los cuales deberán inventariarse.

El artículo 1.670 del Código Civil señala que *«las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente código»*.

Las sociedades civiles, con objeto y forma civil, se rigen por el contrato que las constituye y por las disposiciones del Código Civil. En esas normas, se regulan separadamente la administración y la representación de la sociedad.

*La administración consiste en la realización de todas las actividades que son precisas para la consecución del fin social, que* habrán de llevarse a cabo por los socios, pues la propia sociedad no puede actuar por sí sola.

La administración afecta a las relaciones internas de la sociedad y se regula en el marco de lo establecido por los artículos 1.692 al 1.695 del Código Civil. En ellos se enuncian las siguientes reglas:

- 1) En el caso de que se hubiese nombrado un solo administrador en el contrato constitucional, el socio designado puede llevar a cabo todos los actos a los que alcance la administración de la sociedad, a pesar de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe;



- y su poder es irrevocable sin causa legítima (artículo 1.692, párrafo primero del Código Civil).
- 2) A diferencia del caso anterior, el poder del socio administrador nombrado con posterioridad a la celebración del contrato de sociedad en el que no se hubiese acordado conferirlo, puede revocarse en cualquier momento (artículo 1.692 del Código Civil).
  - 3) Cuando dos o más socios hubiesen sido encargados de la administración social sin que se hubieran determinado sus funciones o sin haberse expresado que no pueden obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejecutar todos los actos relativos a la administración de la entidad separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro u otros, antes de que aquéllas produzcan su efecto legal (artículo 1.693 del Código Civil).
  - 4) Cuando el nombramiento de administradores recae mancomunadamente sobre varios socios, por haberse estipulado que *«los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad»* (artículo 1.694 del Código Civil).

Por último, el artículo 1.695 del Código Civil establece una serie de normas para el caso de que nada se hubiera dicho, sobre el modo de ejercer su administración, en las estipulaciones del contrato de sociedad:

- 1.ª) *«Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal».*
- 2.ª) *«Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros».*
- 3.ª) *«Todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes».*



- 4.ª) *«Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad».*

Como criterios de la administración de la sociedad civil, con objeto y forma civiles, podemos señalar los siguientes:

- a) Tradicionalmente la doctrina considera que la función del administrador se realiza a través de un mandato conferido por el resto de los socios.
- b) La administración constituye un derecho y a la vez una obligación, lo que no impide que pueda ser elegido un tercero, ajeno a la sociedad y, por lo tanto, no socio, para el ejercicio de dichas funciones, como factor o representante voluntario; el problema se plantea desde el punto de vista de que el tercero ocupe la posición del propio órgano de administración, negando dicha posibilidad la mayoritaria doctrina en virtud del carácter *«intuitu personae»* del propio contrato de sociedad.

La representación de la sociedad civil se regula bajo la rúbrica *«De las obligaciones de los socios para con un tercero»*, en los artículos 1.697 y siguientes del Código Civil:

*«Para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, se requiere: 1) Que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad, 2) Que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito, y 3) Que haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato»* (artículo 1.697 del Código Civil).

*«Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello.*

*La sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo, pero queda obligado para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la regla 1ª del artículo 1.695»* (artículo 1.698 del Código Civil).



Para concluir, y por lo que se refiere al modo de reclamación de las deudas, el artículo 1.699 del Código Civil declara: *«Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social».*

### 2.b5) La representación de las cooperativas

Cuando se trata de clarificar el régimen jurídico aplicable a las cooperativas, resulta esencial hacer referencia a su naturaleza jurídica. Existen posturas divergentes entre quienes sostienen que la cooperativa es una sociedad y quienes consideran que tiene más de asociación, o entre quienes entienden que poseen un carácter mercantil o gozan de naturaleza civil; esas controversias dependen, en gran medida, de las corrientes nacionales predominantes, de las peculiaridades de cada ordenamiento positivo y de la forma de enfocar el fenómeno cooperativo por quienes se ocupan de su estudio.

En mi opinión, la cooperativa es una institución *«sui generis»*, que no puede confundirse con la sociedad ni con la asociación, ni tampoco con las formas jurídicas de agrupación de personas de carácter sindical o profesional.

En nuestro país, al asumir las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en la regulación de las cooperativas, la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, sólo es de aplicación a las que desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, y a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

La Ley 4/1999, de 30 de marzo, de cooperativas de la Comunidad de Madrid, comienza así su preámbulo: *«Las sociedades cooperativas, que hunden sus raíces en el movimiento obrero, han llevado dentro de sí históricamente principios democráticos como la solidaridad y el progreso. La Comunidad Autónoma de Madrid tiene dos razones del máximo rango para abordar la regulación de las sociedades cooperativas: por un lado, el mandato constitucional de fomento de estas entidades, mediante una legislación adecuada, contenido en el artículo 129.2 de nuestra Carta Magna; por otro lado, la competencia exclusiva, respetando la legislación mercantil y laboral, para le-*



*gislar en materia cooperativa, reconocida en el artículo 26.1.14 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid».*

Las cooperativas madrileñas son asociaciones autónomas de personas, tanto físicas como jurídicas, que se unen de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, ajustando su estructura y funcionamiento a los principios y valores formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la Ley 4/1999 (artículo 1 de la Ley 4/1999).

Pueden tener por objeto cualquier actividad económica y social lícita, y deberán incluir necesariamente en su nombre los términos «*Sociedad Cooperativa Madrileña*», o su abreviatura: «*S. Coop. Mad.*»; denominación que no podrá ser utilizada por ningún otro tipo de entidad (artículo 3 de la Ley 4/1999).

El capítulo XI de la Ley 4/1999, reconoce las siguientes clases de cooperativas: cooperativas de trabajo (artículo 105 de la Ley 4/1999), cooperativas de iniciativa social (artículo 107 de la Ley 4/1999), cooperativas de comercio ambulante (artículo 108 de la Ley 4/1999), cooperativas agrarias (artículo 109 de la Ley 4/1999), cooperativas de explotación comunitaria (artículo 110 de la Ley 4/1999), cooperativas de servicios empresariales y de servicios profesionales (artículo 111 de la Ley 4/1999), cooperativas financieras de crédito y de seguros (artículo 112 de la Ley 4/1999), cooperativas de consumidores y cooperativas de escolares (artículo 113 de la Ley 4/1999), cooperativas de viviendas (artículo 114 de la Ley 4/1999), cooperativas de enseñanza (artículo 119 de la Ley 4/1999), cooperativas de sectores (artículo 120 de la Ley 4/1999), cooperativas de integración social (artículo 121 de la Ley 4/1999) y cooperativas integrales (artículo 122 de la Ley 4/1999).

Además existen cooperativas de primer grado (de socios), que deberán estar integradas al menos por tres socios, y de segundo grado (de cooperativas), que estarán compuestas al menos por dos cooperativas (artículo 8 de la Ley 4/1999).

Las cooperativas se constituyen mediante escritura pública, que debe inscribirse en el Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, y tienen personalidad jurídica desde el momento de la inscripción (artículo 7 de la Ley 4/1999).

Los órganos fundamentales de las cooperativas madrileñas son: la asamblea general y el consejo rector.



La asamblea general de la cooperativa es el órgano supremo de la expresión de la voluntad social, constituida para deliberar y adoptar acuerdos por mayoría en las materias propias de su competencia. Los acuerdos de la asamblea general obligan a todos los socios, incluso a los ausentes y disidentes.

*«Corresponde en exclusiva a la Asamblea general la adopción de los siguientes acuerdos: a) Nombramiento y revocación, por votación secreta, de los administradores, los Interventores y los liquidadores, así como, en su caso, de los miembros del Comité de recursos y el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los mismos...»* (artículo 29 de la Ley 4/1999).

El consejo rector es el órgano de gobierno, gestión y representación de la cooperativa, y controla y supervisa de forma directa y permanente la gestión de la misma; ejerce todas las funciones que no estén expresamente atribuidas, por la Ley o por los estatutos sociales, a otros órganos sociales.

Cuando el número de socios de la cooperativa no sea superior a diez, y si los estatutos así lo prevén, podrá existir un administrador único o dos administradores que actuarán solidaria o conjuntamente según disposición estatutaria, con mandato bienal y reelegibles, que, una vez prestadas las garantías que fijan los estatutos o la asamblea general, podrán actuar como tales hasta que concluya el ejercicio en que se supere aquel umbral numérico.

*«La representación del Consejo se extenderá, en juicio o fuera de él, a todos los actos comprendidos en el objeto social. Cualquier limitación de las facultades representativas del citado órgano será ineficaz frente a terceros»* (artículo 39 de la Ley 4/1999).

Por lo tanto, la representación natural de la cooperativa recae en el consejo rector, lo que no es impedimento para que, por acuerdo suyo, pueda ser elegido un tercero, ajeno a la cooperativa, representante voluntario de la misma.

Los poderes están sujetos a publicidad registral, según se desprende de lo dispuesto en el Decreto 177/2003, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

Este Decreto considera que han de ser objeto de inscripción obligatoria los siguientes actos, entre otros: *«... g) La delegación permanente de facultades del Consejo Rector, en la Comisión Ejecutiva o en dos Consejeros Delegados mancomunados, según lo previsto en el artículo 42.5 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, h) Los poderes generales, así*



*como su modificación, revocación y sustitución, i) El nombramiento y cese del Director, así como las facultades conferidas según las escrituras de otorgamiento, modificación o sustitución y, en su caso, la revocación de poderes... m) La elección de los cargos directivos de las Uniones, Federaciones y Confederaciones de Cooperativas y los apoderamientos otorgados».*

Son potestativas las inscripciones de los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos, el cese de los miembros de cualesquiera órganos sociales y de los auditores, y el nombramiento de los interventores y los auditores (artículo 29 del Decreto 177/2003, de 17 de julio).

Los actos a los que nos hemos referido se presentarán para su inscripción en escritura pública.

No obstante, para la inscripción de los nombramientos y los ceses de cargos, será suficiente un certificado expedido por la cooperativa con firmas legitimadas notarialmente o autenticadas por el encargado del Registro o el encargado adjunto del Registro, mediante su cotejo (artículo 30 del Decreto 177/2003, de 17 de julio).

#### *2.b6) La representación de las sociedades laborales*

*«La finalidad de conseguir nuevos métodos de creación de empleo, fomentando a la vez la participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2 de la Constitución, es una preocupación constante de la sociedad a la que no es ajena el legislador»* (Exposición de motivos de la Ley 4/1997), ese es el principal motivo que llevó a la publicación de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

El artículo 1 de la Ley 4/1997, define la sociedad laboral del siguiente modo: *«Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, podrán obtener la calificación de Sociedad Laboral cuando concurren los requisitos establecidos en la presente Ley».*

La Ley 4/1997, de 24 de marzo, dibuja las líneas maestras del concepto de sociedad laboral sobre la base de las siguientes características: a) La mayoría del capital debe ser propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya



relación (laboral) lo sea por tiempo indefinido, b) La fijación de un límite al conjunto de los trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido, c) La fijación del máximo de capital que puede poseer cada socio, d) La existencia de dos tipos de acciones o participaciones según sus propietarios sean trabajadores o no, e) El derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las acciones o de las participaciones de carácter laboral, y f) La constitución de un fondo de reserva especial destinado a compensar pérdidas.

Esas ideas matrices son la justificación de los beneficios fiscales que se reconocen a estas sociedades; se añaden además, como requisitos que garantizan el mantenimiento de su carácter: la adición del adjetivo «*laboral*» al nombre que ostenten, la adscripción al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de las competencias para calificar como laboral a una sociedad determinada, y la creación de un Registro administrativo que sirva de control de sus características. Todo ello sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Todas esas peculiaridades de las Sociedades Laborales son las que llevan a muchos autores a defender su naturaleza «*sui generis*», específicamente laboral, pese a adoptar la forma de las anónimas o las limitadas.

En todo lo no previsto en el texto de la Ley 4/1997, serán de aplicación a las Sociedades Laborales, con carácter general, las normas correspondientes a las Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada, según la forma que aquéllas ostenten, con algunas excepciones que resultan indispensables para mantener su naturaleza. Por ello, en materia de representación, se les aplican las mismas reglas que se describen a continuación para las sociedades anónimas y limitadas ordinarias.

### 2.b7) *La representación de las sociedades mercantiles*

El Código de Comercio de 1885, señala que las sociedades mercantiles deben constituirse, por regla general, adoptando alguna de las formas siguientes: regular colectiva, comanditaria, simple o por acciones, responsabilidad limitada o anónima (artículo 122 del Código de Comercio).

La **sociedad colectiva** es una sociedad mercantil personalista, en la cual todos los socios, bajo un nombre común, se comprometen a participar, en la proporción que se establezca, de los mismos derechos y obligaciones, respon-



diendo solidaria e ilimitadamente, con sus propios bienes, de las deudas que no pudieran cubrirse con el capital social.

El nombre de la sociedad colectiva debe formarse con el nombre de los socios, o con el de alguno o algunos de ellos, añadiendo la expresión «*Compañía*».

En las sociedades colectivas, puede haber dos tipos de socios: los industriales, que solamente aportan trabajo, y los colectivos, que aportan trabajo y bienes. La gestión efectiva de la sociedad la hacen, habitualmente, los socios colectivos o, de entre éstos, los socios en quien se delegue la administración de la firma.

Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado, por un acto especial, a alguno de los socios, todos tienen la facultad de concurrir a la dirección y al manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para llevar a cabo todas las actuaciones que interesen a la sociedad.

En estas compañías, el sistema de administración es peculiar: si hay socios administradores, los demás no pueden estorbar su trabajo; pero si, a despecho de la regla que determina que no debe adquirirse ninguna obligación nueva para la sociedad contra la voluntad expresa de uno de los socios administradores, se llegase a contraer alguna obligación, ésta no se anularía y surtiría todos sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que hubiesen sujetado a la sociedad respondan a la masa social por el quebranto que ocasionaren (artículo 130 del Código de Comercio).

Se trata de sociedades externas, es decir que actúan y responden frente a los terceros como personas distintas a las de sus socios. Su principal inconveniente es que la responsabilidad de los socios colectivos es siempre ilimitada; por ese motivo es un tipo societario poco frecuente en la práctica mercantil, máxime como marco de actividades económicas que representen un cierto riesgo.

La **sociedad comanditaria** es una sociedad de tipo personalista que se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales y participan en la gestión de la sociedad, y de socios comanditarios, que no participan en la gestión y cuya responsabilidad se limita al capital aportado o comprometido.

La compañía en comandita gira bajo el nombre de todos los socios colectivos, de algunos de ellos o de uno sólo, debiendo añadirse, en estos dos



últimos casos, al nombre o nombres que se expresen, las palabras «y *Compañía*», y en todos, la locución «*Sociedad en comandita*» (artículo 146 del Código de Comercio). Ese nombre constituye la razón social de la compañía. Si algún socio comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social, quedará sujeto, respecto a las personas extrañas a la compañía, a las mismas responsabilidades que los gestores, sin adquirir más derechos que los correspondientes a su calidad de comanditario (artículo 147 del Código de Comercio).

Todos los socios colectivos quedarán obligados personal y solidariamente a las resultas de las operaciones de ésta, en los propios términos y con igual extensión que los de la colectiva, según dispone el artículo 127 del Código de Comercio.

En las compañías colectivas y comanditarias simples lo ordinario es que todos, algunos o alguno de los socios colectivos sean los administradores de la sociedad y la representen. Los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni siquiera en calidad de apoderados de los socios gestores.

Dado el carácter personalista de esas sociedades, no es habitual que se concedan poderes a personas extrañas a las compañías, si no es para actuaciones ajenas su tráfico que requieran una especial pericia (por ejemplo, el otorgamiento de un poder, «*apud acta*» o notarial, para pleitos).

Entre las circunstancias que deben hacerse constar necesariamente en la primera inscripción de las sociedades colectivas y comanditarias simples, se encuentra la expresión de los socios a quienes se encomiende la administración y la representación de la sociedad, así como las cantidades que, en su caso, se asignen a cada uno de ellos anualmente para sus gastos particulares. Si se tratara de un coadministrador nombrado para intervenir la administración de un gestor estatutario, se hará constar así expresamente, con mención de la identidad de los socios que lo hubieran nombrado (artículos 209 y 210 del Reglamento del Registro Mercantil).

Cabe añadir que las sociedades comanditarias se dividen en comanditarias simples, de las que ya hemos hablado, y comanditarias por acciones.

Estas últimas tienen el capital dividido en acciones. Su capital se forma por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo en los términos previstos por los artículos 127 y 137 del Código de Comercio. A las



sociedades en comandita por acciones se les aplicará la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo que resulte incompatible con las disposiciones del Código de Comercio (artículos 151 y 152 del Código de Comercio).

Las **sociedades de responsabilidad limitada** se regulan fundamentalmente por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. En ellas, el capital, que está dividido en participaciones sociales, se integra por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. En su denominación han de figurar necesariamente las expresiones «*Sociedad de Responsabilidad Limitada*» o «*Sociedad Limitada*», o sus abreviaturas: «*S.R.L.*» o «*S.L.*».

La estructura del órgano de administración de una sociedad constituye una de las menciones más importantes de sus estatutos. En general, los ordenamientos jurídicos permiten que cada sociedad pueda organizar su administración de la forma que estime más conveniente; no imponen una estructura rígida y predeterminada al órgano administrativo y permiten que, a través de los estatutos, se opte entre varias formas alternativas, de las que suelen ser admitidas las siguientes:

- 1) administrador único,
- 2) varios administradores solidarios, que podrán actuar indistintamente en nombre de la sociedad,
- 3) dos o más administradores conjuntos o mancomunados, que deberán actuar conjuntamente de común acuerdo, y
- 4) un consejo de administración, que ejercerá colegiadamente la representación de la sociedad.

En las sociedades de responsabilidad limitada, la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores (artículo 62.1 de la LSRL).

La atribución del poder de representación a los administradores se rige por las siguientes reglas:

- a) Si hubiera un administrador único, el poder de representación corresponde necesariamente a éste.
- b) Si existen varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposi-



- ciones estatutarias o de los acuerdos de la junta general sobre distribución de facultades, que tienen un alcance meramente interno.
- c) Si se prevén varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejerce mancomunadamente al menos por dos de ellos, en la forma determinada en los estatutos.
- d) En el caso de que exista consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará como órgano colegiado. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o a varios miembros del consejo de administración a título individual o en conjunto. Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación (artículo 62.2 de la LSRL).

La regulación del ámbito de la representación en la LSRL resulta algo enrevesada por el interés del legislador en proteger la posición jurídica de los terceros de buena fe que se relacionen con la sociedad.

Comienza, el artículo 63 de la LSRL, delimitando el ámbito de actuación dentro del que el administrador puede ejercer su función sin consecuencias extravagantes, al señalar que *«la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos»* (artículo 63.1 de la LSRL).

El administrador, por lo tanto, puede llevar a cabo todos los actos que quepan dentro del objeto social de la compañía; bien entendido que, en una unidad económica, los actos de administración son aquéllos que mantienen la integridad del patrimonio o tratan de aumentarlo, mientras que los actos de disposición implican una modificación sustancial de la composición del patrimonio, consistiendo muchas veces en el egreso extraordinario de bienes o en su gravamen. Dicho con un ejemplo, si contempláramos una empresa productora de bienes manufacturados en una nave industrial, la compraventa de materias primas estaría entre los actos de administración prototípicos de la sociedad, mientras que la venta del inmueble sería un claro acto de disposición.

Sin embargo, la LSRL, después de perfilar el ámbito natural de la actividad a la que alcanza la representación del administrador, declara sin intermisión que *«cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz»*



*frente a terceros»,* lo que viene a decir que, aun admitiendo, en su elusión, la posibilidad de limitar las facultades «*naturales*» del administrador, ese límite sólo afecta a la relación interna entre aquél y la sociedad, por más que goce de publicidad registral, quedando fuera los terceros, en la presunción que éstos juzgan el posible arbitrio del administrador atendiendo exclusivamente al objeto perseguido por la sociedad a la que personifica.

Pero la regulación hecha por la LSRL, aun se enrevesa más cuando afirma que «*la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*» (artículo 63.2 de la LSRL). Si acordamos que la buena fe y la actuación libre de culpa de tercero se presumen y que debe atacarlas quien las niega, desembocaremos en una visión del asunto muy próxima a la anglosajona, en la que, como ya se dijo, tanto en los casos de «*disclosed agency*» como en los de «*undisclosed agency*», el principal y el tercero pueden demandarse entre sí con motivo de un contrato celebrado por el agente de aquél.

Para remate, cabe señalar que no existe impedimento para que, quien actúa por una persona jurídica puede hacerlo en concepto de representante no vinculado de manera permanente a ella, es decir, sin poseer una relación orgánica con ella. Dicho de otro modo, no hay obstáculo para que, por los órganos que determinen los estatutos o por los que ostenten legalmente la representación de la sociedad, se nombren apoderados a personas ajenas a la sociedad que la vinculen frente a terceros.

Con el objeto de adaptar a nuestro ordenamiento diferentes directivas comunitarias, que buscaban, entre otros objetivos, el fomento de las pequeñas y medianas empresas a través de distintas medidas, como la simplificación de los trámites para su constitución y la concesión de ayudas fiscales, se aprobó la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la **sociedad limitada nueva empresa**, que modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El proyecto nueva empresa se fundamenta en tres elementos esenciales:

- 1) el llamado Centro de información y red de creación de empresas (conocido con el acrónimo CIRCE), que es una red de puntos en los que se asesora y se prestan servicios, por vía telemática, a quienes quieran constituir una sociedad de esa naturaleza,



- 2) el régimen jurídico especial de la sociedad limitada nueva empresa. La técnica legislativa adoptada ha sido la de añadir un nuevo capítulo a la LSRL, en el que se regulan todas las singularidades de la nueva empresa, rigiéndose, en todo lo demás, por las disposiciones del régimen jurídico ordinario de las sociedades de responsabilidad limitada, y
- 3) el sistema especial de contabilidad simplificada que se les aplica a estas sociedades.

*«La sociedad Nueva Empresa se regula... como especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada» (artículo 130 de la LSRL); «su denominación social estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca. En la denominación de la compañía deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad Limitada Nueva Empresa» o su abreviatura «SLNE» (artículo 131 de la LSRL).*

Sólo pueden ser socios de una sociedad limitada nueva empresa las personas físicas. Al tiempo de la constitución, los socios no podrán superar el número de cinco.

El capital social de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros. La cifra mínima de capital sólo podrá estar constituida por aportaciones dinerarias.

La junta general de la sociedad nueva empresa se regirá por lo dispuesto en la LSRL, con las especialidades que señala su artículo 138.

Por lo que se refiere a la administración de la sociedad (artículo 139 de la LSRL), podrá confiarse a un órgano unipersonal o a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actuarán solidaria o mancomunadamente. Cuando la administración se atribuya a un órgano pluripersonal, en ningún caso adoptará la forma y el régimen de funcionamiento de un consejo de administración.

La representación de la sociedad corresponderá al administrador único, si ese fuese el modo de gestión elegido; en el caso de existir varios administradores solidarios, a uno cualquiera de ellos; y si fueran mancomunados, a dos cualesquiera de ellos.



Para ser nombrado administrador se requerirá la condición de socio. Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido; no obstante, podrá nombrarse administrador por un período determinado mediante acuerdo de la junta general posterior a la constitución de la sociedad. La remoción del cargo de administrador requerirá acuerdo de la junta general.

Por supuesto, no hay impedimento para el nombramiento de representantes ajenos a la sociedad, con el alcance y los límites que se señalan a las sociedades de responsabilidad limitada.

Para la inscripción de todos los actos concernientes a las sociedades nueva empresa, se crean subsecciones especiales en los Registros mercantiles central y provinciales.

En España, la **sociedad anónima** está regulada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, mediante el que se publicó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que entró en vigor el día 1 de enero de 1990. Muchos de sus preceptos fueron desarrollados posteriormente por diversas normas, entre las que interesa destacar el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Las sociedades anónimas, por su número, tienen una importancia relativa en el conjunto del fenómeno asociativo mercantil.

Del cuadro siguiente, se deduce que, en el año 2002, el total de las sociedades anónimas no laborales que se registraron en nuestro país representó muy poco más del 2,5 % del total de las registradas en el país.

Sociedades mercantiles registradas en España cada año (*)					
Años	1998	1999	2000	2001	2002
Colectivas y comanditarias	21	57	48	20	23
Cooperativas	2.036	1.958	2.506	2.515	2.294
Cooperativas de trabajo asociado	1.426	1.401	1.983	1.926	1.703
Responsabilidad limitada	100.588	100.647	110.492	106.784	111.563
Anónimas	4.069	4.302	4.953	3.844	3.152
Sociedades laborales	3.979	4.522	4.851	5.454	6.013
Total	112.119	112.887	124.833	120.543	124.748

(\*) Datos elaborados por Reinel Tobo Medina, sobre la base de diversos anuarios estadísticos.

La sociedad anónima necesita, como otras personas jurídicas mercantiles, valerse de un órgano, ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a



cabo la gestión cotidiana de la sociedad y que la encarne en sus relaciones jurídicas con terceros.

Su normativa no es muy distinta a la que rige para las sociedades de responsabilidad limitada. El artículo 128 de la LSA afirma que *«la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos»*; seguidamente, su artículo 129 regula el ámbito de la representación en los mismos términos que lo hace, para las limitadas, el artículo 63 de la LSRL.

La **agrupación de interés económico** constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros.

La función que está llamada a desempeñar la agrupación de interés económico en el mercado nacional, la cumple la agrupación europea de interés económico en el ámbito comunitario. Esta última figura asociativa se halla regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio. En la adaptación española del Reglamento, se trató de seguir la pauta del derecho mercantil alemán, que, a la hora de trasladar la norma comunitaria a su ordenamiento interno, estableció, como régimen supletorio, el de la *«sociedad mercantil abierta»* o sociedad colectiva.

La agrupación de interés económico tiene personalidad jurídica y carácter mercantil, y se rige por lo dispuesto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza.

*«En la denominación de la Agrupación deberá figurar necesariamente la expresión «Agrupación de Interés Económico» o las siglas A.I.E., que serán exclusivas de esta clase de sociedades»* (artículo 6 de la Ley 12/1991).

Su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios y carece de ánimo de lucro para sí misma (artículos 1 y 2 de la Ley 12/1991). El objeto de la agrupación de interés económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, no pudiendo la agrupación poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros.

Los socios de la agrupación de interés económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla; siendo su responsabilidad subsidiaria de la de la agrupación (artículo 5 de la Ley 12/1991).



La agrupación de interés económico será administrada por una o varias personas designadas en la escritura de constitución o nombradas por acuerdo de los socios. Salvo disposición contraria de la escritura, las personas jurídicas podrán ser administradores; en este caso, habrá de designarse a una persona natural que actúe como representante suyo en el ejercicio de las funciones propias del cargo (artículo 12 de la Ley 12/1991).

La representación de la agrupación, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores. Cuando los administradores sean varios, cada uno de ellos ostentará por sí solo la representación de la agrupación, a no ser que la escritura de constitución disponga que hayan de actuar conjuntamente dos o más administradores.

En sus relaciones con terceros será ineficaz cualquier limitación a las facultades representativas de los administradores, y la agrupación quedará obligada por los actos realizados por ellos, incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social. No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso, si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto de la agrupación o que, dadas las circunstancias, no podrían ignorarlo (artículo 13 de la Ley 12/1991).

Como colofón, señalaré que, refiriéndose a las sociedades mercantiles a las que sea de aplicación el Reglamento de Registro Mercantil, su artículo 94, que es una disposición general relativa a la inscripción de las sociedades, ordena anotar obligatoriamente en la hoja abierta a cada una de ellas, las siguientes menciones, entre otras: el nombramiento y el cese de los administradores, la concesión de poderes generales y las delegaciones de facultades, además de la modificación, revocación y sustitución de los anteriores. No será obligatoria, sin embargo, la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.

Para finalizar el epígrafe, una vez admitido el carácter necesario de la representación de las personas jurídicas, sería bueno decir algo sobre su representación orgánica, impuesta por la ley, y la estrictamente voluntaria.

La distinción fue acogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1946, donde se afirma que quien actúa por una persona jurídica puede hacerlo en concepto de representante no vinculado de manera permanente a ella o como órgano de la misma; en el primer caso, se da la concurrencia de dos voluntades, la del representante y la de la persona moral



representada, mientras que, en el segundo, la voluntad del órgano se confunde con la de la persona jurídica.

Sin embargo el alcance de esa diferencia en el ámbito mercantil es limitado, porque, en él, la representación de las sociedades se extiende siempre a los actos que pertenezcan al giro o tráfico de la empresa (artículos 63 de la LSRL y 129 de la LSA).



## EL MANDATO

### Introducción

Parece ser que, en la antigüedad, era costumbre de los latinos consagrar a los dioses las partes del cuerpo y sus órganos; y cunde la opinión de que la mano derecha estaba dedicada a la diosa Fides, encarnación de la buena fe en los compromisos. Cada primero de octubre, los sacerdotes acudían al templo de la diosa, alzado por Numa en el Capitolio, y le ofrecían un sacrificio con su mano derecha, símbolo del compromiso, cubierta con un lienzo blanco, figurando el carácter secreto de la palabra dada.

El patrocino de la fe llevaba a quienes la quebrantasen directamente a los infiernos. En el verso seiscientos catorce, del libro sexto de la Eneida, Virgilio pone en el Tártaro, en compañía de quienes odiaron a sus hermanos y alzaron la mano a sus padres, a los traidores. El genial mantuano usó una expresión figurada para describir la acción: «*fallere dextras*», que libremente podría querer decir algo así como «*faltar al apretón de las diestras*»; aunque su significante sea «*quebrantar la fe jurada*», pues, cuando una persona se comprometía o se obligaba a otra, le ofrecía su mano derecha.

Darse la mano en el acto de arreglar una convención no es un signo que esté fuera del común modo de obrar de nuestros ancestros más próximos; aún hoy en día puede verse cómo se concertan acuerdos entrechocando manos en los mercados.

En la Roma primitiva, lo mismo que ahora, la circunstancia de la «*tradi-tio*» no intervenía, como sucedía en otros negocios, en la formación del mandato, donde sólo se podía hallar el abandono de la voluntad de una persona en la fidelidad de otra, para que llevase a cabo una actividad cuyo resultado



dependía de su benevolencia. Por eso la mano dada y recibida era una suerte de gesto dramático, con fondo religioso y trascendencia jurídica, sobre el que descansaba la perfección del mandato y del que resultaba su nombre.

Suele admitirse que la etimología de la palabra mandato se encuentra en la latina «*mandatum*», que procede, a su vez, de «*mandare*» o «*in manu dare*», cuyo sentido originario era «*confiar*». Según una opinión muy extendida, que tiene su fuste en las Etimologías de San Isidoro, el nombre del contrato vino de la expresión «*manus datio*», que era la muestra exterior del negocio, por la que el mandante y el mandatario, en el momento en que lo pactaban, se daban la mano derecha, testimoniando la confianza del uno y la fidelidad que el otro le prometía.

Los cuatro libros de Instituciones del «*Corpus iuris civilis*», son obra de Triboniano, Teófilo y Doroteo, y pronto se destinaron a la enseñanza introductoria del derecho. Es una obra elemental, de estudio e iniciación, elaborada a base de los tratados de los antiguos jurisconsultos, sobre todo de las Instituciones de Gayo; incorporando además extractos de las obras de Paulo, Ulpiano, Marciano y Florentino, junto con fragmentos de las constituciones imperiales y algunos textos acogidos también en el Digesto.

El destino de ese tratado seguramente sobrepasó la idea de sus compositores, pues, aunque fue concebido como un libro destinado a las escuelas de jurisprudencia, recibió el carácter de ley y, desde entonces, formó parte del cuerpo jurídico que más influencia tuvo en Occidente durante trece siglos, sirviendo decisivamente al esfuerzo codificador y ayudando a reinventar el derecho privado en el siglo XIX.

Setecientos años después de su compilación, los estudiantes de Bolonia recitaban el texto de ese manual para memorizar la más genuina clasificación del mandato que nos dieron los romanos, fundada en las cinco categorías siguientes: «*mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum...*» (Inst.3.26.pr).

Es decir, las Instituciones de Justiniano distinguieron cinco clases de mandato:

- 1) En beneficio exclusivo del mandante («*sua tantum gratia*»), que es el caso más corriente.



- 2) En beneficio del mandante y del mandatario («*sua et tua*»), como si una persona encarga a otra que compre un predio para ambas.
- 3) En beneficio de un tercero («*aliena tantum*»); cuando mandamos, por ejemplo, a una persona que administre los negocios de un tercero sin tener nosotros atribuciones para hacerlo. En este caso, al no haber utilidad para el mandante, algunos jurisconsultos entendían que no había mandato propiamente dicho hasta que el mandatario consentía y cumplía, y, hecho esto, quedaba convertido en un gestor de negocios ajenos, respondiendo el mandante de los daños que le sobrevinieran.
- 4) En beneficio del mandante y de un tercero («*sua et aliena*»), como cuando encargo a una persona que compre una villa para mí y para otra persona.
- 5) En beneficio de un tercero y del mandatario («*tua et aliena*»). Pensemos, como ejemplo, en una persona que ordena a otra que haga un préstamo sin interés a un tercero. En esta ocasión, por no haber interés del mandante, tampoco existe mandato propiamente dicho (aunque las Instituciones le diesen consideración de tal, lo mismo que al mandato «*aliena tantum*»). Mirando este caso, Gallo, transcrito en el Digesto, niega la validez del mandato realizado en interés exclusivo del mandatario, considerando que no genera obligaciones ni otorga acción de ningún tipo: «*quod si tua* (aquí se refiere al mandatario) *tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex oe obligatio nascitur*» (D.17.1.2.).

De entre las exposiciones hechas por los romanistas modernos, me quedo con la de José Arias Ramos, cuando afirma que el mandato «*es un contrato consensual, bilateral imperfecto, en el que uno de los contratantes, el mandatario, se obliga a cumplir gratuitamente el encargo que el mandante le hace...*».

En Roma, el mandato se configura como un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin que requiera forma alguna, oral o escrita, ni la «*datio rei*», en su caso.

Pero, para la admisión del mandato tácito, es necesario que se den actos que tengan clara significación jurídica, por implicar una muestra vinculante de la voluntad de conferirlo; dicho de otro modo: no basta con no contra-



decir, se ha de añadir además la posibilidad física y jurídica de oponerse del que consiente tácitamente («*scientia atque praesentia*», o conocimiento del mandato y posibilidad física de resistirse). Sólo en el caso de que converjan esas circunstancias estamos ante una «*patientia*», tolerancia o permisión, que la jurisprudencia equipara a una manifestación tácita.

Cuando se dice que el mandato romano es un contrato consensual, es porque, para su perfección, se requiere el consentimiento verdadero de ambas partes; por eso, si una persona realiza negocios de otro, que lo ignora, no estamos ante un mandato sino frente a un caso de gestión de negocios ajenos o «*negotiorum gestio*».

No es fácil hallar expresamente, en el derecho romano, la distinción entre contratos bilaterales perfectos e imperfectos; pero esa variedad puede deducirse del diferente régimen de acciones previsto para reclamar el cumplimiento de uno y otro tipo de negocios.

Desde la óptica de los deberes que sujetan a los contratantes, en los negocios bilaterales o sinalagmáticos perfectos, las obligaciones contraídas por las partes se corresponden recíprocamente.

El mandato romano se caracteriza por ser un contrato bilateral imperfecto, pues de él sólo derivan, inicialmente, obligaciones para una de las partes, el mandatario, quien ha de cumplir con la mayor exactitud el encargo que se le encomienda, dando cuenta además de su actuación al mandante.

La verdadera «*actio mandati*», la llamada directa, nace en el mandante y se dirige contra el mandatario. Sólo de modo contingente y condicional, si sobrevienen hechos posteriores que sean causa de ello, el mandante puede resultar obligado frente al mandatario, pues le ocupan obligaciones como la de reembolsar con intereses los gastos hechos para él por el mandatario o la de indemnizarlo de todo perjuicio que derive de su culpa o dolo.

En el mandato latino se llamó «*mandator*» al mandante y «*procurator*» al mandatario, que es «*qui mandatam accepit*». Realmente la denominación de «*procurator*» se usaba indistintamente para referirse al «*procurator omnium bonorum*», al «*falsus procurator*» (D.47.2.43.1), que llevaba a cabo la «*negotiorum gestio*», o al «*procurator ad lites*».

No era extraño que el mandatario para la administración de todos los bienes fuera un liberto que, después de manumitido, permaneciera encargado del manejo general de los bienes de su antiguo «*dominus*». En el Bajo Imperio, era frecuente que las familias de alcurnia tuviesen un «*procurator*»,



y que ya no fuese un antiguo esclavo, sino un ciudadano nacido libre, cliente o no del «*pater familias*», con la formación y la aptitud necesarias para llevar a cabo la administración su patrimonio.

Lo relevante de todo ello es que, salvo algunas excepciones (como la derivada de la «*actio institoria*», de la que hablamos al ocuparnos de la representación), el mandatario no tenía la facultad de representar al mandante, por lo que no se creaban relaciones jurídicas de ese género entre el último y los terceros con los que aquél contrataba. El mandatario pactaba en nombre propio, como si se tratase de un negocio realizado en su exclusivo interés, y así adquiría derechos y asumía obligaciones, a salvo siempre su deber de responder luego al mandante de lo hecho dentro y fuera de los límites del encargo.

Jörs y Kunkel explican la evolución de este modo: «*El hecho de que el intenso comercio jurídico desarrollado en la última etapa de la República y en la época imperial pudiera salir adelante sin estar reconocida con carácter general la representación directa, sólo se explica si se tienen en cuenta las características del derecho de familia romano y ciertos principios jurídicos derivados, en gran parte, de la organización de la propia familia. Todo ello, unido al recurso de la representación mediata, constituyó un sucedáneo bastante completo de la representación directa. Por efecto del régimen doméstico, sabemos que las adquisiciones realizadas por quienes se hallaban bajo la potestad del «pater familias», incluidos los esclavos, revertían necesariamente en él, prescindiendo de cuál fuese la voluntad de las partes en el negocio. De esos negocios realizados por las personas constituidas en potestad, no se derivaban obligaciones para el padre de familia; mas, como ese resultado era inconveniente, el pretor trató de remediarlo y, a tal efecto, en ciertos supuestos, concedió al tercero que contrataba con el esclavo o con el hijo, junto a la acción principal que le incumbía frente a la otra parte contratante, una acción adicional («acciones adiecticiae qualitatis») contra el «paterfamilias», consiguiendo, de esta manera, casi los mismos efectos que los provenientes de la representación; aunque derivados de una base totalmente distinta. Pero la creación pretoriana no se limitó a esto, sino que las «acciones adiecticiae qualitatis» (de las que suelen enumerarse cinco: La «*actio de peculio vel de in rem verso*», la «*actio quod iussu*», la «*actio exercitoria*», la «*actio institoria*» y la «*actio quasi Institoria o ad exemplum institoriae*») se concedieron también en los casos de los negocios realizados*



*por personas libres encargadas de una explotación del principal o por el administrados de sus bienes».*

No habiendo representación, el elemento esencial del mandato romano tenía que ser la gratuidad.

Volviendo a la definición de Arias Ramos, no puede extrañar que un romanista ponga en el centro de su proposición la liberalidad del mandatario, actor sin sueldo en un contrato que era una expresión genuina de la amistad y la confianza entre los ciudadanos libres.

Parece que, en su origen, la institución del mandato era, más que un contrato, un asunto entre amigos o parientes que no producía una obligación perfecta unida a la coacción, sino un honroso compromiso, robustecido por el hecho de que su quebrantamiento, al frustrar la confianza del amigo, fuese infamante para el transgresor, contrario al pundonor y opuesto a las leyes de la fiducia. Por ello, al principio no hubo contrato ni se estableció una obligación derivada del mismo; pero al ampliarse el mundo de la «Civitas» y «notarse la perfidia en los hombres (como observase Heinecio), pareció conveniente a los romanos conceder al mandato una acción particular». Nace así la «actio mandati», que será «directa», si la ejercita el mandante, o «contraria», si reclama el mandatario.

## El mandato y la gratuidad

Hasta el siglo XIX, por tradición romana, el mandato fue esencialmente gratuito y el mandante no debía estipular el pago al mandatario de ninguna compensación por su actividad, pues el negocio se basaba en la confianza y en la amistad («ex officio atque amicitia»). Eso fue así hasta el punto de que Paulo consideraba nulo todo mandato que no fuese gratuito. «Mandatum, nisi gratuitum, nullum est: nam origen ex officio atque amicitia trahit, contrario est officio merces: interviniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicito», dice aquél en el Digesto (D.17.1.1.4).

Hay quien mantiene que, con el tiempo, se fue aceptando que el mandato, sin perder su carácter naturalmente gratuito, consintiese una remuneración pactada, a la que se denominó indistintamente «honor», «honorarium» o «salarium», si bien aquella sólo era exigible mediante una acción que nacía del propio pacto, ejercitada por medio de la «cognitio extra ordi-



*nem*» (procedimiento del periodo justiniano) y no mediante la tradicional «*actio mandati*».

Fuese de ese modo o no, lo mismo el Digesto que las Instituciones eran radicalmente perentorios al exigir la gratuidad como condición esencial del mandato. Debido a ello, los intérpretes del «*Corpus iuris civilis*» fueron, durante siglos, cautivos de la literalidad inequívoca de sus términos.

Pero, con el correr de las centurias, cambió el mundo y, en el escenario del siglo de las luces, disipar las tinieblas de la humanidad no estaba reñido con el enriquecimiento legítimo. En el honor burgués, no casaba cómodamente perder la vida en pos de una idea ni hacer algo por nada; y, aun así, cada día se multiplicaban las excepciones entre las buenas gentes que impulsaban a Europa hacia la Ilustración revolucionaria.

La realidad y la letra de los textos eran tan enemigas que los jurisconsultos se agarraban de un pelo para justificar una singularidad que ablandase la norma. El fragmento favorito fue: «*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*» (D.17.1.6). Puesto en claro: en el Digesto, se concedía la acción propia del mandato cuando se concertaba un «*honor*» (recompensa) para remunerar el favor del mandatario; pero a esa compensación se la llamó, al comienzo, «*honorarium*», que tiene el significado de regalo y no de precio.

Jean Guillaume Locré de Roissy (1758-1840), barón del Imperio, secretario del «*Conseil d'Etat*» y partícipe en la redacción del «*Código*», rebajaba su altura con esta quejumbre, en uno de sus discursos sobre el mandato: «*¿Por qué no ha de dar o prometer el mandante una recompensa? ¿Por qué no ha de poder obedecer al sentimiento de una justa delicadeza que le incline a indemnizar al mandatario del sacrificio, del tiempo y de los cuidados que hubiera podido emplear útilmente para sí mismo? Estas muestras de gratitud, lejos de desnaturalizar el servicio, no hacen más que realzar su carácter. Una recompensa dada o prometida, jamás se reputa, en este contrato, sino como una indemnización, no es un beneficio*».

Para haber indemnización, ha de existir un daño que reparar; habiendo perjuicio, justo es que se compense. Pero la gracia y los dones gratuitos no se compran. No debe darse acción para reclamar el precio de un favor por miedo a llamar a las cosas por su nombre.

El caso llegó hasta el mundo anglosajón, de modo que cuando, en 1832, Story, juez eminente y profesor de Harvard, se asoma al «*civil law*» y trata so-



bre la gratuidad del «*mandate*» (una de las tres principales manifestaciones del «*bailment*»), se empecina en lo mismo que años antes mantuvieran Pothier o Loqué, sobre la esencia del mismo trozo del Digesto: «*The contract must be gratuitous... If, however, there is a more honorary payment, not as a compensation, but a mark of respect and favour, this will leave it still a mandate*».

En conclusión, la concepción romana del mandato oscureció los principios en los que su acuerdo descansa, y consumió durante siglos a los jurisconsultos, que trataron de cohonestar exigencias contrarias.

Por fortuna, el Código Civil de los franceses, de 1804, convierte la excepción en la mina que arruina el baluarte de la tradición. Bajo su regla, se esconde una sutil y radical reforma: el mandato es gratuito por su naturaleza; pero no en su esencia. Las partes pueden convenir un estipendio para el mandatario, tal y como se deduce de su tenor: «*Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*» (article 1.985 du Code)...«*Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire*» (article 1.986 du Code). Corresponde al mandatario la prueba de la estipulación y, a falta de prueba, no podrá exigir ningún emolumento.

Nuestro Código Civil conviene que el mandato se supone gratuito a falta de pacto en contrario (artículo 1.711, párrafo primero, del Código Civil). «*Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*» (artículo 1.711, párrafo segundo, del Código Civil). En resumen, nuestro Código Civil, aunque funda la mayor parte de las reglas que regulan el mandato en la gratuidad, la rebaja a elemento natural y no esencial del contrato en el primero de los párrafos mencionados, estableciendo, en el segundo, una presunción especial a favor de su onerosidad.

Finalmente, como resultado del impulso unificador del derecho privado, llegó el Código Civil italiano de 1942.

Pese a que la discusión sobre la unificación de los códigos itálicos, que no de su derecho civil y mercantil, se había iniciado unos decenios antes, ni el más refractario de los comentaristas puede soslayar la relación que existió entre el corporativismo fascista, como sistema socioeconómico, y el código civil resultante. Así lo expresa Leandra D'Antone: «*Non credo errato mettere in risalto il nesso tra alcuni caratteri assunti dal sistema economico italiano negli anni trenta e la commercializzazione del codice civile del 1942*».



En este Código, la presunción de gratuidad se torna en su contraria, de onerosidad, antes propia del mandato mercantil; en su artículo 1.709, se afirma: *«Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice»*.

### El mandato y la representación

El mandato y la representación son dos instituciones distintas. El mandato origina una relación obligatoria, personal e interna, entre mandante y mandatario, mientras que el apoderamiento suministra un poder jurídico de obrar con eficacia en nombre del poderdante.

El apoderamiento tiene como finalidad necesaria la representación, mientras que el mandato puede existir sin ella. El mandato requiere la aceptación, expresa o tácita, del mandatario, mientras que el poder es un acto unilateral, que sólo requiere la declaración de voluntad del poderdante.

Inusitada en Roma, la representación llega al derecho común por impulso del derecho canónico, en sincronía con su desarrollo en el mundo comercial.

La confusión entre procura y mandato en el «Code» esclavizó a la doctrina que promovió los códigos de gran parte del siglo XIX. Fue Paul Laband, profesor en Königsberg, quien sostuvo por primera vez la necesidad de separar ideológicamente el mandato y la representación, para que dejaran de ser vistos como la cara interna y externa de una misma relación, para pasar a ser considerados relaciones jurídicas distintas, capaces de darse independientemente.

El verdadero punto de inflexión legislativo fue el Código Civil alemán, el «*Bürgerliches Gesetzbuch*» o BGB, que entró en vigor el 1 de enero de 1900.

Sánchez Román alargó la influencia del «Code» entre nosotros, hasta que la jurisprudencia impuso la realidad que deriva de la propia letra del Código Civil de 1889, cuando permite al mandatario obrar en su propio nombre, aunque por cuenta del mandante (artículo 1.717, párrafo primero, del Código Civil).

Ya se habló más arriba de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932, que fijó la idea de que, la separación entre las relaciones



internas del mandante con el mandatario y las que ligan a éstos y a los terceros que contraten con el último, no se borra siquiera cuando todas se juntan en la unidad del mandato representativo; y en su consecuencia, los efectos de este contrato quedan regidos con la debida distinción conceptual y técnica del siguiente modo: a la esfera interna corresponden las obligaciones recíprocas del mandante y del mandatario, y al ámbito externo incumben las consecuencias del contrato en relación a terceros, efectos que derivan propiamente de la representación.

### El concepto del mandato en el Código Civil

Para definir un contrato, hay que atender a los elementos que lo constituyen. Como, en el caso del mandato, sus dos elementos esenciales (su objeto y su naturaleza onerosa o gratuita) fueron materia de encendidas polémicas a lo largo del tiempo, resulta un negocio de enmarañada determinación; sobre todo si se añade a lo anterior el complicado deslinde que sirve para distinguirlo de otras figuras afines.

El artículo 1.709 de nuestro Código Civil se refiere al mandato en los siguientes términos: *«Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»*.

No es una definición muy discernidora. La expresión *«prestar algún servicio o hacer alguna cosa»*, más que fijar lo que se ofrece, lo hace vago, pues sirve para cobijar dentro del mandato a toda clase de prestaciones, borrando cualquier diferencia entre este contrato y otros rayanos, como los arrendamientos de servicios o de obra.

Si admitimos una explicación que mire a sus elementos, podemos decir que el mandato es un contrato auxiliar preparatorio, consensual, gratuito u oneroso, unilateral o bilateral, por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, en nombre y por cuenta o sólo por cuenta de otra.

Como se ve, esta definición del contrato está hecha de acasos y presenta tantas opciones que el mandato se asemeja a un negocio rompecabezas, fabricado de alternativas. Puede ser retribuido o no, bilateral o lo contrario, representativo o hecho sólo por cuenta del mandante. Dan ganas de decir que es mandato lo que no pueda ser otra cosa.



## El mandato expreso y el mandato tácito

El artículo 1.710 del Código Civil afirma: «*El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario*».

Parafraseando las Instituciones del «*Corpus iuris civilis*», cabe afirmar que, aun hoy día, el mandato es un contrato que se perfecciona por el sólo consentimiento. No es precisa siquiera la presencia de las partes; tampoco es necesaria la «*datio rei*» para que tome sustancia la obligación; basta con que consientan los que concluyen el negocio. Por eso el mandato se estipula también entre ausentes, por carta o por mensajero.

Esa naturaleza consensual del mandato unida al carácter espiritual de nuestro derecho de obligaciones hace que el consentimiento de las partes pueda ser prestado de múltiples modos.

Tanto el mandante como el mandatario pueden expresar su consentimiento tácitamente o de manera expresa. El consentimiento es expreso cuando la parte del contrato emite una explícita declaración de voluntad dirigida a la conclusión del negocio; por el contrario, es tácito cuando, de su comportamiento o de sus declaraciones, resulta implícita la voluntad de conferir o de aceptar el mandato.

Aunque en nuestro derecho rige el principio de libertad de forma y los contratos son obligatorios cualquiera que sea aquella en la que se expresen, si concurren en los negocios las condiciones esenciales para su validez (artículo 1.278 del Código Civil), deben constar por escrito los actos y contratos a los que se refiere el artículo 1.280 del Código Civil. Dicho de otro modo, el Código Civil enuncia una serie de negocios en los que el consentimiento debe ser expreso y escrito, y, dentro de ellos, señala los que deben formularse en documento público (cunde la opinión de que la norma quiere decir aquí en instrumento público, o sea, en documento público notarial) o en documento privado.

En los mandatos representativos, habrán de constar en documento público, «*el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban 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 haya de perjudicar a tercero*» (artículo 1.280. 5º del Código Civil).



La exigencia del artículo 1.280. 5º del Código Civil se refiere al negocio de apoderamiento, pese a ser regulado con ocasión de la ordenación del mandato. Lo que sucede es que, en el mandato representativo, el apoderamiento es el complemento que regula la proyección jurídica del negocio hacia los terceros, pudiendo completar a un mandato en cuya escritura pública se integre. También puede acontecer que el mandato, si se configura como un negocio paralelo al apoderamiento, conste en escritura pública, aunque distinta de la que sirva para expresar las facultades conferidas al podatario.

De cualquier manera, la interpretación correcta de la obligación declarada por el citado artículo está muy lejos de convertir en forma constitutiva la expresión en documento público de los actos y contratos que reseña. Se dice que la escritura pública es constitutiva cuando se exige como «*forma de ser*», de modo que el acto o derecho no existe sin la escritura; sin embargo, el artículo 1.280 del Código Civil, según reiterada jurisprudencia, se refiere a «*formas de valer*», que son útiles para el negocio, pero que no son exigidas como constitutivas.

Las partes pueden compelerse a llenar o respetar dichas formas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.279, que afirma: «*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez*».

La falta de forma no invalida el contrato, que nace a la vida jurídica, y no impide el ejercicio de los derechos que de él provienen, salvo cuando el negocio deba expresarse en escritura pública como forma solemne o constitutiva (caso de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.327 del Código Civil), el censo enfitéutico (artículo 1.628 del Código Civil), la donación de un bien inmueble (artículo 633 del Código Civil) y la sociedad con aportación de inmuebles o derechos reales (artículo 1.667 del Código Civil), entre otros).

La forma escrita del consentimiento no amparada por la fe pública constituye ordinariamente un documento privado, que no tiene condiciones ni solemnidades determinadas, y puede extenderse en cualquier lugar o soporte, con el lenguaje y la expresión que se tenga por conveniente, siendo susceptible de darse por carta o telegrama, o por medios informáticos que garanticen su autoría.



Por lo que se refiere al mandato verbal, no hay palabras sacramentales ni gestos que sean forma solemne de constitución del mandato, y toda declaración, mediante la que se manifieste la intención de que una persona haga alguna cosa o preste algún servicio por cuenta de otra, vale como mandato, sin que obste que se presente bajo la apariencia de una orden, de una súplica o de un deseo.

Para terminar, hemos de referirnos a la expresión tácita del consentimiento, que es la que verdaderamente plantea problemas.

No debe equipararse el silencio con el consentimiento tácito; nunca el mero silencio debe igualarse sin más a una manifestación de consentimiento idónea. Ese es el motivo de que el manejo de los asuntos del que lo ignora no constituya mandato sino gestión de los negocios ajenos. Ahí está el límite, porque el silencio del que ignora nunca se puede presumir consentimiento.

La cuestión de saber si ha sido conferido un mandato tácito es un caso de interpretación; los medios de prueba a que hay que recurrir para demostrar su existencia son los generales de las obligaciones. Serán los jueces y tribunales quienes acabarán decidiendo si la prueba del mandato tácito es o no suficiente.

### El mandato general y el mandato especial

El título de este epígrafe nace de la división puramente doctrinal del mandato que hace nuestro Código Civil en su artículo 1.712: «*El mandato es general o especial*», considerando que el primero abarca todos los negocios del mandante, mientras que el especial está circunscrito a uno o más negocios determinados.

El problema de la extensión y los límites del mandato y el apoderamiento se entiende mejor si desenvolvemos nuestra exposición dentro de la demarcación del mandato representativo.

Si distinguimos mandato y poder, el mandato representativo puede resumirse en la siguiente declaración «*Quiero que hagas esto en mi nombre y por cuenta mía, y, para que los terceros lo sepan, te otorgo este poder suficiente*».

Los poderes del mandatario no se determinan por el carácter general o especial del mandato, sino por los términos en los que está concebido, con



independencia de que sea general o especial. Ni siquiera han de coincidir los límites y la extensión del mandato y del poder; así por ejemplo, un mandatario que haya aceptado un amplio mandato especial de enajenar no podría vender un bien del mandante si su poder fuese sólo para arrendar esos bienes, y un mandatario investido de un poder concebido «*en términos generales*» (que alcanza solo a los actos de administración) no podría enajenar una finca de su mandante.

En todos esos casos, es necesario examinar la extensión y los límites tanto del mandato como del poder, con el objeto de delimitar las facultades, los derechos y las obligaciones que derivan, así del uno como del otro, para el mandante, para el mandatario y para los terceros que entren en relación con ellos. Esto exige a los terceros, que tratan con el mandatario investido de poder, examinar los términos en los que éste se haya escrito, los cuales siempre habrán de estar en cierta relación con el alcance que se haya dado al mandato subyacente.

En el ámbito del comercio, la cuestión no es sólo teórica, pues la ley mercantil dota al poder del factor de una extensión concreta, abarcando todo lo que el comerciante pueda hacer, que no sea personalísimo. De modo que los contratos celebrados por el factor (que no es sino un comisario o comisionista mercantil general) «*cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos*» (artículo 286 del Código de Comercio).

Por otro lado, el artículo 1.713 del Código civil señala: «*El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso*».

Es corriente la opinión de que el término «*expreso*» del final de ese precepto tiene un valor anfibológico, que también cabe en el diccionario; pero ahí quiere decir específico o especial, más que claro, patente o perceptible,



como opuesto a tácito. Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la de 11 de noviembre de 1991.

El mandato general no es lo mismo que el mandato concebido en términos generales. Un mandato concebido en términos generales puede referirse lo mismo a un mandato general (para la ejecución de todos los negocios del mandante; como cuando se confía al mandatario genéricamente la misión de realizar todo cuanto sea necesario para llevar a cabo una determinada misión) que a un mandato especial (que abarca uno o más negocios determinados; como el que se constituye para atender todo lo concerniente a una finca del mandante).

Tratando de superar la confusión que conllevan los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, la doctrina ha ido fijando una nueva clasificación del mandato, atendiendo a su extensión y límites, que se resume en las dos ideas siguientes: a) El apoderamiento concebido en términos generales únicamente comprende actos de administración, y b) Para los actos de disposición y otros de naturaleza semejante, se requiere mandato expreso.

Los actos de administración a los que se refiere el mandato concebido en términos generales son aquéllos que, como dice Ferrara, «*sin alterar la integridad del patrimonio son dirigidos al mantenimiento, fructificación y mejora del mismo*».

Cabe además, en el ámbito civil, un mandato general que comprenda actos de disposición, con tal de que se trate de un mandato expreso.

### La distinción del mandato con otras figuras afines

Al dedicar atención a la naturaleza jurídica del mandato, no puede excusarse la obligación de considerar los criterios que sirven para distinguirlo de otras figuras afines o cercanas, con las que puede confundirse.

Cabría emplear tiempo y espacio para señalar la distancia que separa al mandato de los arrendamientos de servicios y de obra, del contrato de trabajo, como una categoría especial de los anteriores, de la gestión de negocios ajenos, del llamado negocio de autorización, del contrato a favor de terceros, de las distintas figuras de interposición de persona, de la mediación, del mero «*nuntius*» o enviado, e incluso de la simple recomendación o consejo; pero sólo me referiré al problema que plantea su deslinde con el arrendamiento de servicios y con la gestión de negocios ajenos.



Más allá irá un epígrafe sobre la comisión mercantil, cuya justificación viene de que, siendo la comisión un mandato y no algo distinto, sean diferentes las normas que los regulan, afectando a su carácter, a su elemento personal y a sus efectos.

### 1) *El mandato y arrendamiento de servicios*

Por constituir el objeto del mandato *«prestar algún servicio o hacer alguna cosa (una persona), por cuenta o encargo de otra»*, resulta patente su estrecha conexión con el arrendamiento de servicios. Todos los autores que tratan sobre el asunto saben de dónde viene uno y otro tipo de contrato: de la amistad entre patricios, el primero, y de la venta del sudor de los siervos, el otro; por eso, de un modo sentimental, no les empacha decir que son cosas distintas; pero, cuando llega la hora de acendrar su concepto, las dificultades los atormentan.

En 1931, Ludovico Barassi, hablando de la diferencia entre el dependiente mandatario y el obrero de un negocio laboral, considera el problema de su distinción *«un gran escollo, quizá invencible, contra el cual viene a quebrarse la doctrina»*, y llega a rendirse en el mismo título del trabajo: *«Un problema insolubile: la differenza tra le qualifiche di implegato e operario»*.

No nos vale el criterio adoptado por los jurisconsultos romanos, que, como vimos, concebían el mandato como un contrato esencialmente gratuito, fundado sobre el reconocimiento y la gratitud, mientras predicaban la onerosidad sustancial del arrendamiento de servicios, que conllevaba siempre la remuneración del trabajo prestado.

Tampoco sirve, sabida la admisión entre nosotros del mandato impropio, deslindar el mandato y la locación de servicios, considerando que el mandatario presta sus servicios representando al mandante frente a los terceros con los que se relaciona, mientras que quien arrienda su trabajo realiza su tarea sin representar a su patrón.

Descartadas, como notas esenciales del mandato, la gratuidad y la representación, se plantea el problema de dar con un carácter o rasgo conceptual que sirva para identificar al contrato y ayude a decantarlo del arrendamiento de servicios.

Las aportaciones más recientes al tema de la esencia del mandato señalan que pueden constituir el objeto de este contrato aquellos actos en los



que cabe la sustitución, es decir, en los que el mandatario actúa en lugar de otro o haciendo las veces de éste. La sustitución, que nombra un concepto más amplio que la representación, puede referirse no sólo a negocios jurídicos, sino también a actos no jurídicos.

En cambio, no hay mandato cuando los servicios encomendados a otros son ajenos a la profesión o a la esfera de la actividad de quien los solicita, pues en tales casos quien presta el servicio no sustituye a quien se lo encargó, es decir, no hace algo que éste hubiera podido hacer por sí mismo.

Esa sustitución es, en definitiva, una actividad de gestión hecha por otro; y, matizando acertadamente el concepto de gestión, se ha observado que en el mandato se da una relación que, desde el punto de vista de los intereses afectados, aparece con estructura triangular, porque una persona gestiona intereses de otra mediante la negociación con terceros, a diferencia de lo que ocurre en la locación de servicios, en la que sólo se tiene en cuenta la relación entre los dos contratantes que han de realizar las prestaciones convenidas. El mandatario «*gestiona los intereses de su principal frente a terceros*», dice Puig Brutau; su prestación consiste siempre en una actuación por la que entra en relación con otras personas para gestionar intereses del mandante y siempre por cuenta de éste, aunque no necesariamente en su nombre; esto último sólo acontecerá si el mandante le ha conferido, además del encargo, la facultad o el poder de representarle en su ejecución, facultad que no emana sin más de la celebración del contrato de mandato sino del apoderamiento que puede acompañarla.

Para finalizar, resulta de interés, abundando en lo mismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1986, que, tratando de deslindar la locación de servicios del mandato mercantil, tiene el siguiente tenor: «*Resulta básico para distinguir el mandato y el arrendamiento de servicios el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el empresario realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando no es así, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda (como es concretamente el caso del desempeño para una sociedad del cargo de Director General), ese cometido*



*conduce a una situación de arrendamiento de servicios desde el momento en que su perfección influye una consideración «intuitu personae», es decir sus cualidades técnicas o profesionales para desempeñar el cometido».*

## **2) El mandato y la gestión de negocios ajenos**

Florencio García Goyena anduvo exiliado diez años por sus ideas liberales y, a la vuelta, incorporado tempranamente a la Comisión General de Codificación, participó decisivamente en la elaboración del proyecto de Código Civil de España de 1851, pasando a la posteridad como su principal redactor; hasta el punto que hoy, a aquél proyecto se le llama por antonomasia Código de García Goyena.

El artículo 1.603 de ese texto legal afirma: *«El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o particular, y aun de simple palabra; pero ni en éste ni en el tácito se admitirá prueba por testigos sino con arreglo a lo dispuesto en la Sección 3, capítulo 7, título 5 de este libro».*

García Goyena, en sus *«Concordancias»*, defendía el artículo traspuesto con el siguiente tenor: *«Yo no veo propiedad ni verdad en igualar el caso del que ignora la gestión o agencia oficiosa y el del que la sabe; mucho más si se halla presente al hacerse el negocio. El ignorante sólo queda obligado por consideraciones de equidad; el que lo sabe, por su consentimiento tácito, pues pudiendo prohibirlo no lo prohíbe. Por estas consideraciones habemos (sic) reducido la agencia oficiosa de los negocios ajenos en el artículo 1.892 al caso de encargarse uno voluntariamente sin mandato ni consentimiento del dueño, porque si éste lo sabe y calla, hay mandato tácito».* Aquí está todo: el problema y su respuesta.

Dicen que el origen de la expresión cuasi contrato viene de una perplejidad de Gayo, quien, observando la existencia de obligaciones que no eran nacidas de un contrato ni de un delito, se limitó a incorporar un cajón de sastre de figuras, fuentes de obligaciones, que completaban una tercera categoría indeterminada.

En las Instituciones del *«Corpus iuris civilis»* se agrega una cuarta clase de fuentes de las obligaciones: *«sequens divisio in quatuor species diducitur aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio»* (Inst. III.13.1.2).



Wenceslao Roces observa que un concepto precedido por el adverbio *casi* es la muestra de un problema sin resolver. Si lo esencial de un negocio es el acuerdo de voluntades, no tiene razón de ser asemejar un contrato a una institución a la que es completamente ajeno el albedrío, por un «*simple empeño estilístico de simetría lógica*».

El «Code» define los cuasi contratos como «*hechos puramente voluntarios del hombre, de los que resulta una obligación cualquiera respecto de un tercero, y algunas veces una obligación recíproca entre ambas partes*».

Las Instituciones del «Corpus» consideraban cinco especies de cuasi contratos: «*negotiorum gestio*» (la gestión de negocios ajenos), «*communio incidens*» (la comunidad incidental), «*indebiti solutio*» (el pago de lo indebido), «*tutela vel curae gestio*» (la administración de la tutela y de la curatela) y «*hereditatis aditio*» (la aceptación de una herencia).

Nuestro Código Civil regula como cuasi contratos, en el Capítulo I del Título XVI, de su Libro IV, la gestión de los negocios ajenos (Sección 1ª del Capítulo I, artículos 1.888 a 1.894) y el cobro de lo indebido (Sección 2ª del Capítulo I, artículos 1.895 a 1.901).

Se llama gestión de negocios al hecho de encargarse una persona de asuntos o intereses de otra, sin haber recibido mandato de ésta, y sin obligación legal de intervenir en ellos. A la persona de quien son los asuntos se la llama dueño del negocio («*dominus negotii*») y, al que se ocupa oficiosamente de los mismos, gestor.

Son requisitos de la gestión de negocios ajenos los siguientes: 1) Que el dueño del negocio desconozca la actividad realizada por el gestor. Si la conoce y no se opone, la relación es de mandato tácito.

En mi opinión, ésta es la esencia de la gestión de negocios. García Goyena era claro y trazaba por aquí la raya con el mandato. Hay quienes, como Ruggiero o Castán, mantienen que el conocimiento y el silencio del dueño que no contraría a un gestor, actuante sin autorización expresa o tácita, lleva a la misma situación jurídica; para García Goyena, eso es un mandato tácito y, de la falta de renuencia del dueño, pudiera derivar su asenso.

2) Que el acto de gestión haya tenido un comienzo útil («*utiliter coeptum*»), es decir que el gestor haya comenzado a actuar movido por una situación que evidenciara la conveniencia de hacerlo.

3) Que el negocio sea ajeno y que el gestor lo ejecute libremente, sin pacto o norma que lo obliguen.



4) La opinión tradicional exige que el gestor tenga la intención de gestionar negocios ajenos («*animus aliena negotia gerendi*»), no debe ir guiado exclusivamente por espíritu de codicia o lucro («*animo depraedandi*») o por la intención de ejercitar un acto de liberalidad («*animo donandi*»).

El Tribunal Supremo admite variaciones según los casos, pero suele considerarse como lo esencial de su doctrina que el gestor proceda «*por su propia y desinteresada voluntad y movido por el buen deseo de evitar los daños y perjuicios que al dueño pueda producir el abandono de sus cosas y que no lleve a cabo estas oficiosidades por cobdicia (sic) de ganar*» (sentencia de 1 de junio de 1925).

Son obligaciones del gestor: concluir el negocio, rendir cuentas y responder de sus propios actos, indemnizado al dueño del negocio por los daños que derivasen de su culpa o negligencia (artículo 1.889 del Código Civil), o incluso de los casos fortuitos, cuando hubiese acometido operaciones arriesgadas, desacostumbradas en el dueño del negocio, o cuando pospusiera el interés de éste al suyo propio (artículo 1.891 del Código Civil).

A diferencia de lo que sucede con los mandatarios, si son varios, cuya responsabilidad es mancomunada salvo pacto en contrario, la responsabilidad de los gestores, cuando fuesen dos o más, será solidaria (artículo 1.890, párrafo segundo, del Código Civil).

Por otra parte, para el dueño del negocio, derivan obligaciones muy semejantes a las que incumben al mandante: frente al tercero, responder de las obligaciones contraídas en su interés y, frente al gestor, indemnizarle los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho, y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso (artículo 1.892 del Código Civil). Puesto que ya hay conocimiento del dueño, si la relación termina, sus efectos vienen por aplicación de las reglas que regulan los del mandato expreso y, si aquélla perdurase circunstancialmente, lo haría convertida en un mandato.

Para terminar, cabe añadir que, en lo relativo a sus efectos, la gestión de negocios ajenos se distingue del mandato en que en ningún caso, en su virtud, podrían darse las especiales consecuencias patrimoniales que conlleva la heteroeficacia del mandato representativo.



## Los efectos del contrato de mandato

### 1) *Obligaciones del mandatario con respecto al mandante, durante la ejecución del mandato*

**1.a)** El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato (artículo 1.718 del Código Civil)

En cumplimiento del contrato, el mandatario no puede traspasar los límites del mismo (artículo 1.714 del Código Civil), lo que no sucede, por disposición legal, cuando la extralimitación trae una mayor ventaja para el mandante (artículo 1.715 del Código Civil).

Asimismo el mandatario habrá de atenerse a las instrucciones del mandante y, en su defecto, deberá actuar como lo haría un buen padre de familia, según la naturaleza del negocio (artículo 1.719 del Código Civil).

#### 1.b) Responsabilidad por mal cumplimiento

El mandatario es responsable, no solamente de su actuación dolosa, sino también de la culposa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales, según que el mandato haya sido retribuido o no (artículo 1.726 del Código Civil).

En el caso de que los mandatarios sean dos o más, su responsabilidad no es solidaria, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, salvo que se hubiese pactado lo contrario (artículo 1.723 del Código Civil).

#### 1.c) Responsabilidad en caso de sustitución

Nuestro Código Civil admite la sustitución en el mandato salvo prohibición del mandante; en esta hipótesis, lo actuado por el sustituto del mandatario será nulo (artículo 1.721 del Código Civil).

La regla general del mandato civil es distinta de la obligación mercantil impuesta al comisionista por los artículos 261 y 262 del Código de Comercio, pues, por ser la comisión mercantil un contrato celebrado «*intuitu personae*», el comisionista debe desempeñar el encargo recibido por sí mismo y no puede delegarlo sin estar autorizado para ello. En el mejor de los casos,



podrá, bajo su propia responsabilidad, emplear para el desempeño de la comisión el auxilio de dependientes en las operaciones subalternas que se les confíen según la costumbre general del comercio. También la responsabilidad del comisionista se regula de manera diferente a la del mandatario, pues, según el artículo 262 del Código de Comercio, cuando el comitente haya autorizado la delegación, el comisionista responderá de la actuación del sustituto si quedó a su elección la designación del mismo y, en otro caso, cesará su responsabilidad.

La opinión más extendida entre la doctrina entiende que la prohibición de nombrar sustituto no tiene porqué ser expresa y que, cuando pueda deducirse de las circunstancias que concurran en el caso que el mandato se otorgó teniendo en cuenta las condiciones personalísimas del mandatario, éste debe cumplir el encargo por sí mismo.

En cuanto a los efectos de la sustitución sobre la responsabilidad del mandatario, podemos distinguir cuatro supuestos (artículo 1.721 del Código Civil):

- 1) Sustitución autorizada por el mandante con expresión de la persona del sustituto.

En este caso, el mandatario está exento de toda responsabilidad por los actos del sustituto, ya que el mandante es quien en realidad lo nombró, depositando en él la misma confianza que en el mandatario.

- 2) Sustitución autorizada por el mandante, pero sin designación de persona.

Aquí el mandatario sólo responde cuando el sustituto nombrado por él sea notoriamente incapaz o insolvente (artículo 1.721. 2º del Código Civil), al considerarse que una designación en la que concurran tales condiciones se debe a su mala fe, a su abuso o a su negligencia. Fuera de este caso, el mandatario queda desligado de toda responsabilidad, según se desprende de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en sentencia de 25 de junio de 1920).

- 3) Sustitución no autorizada ni prohibida por el mandante.

Del artículo 1.721. 1º, del Código Civil se deduce que, cuando no se dio facultad al mandatario para nombrar sustituto, aquél responde de la gestión de éste.



#### 4) Sustitución prohibida por el mandante.

En este caso, como dijimos arriba, lo hecho por el sustituto es nulo, porque el propio nombramiento carece de validez (artículo 1.721 «*in fine*» del Código Civil).

Además de las acciones que puede ejercitar el mandante contra el mandatario por lo que se deduce del artículo 1.721 del Código Civil, con el objeto de asegurar una mayor protección y una más rápida efectividad de los derechos del primero, el artículo 1.722 del Código Civil le concede una acción directa y personal contra el sustituto en el caso de que no hubiese autorizado expresamente la sustitución o el nombrado fuere notoriamente incapaz o insolvente.

No hay que confundir la verdadera sustitución del mandatario con el mero auxilio que le pueda prestar alguna persona en el ejercicio de sus funciones; bien entendido que el daño que pueda derivar de la conducta dolosa o culposa del auxiliar del mandatario responsabiliza a éste.

## 2) *Obligaciones del mandatario con respecto al mandante, una vez finalizado el mandato*

**2.a)** Dar cuenta al mandante de sus operaciones (artículo 1.720 del Código Civil).

Hay autores que opinan que, si se eximiese al mandatario de esta obligación y fuese retribuido el mandato, estaríamos en presencia de una donación.

Por el contrario, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran válida la cláusula contractual de relevación del deber de rendir cuentas, sea gratuito o retribuido el mandato.

**2.b)** Ligada a la obligación anterior, el mandatario también debe abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo (artículo 1.720 del Código Civil).

Es decir, si una tercera persona diese al mandatario más de lo que debiera al mandante, todo habrá de ser entregado a este último, puesto que todo lo recibe el mandatario para el mandante y no para sí mismo; quedando siempre a salvo la acción de repetición del tercero contra el mandante que se enriquece sin causa.



2.c) El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo, después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora (artículo 1.724 del Código Civil).

### 3) *Obligaciones del mandatario con relación a terceros*

#### 3.a) En el mandato representativo

«El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata», dice el artículo 1.725 del Código Civil. Es la expresión más clara de los efectos sustitutivos de la representación pura, propia o directa, que acompaña al mandato representativo. La representación se congrega con el poder, al que, en otros lugares, llaman procura. Por virtud de la representación civil, el mandatario «*asume*» la personalidad del mandante, los efectos de sus actos se dan en éste último y los terceros carecen de acción contra él.

Se puede compendiar la doctrina legal del Tribunal Supremo en el siguiente párrafo de la sentencia de su Sala Primera, presidida por don José Ramón Ferrándiz Gabriel, de 10 de noviembre de 2006: «*Cuando el representante celebra el contrato no en nombre propio, esto es, ocultando su condición de tal, sino en el de su poderdante («alieno nomine» o con «contemplatio domini»), dando así a conocer a la otra parte que el asunto es ajeno y que no asume los efectos de la gestión, éstos se producen directamente en la esfera jurídica del representado, como si hubiera sido él, y no el apoderado, quien hubiera contratado. Ello es consecuencia de haberse producido una concorde voluntad de dotar de heteroeficacia a la actuación de éste último, que desaparece de la escena de producción de los efectos. Así lo establece, para el caso de que entre representante y representado medie una relación de mandato, el artículo 1.725 del Código Civil (sentencias de 11 de febrero de 1991, de 4 de diciembre de 1992, de 25 de febrero de 1994, de 3 de abril de 2000 y de 7 de marzo de 2006), a cuyo tenor el mandatario (representante), cuando obre en concepto de tal (esto es, no en su propio nombre, supuesto para el que es aplicable el artículo 1.717 del mismo Código) no responde personalmente a la parte con quien contrata (a salvo los supuestos que señala, que no interesan al caso)*».



Por excepción, el mandatario queda obligado con los terceros en los dos casos siguientes:

- 1) Cuando se obliga a ello expresamente, es decir, cuando, de modo voluntario, garantiza la obligación contraída por el mandante.
- 2) Cuando traspasa los límites del mandato sin dar conocimiento suficiente de sus poderes. Exigiéndose, en este caso, que obre sin mandato, que no exista ratificación por parte del mandante (artículo 1.727, párrafo segundo del Código Civil) y que el mandatario no haya dado a los terceros conocimiento suficiente de sus poderes; pues, no siendo así, contrataron los terceros conociendo el defecto de la representación, y a su cuenta y riesgo.

La ratificación expresa o tácita del mandante le obliga como si no hubiese mediado exceso. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, presidida por don Juan Antonio Xiol Ríos, de 18 de diciembre de 2006, resume en poco espacio los distintos casos de los que deriva el efecto ratificador que hace responsable al mandante: *«La jurisprudencia declara, en aplicación del artículo 1.727. 2 del Código Civil, que el mandante puede ratificar de manera expresa los actos en que el mandatario se ha excedido [«ratihabito mandato comparatur» o «la ratificación se equipara al mandato» (Ulpiano)], y también puede hacerlo de manera tácita, mediante actos inequívocos o cuando acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización [«non tantum verbis ratum haberi potest, sed etiam actu» o «no sólo con palabras se puede ratificar, sino también con un acto» (Scévola)], (sentencias de 6 de abril de 1934, de 14 de diciembre de 1940, de 25 de junio de 1946, de 14 de junio de 1974, de 30 abril de 1976, de 23 de octubre de 1990, y de 13 de junio de 2002), supuestos a los que cabe añadir, en atención a lo previsto en el artículo 1.717, párrafo segundo, del Código Civil, aquél en que, aun actuando el mandatario en su propio nombre, se trate de cosas propias del mandante, pues surge entonces una «contemplatio domini» tácita (contemplación tácita del dueño) y se genera un poder «ex facti circumstantiis sive ex re» (de las circunstancias del hecho o del objeto) (sentencias de 1 de diciembre de 1982, de 8 de junio de 1966, de 26 de noviembre de 1973 y de 3 de enero de 2006)».*



### 3.b) En el mandato sin representación

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, como no hay representación, resulta *«obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo»*. Se exceptúa *«el caso en que se trate de cosas propias del mandante»*. Por otra parte, todo ello hay que entenderlo *«sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario»* (artículo 1.717 del Código Civil), pues como el mandato subsiste a pesar de haber obrado el mandatario en su propio nombre, el mandante ha de estar facultado para subrogarse en los derechos adquiridos de los terceros por el mandatario, o para reclamar su cesión a aquél.

### 4) *Obligaciones del mandante con relación al mandatario*

**4.a)** Pagar la remuneración convenida, en caso de que el mandato sea retribuido.

**4.b)** Anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato (artículo 1.728, párrafo primero, del Código Civil).

**4.c)** Reembolsar las cantidades que el mandatario hubiere anticipado, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que no exista culpa de aquél, junto con los intereses de esas sumas devengados desde el día en que se hizo la anticipación (artículo 1.728, párrafos segundo y tercero, del Código Civil).

**4.d)** Indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (artículo 1.729 del Código Civil).

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones anteriores, el Código Civil establece un derecho especial de prenda en favor del mandatario, constituido sobre las cosas que fueran objeto del mandato. El mandatario podrá retenerlas hasta que el mandante abone la indemnización y el reembolso de los que se habla más arriba (artículo 1.730 del Código Civil).

**4.e)** Finalmente, si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, *«le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato»* (artículo 1.731 del Código Civil).

Resulta chocante que el Código Civil establezca la solidaridad de los mandantes en este caso, mientras que mantiene la responsabilidad manco-



munada, salvo pacto en contrario, de los mandatarios instituidos simultáneamente. Suele considerarse que esa norma es un residuo de la gratuidad esencial del mandato en la tradición jurídica, pues se ve justo que, quien desempeñe un servicio con causa lucrativa para varios mandantes, tenga una acción solidaria contra los que obtienen un provecho común. Hay quien estima que la regla de la solidaridad no se justifica, una vez admitido en nuestra ley civil el mandato retribuido.

### **5) Obligaciones del mandante con relación a terceros**

#### **5.a) En el mandato representativo**

Cuando el mandatario contrata en nombre y por cuenta del mandante, en virtud del fenómeno jurídico de la representación, el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, y también aquéllas en las que el mandatario se hubiera excedido, si lo ratifica expresa o tácitamente.

#### **5.b) En el mandato sin representación**

Cuando el mandatario contrata en su nombre, aunque por cuenta del mandante, éste no queda obligado directamente frente a los terceros; pero si el mandante se aprovecha del contrato que celebró el mandatario, podrían los terceros dirigirse hacia aquél ejercitando la acción «*in rem verso*» (aunque hay autores españoles que impugnan esa idea), o bien las acciones que corresponden al mandatario frente a su mandante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.717 del Código Civil.

### **Extinción del mandato**

Aparte de las causas generales de extinción de las obligaciones, enumeradas por el artículo 1.156 del Código Civil y reguladas por otras normas concordantes, el artículo 1.732 del Código Civil señala algunas causas de disolución específicas del mandato.



Doctrinalmente las causas que determinan la extinción del mandato pueden distinguirse en objetivas y subjetivas.

Son causas objetivas las relativas al contenido del mandato.

Son causas subjetivas las que se refieren a la persona del mandante, a la del mandatario o a ambas.

Al hacer la exégesis del contenido del Código Civil español relativo a los modos de acabarse el mandato, nos encontramos ante una dificultad difícil de salvar, porque, como en otros lugares de nuestra ley civil, se produce la confusión entre el mandato y el poder.

Autores como Pérez González y Alguer o Francisco Bonet Ramón, consideran perfectamente referibles al poder las causas de extinción que el artículo 1.732 del Código Civil atribuye al mandato. Se fundan para ello en el examen de los artículos que completan el Capítulo IV del Título IX del Libro IV del Código, que contienen normas encaminadas, sin ningún género de dudas, a la protección de los terceros que contratan con el representante; lo que no harían si se refiriesen con exclusividad a la relación de mandato, pues, como tal contrato, sólo puede producir efectos entre las partes que lo estipulan (artículo 1.257, párrafo 1º del Código Civil), y, por tanto, su extinción mal podría reflejar un efecto para terceros. El Código Civil se preocupa de regular esos efectos, sencillamente, porque habla de la extinción del poder, es decir de la disolución de la facultad que se otorga precisamente para que el mandato, como relación jurídica que está en la base del apoderamiento, produzca efectos frente a terceros.

La regla es que el poder, como relación abstracta, se extinga cuando termine la relación jurídica de gestión que constituye el mandato; pero eso no tiene porqué ser siempre así, ya que lo que sucede en realidad es que la duración del poder ha de juzgarse en correspondencia con la del mandato, siempre que no exista una disposición contraria del poderdante (y mandante), en cuyo caso, podrá subsistir el poder, extinguido el mandato, y viceversa.

### ***1) Causas objetivas de extinción del mandato***

En general, son las mismas que provocan la extinción de otros negocios jurídicos, según su respectiva naturaleza, y especialmente las siguientes:



- 1) la conclusión del negocio que sirve de objeto al mandato,
- 2) la imposibilidad absoluta de llevarlo a cabo,
- 3) la pérdida de la cosa que constituya el objeto del negocio,
- 4) el transcurso del término, si el mandato es por tiempo determinado,
- 5) el cumplimiento de la condición resolutoria que afecte al contrato, y
- 6) la resolución por incumplimiento, si el mandato es retribuido o su ejecución exige anticipos.

## 2) Causas subjetivas de extinción del mandato

Las causas subjetivas de extinción del mandato, tal y como las regula el artículo 1.732 del Código Civil, pueden dividirse en tres grupos:

- 1) Las derivadas de la voluntad del mandante (revocación) o de la voluntad del mandatario (renuncia) dirigidas a poner fin a la relación jurídica.
- 2) Las que son consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica de una de las partes causada por su muerte.
- 3) Las provocadas por el cambio en el estado jurídico de una de las partes que estipularon el mandato, por distintos motivos.

### 2.a) Revocación por el mandante

La doctrina suele ser unánime, desde antiguo, en la opinión de que el mandato es revocable a voluntad del mandante, constituyendo una excepción del principio negocial en virtud del cual los contratos sólo pueden ser disueltos por el mutuo consentimiento de los contratantes.

El artículo 1.733 del Código Civil establece que «*el mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato*».

La revocabilidad es aplicable tanto al mandato gratuito como al remunerado.

En general, suele admitirse la validez del pacto de no revocabilidad hecho entre el mandante y el mandatario, por respeto al principio general de libertad de pactos (artículo 1.255 del Código Civil), pudiendo, por el mis-



mo caso, reclamar el mandatario una indemnización de daños y perjuicios al mandante con quien estipuló la obligación quebrantada de no revocar.

La revocación puede hacerse expresa o tácitamente, pero, como quiera que sea, es necesario que se notifique al mandatario, no produciendo efecto el nombramiento de uno nuevo para el mismo negocio (lo que en sí mismo implica la revocación del mandato), sino desde que se hace saber al mandatario original (artículo 1.735 del Código Civil). También será preciso que, si el mandato representativo se hubiese otorgado para contratar con personas determinadas, les sea comunicada la revocación, pues, en otro caso, no podría perjudicarles (artículo 1.734 del Código Civil).

La doctrina del Tribunal Supremo sobre este asunto está bien resumida en la sentencia de la Sala Primera, presidida por don Antonio Salas Carceller, de 17 de enero de 2007, que se expresa en los siguientes términos: *«El motivo cuarto... sostiene que ha sido infringido el artículo 1.256 del Código Civil, en cuanto establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», insistiendo nuevamente en la irrevocabilidad del mandato en el caso presente, incurriendo por ello en el mismo defecto casacional que el motivo anterior al plantear una nueva cuestión no discutida en el proceso. Constituye un principio tradicional, sentado ya por el Derecho romano y recogido por el Código francés y la generalidad de los modernos, el que el mandato es revocable a voluntad del mandante, sin que el hecho de que se trate de un apoderamiento recíproco impida el ejercicio por cualquiera de los mandantes de tal facultad de revocación. Así queda reflejado en los artículos 1.732.1º y 1.733 del Código Civil, por lo que quien mantiene el carácter irrevocable del mandato en el caso concreto está sujeto a la carga procesal de alegar tal condición en la fase expositiva del proceso y probar la concurrencia de las condiciones necesarias para ello, lo que no ha realizado la parte recurrente. Ello porque la irrevocabilidad del mandato constituye una excepción a la regla general de la revocabilidad, como pone de manifiesto la sentencia de esta Sala de 24 diciembre 1993, según la cual «la irrevocabilidad del mandato, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa*



*o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados (sentencias de esta Sala de 20 de abril de 1981, de 31 de octubre de 1987, de 27 de abril de 1987 y de 26 de noviembre de 1991, entre otras). Por su parte, la sentencia de 20 julio de 1995 establece que «sólo existe irrevocabilidad del mandato cuando concurre pacto expreso que así lo establezca, y siempre y cuando que tal pacto esté conforme con su finalidad (sentencias de 26 noviembre de 1991, de 11 mayo de 1993, de 24 diciembre de 1993 y de 19 noviembre de 1994 )».*

## 2.b) Renuncia del mandatario

La facultad de renuncia del mandatario existe y está condicionada por los siguientes extremos:

- 1) El mandatario debe poner su renuncia en conocimiento del mandante (artículo 1.736 del Código Civil).
- 2) Si el mandante sufre perjuicios por la renuncia, deberá ser indemnizado por el mandatario, a menos que la funde en la imposibilidad de continuar desempeñado el mandato sin grave detrimento suyo (artículo 1.736 del Código Civil).
- 3) Aunque el mandante renuncia con justa causa, debe el mandatario continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para prevenir su falta (artículo 1.737 del Código Civil).

## 2.c) Muerte del mandante o del mandatario

El carácter propio del contrato de mandato, que se concierne *«intuitu personae»*, es decir *«en atención a la persona»*, hace que, contra la regla general que rige en materia de contratos, se extinga por la muerte del mandante o del mandatario (artículo 1.732 del Código Civil).

En caso de morir el mandatario, deben sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante, y proveer lo que las circunstancias exijan en su interés, en tanto que tome las medidas precisas para subvenir los efectos de la falta del mandatario (artículo 1.739 del Código Civil).



Si sucede que muere el mandante, lo hecho por el mandatario ignorando esta circunstancia es válido y surte sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (artículo 1.738 del Código Civil).

**2.d) Cambio en el estado jurídico de una de las partes que estipularon el mandato**

Por limitar la capacidad de obrar de los sujetos que integran el elemento personal del mandato o aminorarse la confianza recíproca de las partes, que constituye la base del contrato, el mandato se acaba por la «*declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario*» (artículo 1732. 3º, del Código Civil).

También se extinguirá el mandato por la incapacitación sobrevinida del mandante, a no ser que, en el mismo, se hubiera dispuesto su continuación o que el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor (artículo 1.732. 3º, último párrafo del Código Civil).

## El mandato y la comisión mercantil

El origen de la comisión mercantil es distinto al del contrato de mandato civil, aunque sea idéntica su esencia jurídica.

La comisión nace en el Medioevo con la expansión geográfica de los negocios del mercader sedentario. Éste, para evitar los continuos viajes, sin que eso afecte al progreso de su empresa, ha de apoyarse en auxiliares o dependientes (ése es el origen del factor) colocados al frente de sucursales creadas en localidades distintas de aquélla en la que se asienta el establecimiento principal, y que actúan en nombre y por cuenta ajena.

Sin embargo, el rápido desarrollo mercantil hizo que el comerciante no pudiera tener un factor en todas las ciudades que eran de su interés, por lo que, una de las soluciones adoptadas, fue solicitar el auxilio de otro comerciante ya establecido y con crédito en la plaza correspondiente, que generalmente ejercía la representación en nombre propio y por cuenta del comitente, naciendo así el «*comisionista nomine proprio*».



El negocio de la comisión mercantil era conocido por la doctrina española anterior al Código de Comercio de 1829, aunque con distintas denominaciones. Cuando la comisión se incorporó a dicho Código, fue tenida por un negocio jurídico accesorio, considerando que no tenía fin en sí misma, sino sólo en los actos que hubiese de realizar el comisionista. De ese modo, las normas relativas a los comisionistas se llevaron a los artículos 116 a 172, dentro del Título denominado «*De los comisionistas*», por influencia de las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

El Código de Comercio de 1885, considera a la comisión un contrato mercantil especial, por ello la regula en el Título III (llamado «*De la comisión mercantil*») del Libro II; y allí trata el contrato desde un punto de vista personal, separando la regulación «*De los comisionistas*», en la Sección 1ª (artículos 244 a 280 del Código de Comercio) de la «*De otras formas del mandato mercantil: factores, dependientes y mancebos*», puesta en la Sección 2ª (artículos 281 a 302 del Código de Comercio).

En el ámbito mercantil, los contratos de comisión, de agencia y de mediación o corretaje, tienen el mismo o parecido contenido obligacional: una de las partes, que podemos llamar genéricamente gestor, se obliga a promover negocios jurídicos en los que tiene interés la otra parte, denominada principal, la cual debe retribuir a aquélla en virtud del resultado de la gestión.

La comisión se distingue del contrato de mediación o corretaje porque el mediador o corredor se limita a promover la aproximación de las partes y la estipulación por éstas del contrato proyectado, con independencia de que se ejecute o no, estribando en ello el derecho a la retribución del mediador.

Generalmente la comisión mercantil y la mediación o corretaje son contratos de tracto instantáneo y libremente revocables por el principal, mientras que la agencia es un contrato de tracto sucesivo, que lleva a una relación estable entre las partes, y no cabe su revocación unilateral, salvo en los casos señalados por la ley y con los efectos previstos por ella.

La representación directa o indirecta siempre existe en la comisión, como mandato mercantil que es, y no existe en el contrato de mediación o corretaje, en el que el mediador no llega a estipular contratos, sino que se limita a aproximar a las partes para que los celebren.

Por último, el contrato de agencia regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, admite posibilidades alternativas, pues el agente puede obligarse frente al principal «*de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración,*



*a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos»* (artículo 1 de la Ley 12/1992).

La comisión es el mandato mercantil, y no hay diferencia jurídica entre la naturaleza de ambos. *«Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista»* (artículo 244 del Código de Comercio).

Como ya hemos señalado, en la comisión mercantil caben opcionalmente tanto la representación directa como la indirecta. *«El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente»* (artículo 245 del Código de Comercio).

En cuanto a su onerosidad, la norma que la regula es casi un negativo de la que regula la gratuidad del mandato civil: *«El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión»* (artículo 277 del Código de Comercio).

Al margen de su carácter naturalmente oneroso (aunque no lo sea en esencia), el único elemento que sirve para diferenciar a la comisión mercantil del mandato, viene de adjetivar el término comisión llamándola mercantil, pues, en ese caso, constituye una forma especial de mandato, predominando el elemento comercial por la concurrencia de las dos condiciones siguientes: la profesión de las partes, una de las cuales al menos ha de ser comerciante, y el carácter mercantil del negocio que sea objeto de contrato (artículo 244 del Código de Comercio); la confluencia de ambas, permite acotar la comisión mercantil para que le sea aplicable el Código de Comercio, y no el Código Civil, regulador del mandato común.

El examen del contenido de la comisión mercantil lleva a distinguir entre las:

**a) obligaciones del comisionista:**

- 1) obligación de cumplir la comisión aceptada (artículo 249 del Código de Comercio y artículo 1.718 del Código Civil),
- 2) obligación de desempeñar personalmente la comisión (artículos 261 y 262 del Código de Comercio y artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil),



- 3) obligación de respeto a las leyes y reglamentos (artículo 259 del Código de Comercio y artículos 1.726 y 1.727 del Código Civil), y
  - 4) obligación de desempeñar el encargo según las instrucciones recibidas del comitente (artículos 254, 255 y 256 del Código de Comercio y artículo 1.719.1 del Código Civil), y las
- b) obligaciones del comitente:**
- 1) obligación de realizar la provisión de fondos (artículos 250 y 251 del Código de Comercio y artículo 1.728 del Código Civil),
  - 2) obligación de abonar la retribución o premio pactado (artículo 277 del Código de Comercio y artículo 1.711 del Código Civil),
  - 3) obligación de reembolso al comisionista de los gastos y desembolsos (artículo 278 del Código de Comercio y artículos 1.728 y 1.729 del Código Civil), y
  - 4) obligación de asumir los efectos del contrato estipulado con el tercero (artículo 253 del Código de Comercio y artículo 1.727 del Código Civil).



## EL PODER

### Introducción

En los prolegómenos de este trabajo, ya apunté el símil múltiple que hacía, del mandato, un contrato típico ajeno a la representación y al poder; de la representación, un efecto; y del poder, un acto jurídico abstracto que alcanza su manifestación perfecta en el documento escrito. Esta opinión trata, sobre todo, de dar viveza a las comparaciones y no puede ser mantenida, sin dudas, sobre la base de lo que nuestras leyes disponen; mas, incluso a la vista de un corte tan sustancial y fuera de lo común, quizá se apunten aquí algunas ideas menos elementales que pudieran despertar un mínimo interés. Con ello, me daría por satisfecho.

Parte de la doctrina más moderna hace descansar el fundamento jurídico de la representación voluntaria en el principio constitucional del «*libre desarrollo de la personalidad*», admitido en el párrafo primero del artículo 10, de la Constitución de 1978; en su virtud, nadie, sino uno mismo, puede disponer de la esfera jurídica propia, de modo que cualquier invasión de ese ámbito, que no provenga de un acto de autodeterminación del titular, ha de ser considerada como ilegítima. De este modo, el apoderamiento es una especie del género de la autorización, siendo esta última el acto por el cual una persona legitima a otra para alterar su propia esfera jurídica.

La principal dificultad de la doctrina patria al encarar el problema del mandato y la representación, es su obligatorio sometimiento a nuestra vieja ley civil, anclada en el siglo XIX, la cual marca tan definitivamente todos los impulsos codificadores que lleva a resultados poco apetecidos aunque inevitables. Baste un ejemplo reciente para comprenderlo. Cuando la Ley



1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula la representación procesal, acaba ordenando lo siguiente, sobre el derecho supletorio aplicable al apoderamiento del procurador: «A falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable» (artículo 27 de la LEC). Casi en el siglo XXI, vuelve el legislador a mezclar confusamente mandato, representación y apoderamiento.

Ya deslindamos suficientemente el mandato más arriba. El común de los autores lo delimita sin dificultad de la representación, quedando regulados separadamente ambos contratos o relaciones jurídicas en los códigos civiles más ejemplares y avanzados.

El artículo 1.387 del Código Civil italiano afirma «*Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato*». En esta norma, que es consecuencia de la evolución del derecho italiano sobre la materia, se extrae la clasificación primordial en que puede ordenarse la representación: aquélla que distingue entre la legal y la voluntaria.

Esa misma idea, si bien planteada desde un punto de vista negativo, se halla contenida en el artículo 1.259 de nuestro Código Civil, que ya citamos en otro lugar, y que, a juicio de Juan Manuel Badenas Carpio, constituye «una síntesis hiperbolizada» del Capítulo VI, del Título II, del Libro IV del Código Civil italiano de 1942.

Es cierto que la representación legal y la voluntaria participan de una misma nota característica, propia del fenómeno representativo: la injerencia de un sujeto en una esfera jurídica ajena. Pese a ello, esa intromisión, tiene una forma especial de producirse en la representación legal, que, en la mayoría de los casos, supone una «sustitución completa» del representado por el representante, producida tanto en el plano «volitivo» como en el «relacional».

En el primero de esos planos, la voluntad del sujeto representado queda totalmente sustituida por la del representante, quien, dejando a salvo los casos excepcionales en los que precisa autorización judicial, decide si actuar o no actuar y, en caso de hacerlo, elige la extensión y el contenido de lo actuado. En un juego de ideas absolutamente realista, se afirma que la representación legal es una manifestación de la «heteronomía», mientras que la representación voluntaria lo es de la «autonomía» del sujeto.

En el plano «relacional», el negocio con el tercero, en la representación legal, es celebrado por el representante como consecuencia de un po-



der otorgado directamente por la ley, derivando sus consecuencias al sujeto representado, cuya voluntad es completamente ajena a la posible relación triangular que lo liga a su representante y, si se da el caso, al tercero contratante.

Pese a ello, gran parte de la doctrina defiende la unidad del instituto representativo, reservando un espacio en él para la representación legal e incluso para la denominada orgánica. Hay quien, por el contrario, considera que, donde no hay voluntad, no puede haber representación en sentido estricto, opinión a la que me inclino decididamente.

Lo mismo que afirmamos que la representación pura sólo puede darse en el mandato propio, después de señalar lo que separa a la representación voluntaria de la legal, quizá sea el momento de presentar la idea de que, fuera de un mandato representativo y voluntario, no hay verdadero apoderamiento.

Vimos que la representación se junta con el apoderamiento frecuentemente, mas no falta quien se encarga de destacar su variedad. Técnicamente la distinción consiste en que, mientras la representación es simplemente la sustitución de la voluntad del representado por la del representante, el poder, en cambio, es el acto de ejercicio que fija la extensión y los límites de las facultades conferidas al representante. En suma, el poder otorgado por el representado precisa el alcance, el contenido y la naturaleza de las facultades con las que se inviste al representante.

### **El carácter abstracto del negocio de apoderamiento**

Desde el punto de vista subjetivo, en el triángulo clásico constituido por el negocio jurídico de apoderamiento, el negocio interno de gestión y el negocio representativo, suele darse, en su inicio, una atribución de facultades al representante por el representado (el poder o apoderamiento). Ese conferimiento es siempre individual y unilateral, pues se otorga por la voluntad exclusiva del representado, en cuyo patrimonio se producen los efectos de la conducta del apoderado. La aceptación del poder por el representante no tiene el menor interés, es jurídicamente indiferente, y está fuera del negocio de apoderamiento, sobre todo si se le da a éste un carácter lo suficientemente abstracto.



Sobre la cuestión que se apunta, existe una radical división en la doctrina europea, entre los partidarios de la naturaleza abstracta del apoderamiento, quienes sostienen que la representación voluntaria es independiente de cualquier relación básica de gestión, y los que postulan la tesis contraria.

Son defensores de la teoría abstracta del apoderamiento prácticamente todos los autores alemanes y un nutrido grupo de juristas italianos de la primera mitad del siglo veinte, influidos por De Ruggiero y Graziani, comentaristas del Código Civil alemán.

Contrarios al concepto abstracto del poder son casi todos los autores franceses y españoles, así como los comentaristas italianos de la segunda mitad del siglo XX.

La pugna, en su estado actual, la personifican dos eminentes autores italianos: Salvatore Pugliatti, que entiende que no puede existir representación sin base gestora, y Alberto Trabucchi, que defiende lo contrario.

Esa confrontación es resumida magistralmente por Juan Manuel Badesnas Carpio en su obra *«Apoderamiento y representación voluntaria»*, y conviene conocerla en sus propios términos: *«(Para) Pugliatti y sus seguidores la representación posee una función instrumental, con independencia de su fuente, respecto de la relación de gestión («rapporto di gestione») que, en todo caso, ha de servirle de base. Los argumentos sobre los que trata de justificar su tesis el referido autor podrían ser enumerados de la siguiente manera: 1) En un primer momento, la representación o el poder, vienen considerados como un elemento accesorio del mandato, necesariamente absorbido, y separable únicamente por vía de abstracción. 2) El instituto de la representación viene ordenado como un medio por el cual es posible que el cooperador, actuando como representante del principal, dentro de los límites del poder conferido, celebre negocios cuyos efectos recaigan inmediatamente sobre el representado, como si este último hubiese tomado parte. Así pues, la representación se concreta en un modo de comportarse el cooperador al exterior («modo di atteggiarsi»), para la ejecución del encargo, de manera que, en último término, la representación se resuelve como un modo de ejecución del encargo mismo («modo di esecuzione dell'incarico stesso»). 3) Vistas así las cosas, la distinción entre relación interna y externa deja de tener serio fundamento, porque el representante, al presentarse como tal, en la relación con el tercero, se presenta asimismo como cooperador del principal. De esta manera, afirma aquel autor, esta función, que nace de la relación in-*



*terna de gestión, se revela al exterior a través de la posición de representante que el agente asume frente al tercero, por ello, éste debe necesariamente suponer la existencia de una relación de gestión entre el representante y el representado».*

Enfrentada a esa postura, destaca la opinión de Trabucchi, más reciente, que sostiene lo siguiente: «1) *Pugliatti ha vaciado la construcción tradicional según la cual en el interior del encargo gestor se distingue un doble negocio, con la dirección de dos diversas voluntades: al mandatario y a la generalidad de los terceros, respectivamente. Pero si se señala un camino adecuado, su postura se ve forzada cuando, al negar la necesidad de un acto específico, no parece reconocer el peso que, cuando exista, puede tener también un aislado negocio de atribución de poder. Es verdad que la adquisición por medio de otro puede producirse igualmente por útil gestión, por subsecuente ratificación del «dominus», por cumplimiento de la relación gestora, pero también por un preventivo otorgamiento de poderes; y cuando se da esta última figura, no hay nada más. 2) Toda esta argumentación la culmina Trabucchi, para poner término a la crítica de la postura de Pugliatti, y al tiempo reafirmar su propia tesis favorable a la autonomía de la representación, con el siguiente razonamiento: «es verdad que la voluntad del representante, combinándose con la del tercero, da cuerpo a un negocio jurídico y, combinándose con la del representado, constituye la relación de gestión; pero también el representado viene a ser parte del negocio con el tercero, y esto sólo puede suceder porque la relación de gestión contiene en sí misma una dinámica que supera los límites de la actividad «inter partes». En sustancia, se necesita un anillo de conjunción («anello di congiunzione») por el cual el negocio concluido por el representante con el tercero viene atraído a la esfera jurídica del representado». Finalmente, reflexiona Trabucchi, puesto que Pugliatti reconoce que ese anillo de conjunción puede ser logrado por medio de la mera ratificación sucesiva, es contradictorio que no admita, como fuente del mismo, el previo apoderamiento sin gestión; es decir, que no reconozca que un acto abstracto, anterior, distinto y explícito de la voluntad del representado pueda atraer los efectos de los negocios del apoderado a la esfera jurídica del poderdante.*

Sea o no el apoderamiento un negocio jurídico autónomo, independiente o abstracto, lo cierto es que se entiende por tal el acto mediante el cual un sujeto, llamado poderdante o principal, otorga el poder de representación a otro individuo, denominado apoderado o representante.



Dicho lo anterior, vale añadir que, hoy día, nada obsta para que el apoderamiento pueda ser considerado un negocio jurídico independiente y de autorización, por medio del cual una persona faculta a otra para que se inmiscuya en su esfera jurídica.

### Características del negocio jurídico de apoderamiento

Con el ánimo de deslindar su naturaleza, suelen predicarse del negocio jurídico de apoderamiento, las siguientes notas características:

**1)** El apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, porque es consecuencia de la manifestación de voluntad emitida por un solo sujeto.

Entre los poderes que autoricé en el extranjero, fueron varios los que se otorgaron a instancia de interesados que manifestaron el desconocimiento de su designio por el futuro apoderado, declarando que ya se lo expondrían más adelante.

No fue único el caso de un soldado que apoderó a su madre, ignorándola ella; y no es sólo mía la opinión de que, en esa circunstancia, el conocimiento del apoderamiento por el apoderado no es indispensable para su eficacia. De manera que, en la ocasión descrita (en la que se había otorgado un instrumento público), si el apoderado que lo ignora actúa por cuenta del poderdante frente a un tercero (incluso creyendo que carece poder), se producen igualmente los efectos de la representación pura en el patrimonio del poderdante, y no como consecuencia de una subsiguiente ratificación hecha de su parte, sino porque el poder, desconocido aún por su destinatario, es válido desde su otorgamiento.

**2)** Suele afirmarse que el apoderamiento es un negocio recepticio.

El ejemplo anterior, del milite y su madre, comprende mi opinión, que no es frecuentemente compartida: el apoderamiento no es recepticio en su esencia, aunque generalmente contenga una voluntad que será recibida por otro.

Hay autores que dudan del carácter recepticio del apoderamiento leyendo el parágrafo 171, apartado primero, del Código Civil alemán, que dice:



«Si una persona ha anunciado, ya sea mediante una notificación especial a un tercero, ya sea mediante una comunicación pública, que ha otorgado el poder de representación a otra persona, ésta tiene, en virtud de esa manifestación, el poder de representación frente al tercero, en el primer caso, y frente a todos, en el segundo». Por tanto, el apoderamiento, como declaración unilateral del poderdante destinada a producir efectos jurídicos sobre su esfera privada, despliega toda su eficacia aunque se haya anunciado a la generalidad con un destinatario indeterminado; efecto que permite poner en duda el carácter recepticio del negocio.

Contrariamente, la doctrina común en nuestro país defiende que el apoderamiento es dirigido por el poderdante a otras personas para su eficacia, aunque no hay un criterio dominante sobre si la declaración debe ser recibida por el apoderado o por el tercero que con él se relacione.

### 3) El apoderamiento es esencialmente revocable.

Si se defiende el carácter unilateral y abstracto del apoderamiento, debe apoyarse su esencia revocable. Con matices, la doctrina española considera que la revocabilidad del apoderamiento, como la gratuidad del mandato, es natural y no esencial, cabiendo un poder irrevocable que vincule al apoderado, lo que, en mi opinión se fundamentaría más en la relación interna entre el representante y el representado (a consecuencia, por ejemplo, de un mandato) que en el propio poder.

En el Código Civil español, la regulación de la revocación del poder aparece confundida con la resolución del contrato de mandato; si extendemos, desde el mandato al negocio de apoderamiento, el tenor literal de sus artículos 1.733, 1.734 y 1.735, deduciremos las siguientes reglas:

a) El poderdante puede revocar el apoderamiento a su voluntad, y compeler al apoderado a la devolución del documento de poder, en caso de que exista («ex» artículo 1.733 del Código civil).

El poder puede ser expreso o tácito y constar documentalmente o no. Es frecuente, en la práctica, que el poderdante, en un acto ligado a su declaración de voluntad revocatoria, exija la devolución del documento en que consta el poder. Eso sucede porque si, después de manifestada la voluntad rescisoria del poderdante (sin otra publicidad que la que deriva de la mera comunicación oral entre dos personas), se hallase el poder en manos del apoderado, podría



darse una falsa apariencia frente a los terceros, lo que se evita por este procedimiento, que completa al de la inscripción registral cuando corresponda.

b) En caso de que el apoderamiento se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber («ex» artículo 1.734 del Código Civil).

Más allá de los límites impuestos por la letra del citado artículo, puede pensarse que una revocación conocida únicamente por el apoderado no impide, si éste contrata con un tercero, que los efectos del negocio jurídico se den directamente en el patrimonio del representado. Empero, dicha consecuencia no derivará de la revocación del poder sino del principio de protección de la apariencia y de la buena fe del tercero contratante.

c) El nombramiento de un nuevo apoderado para el mismo negocio produce la revocación del poder anterior desde el día en que se hace saber al que lo recibió, salvo que el poder se haya dado especialmente para contratar con alguien concreto y no se le hubiera comunicado la revocación; en este caso, la revocación nunca podrá ir en perjuicio del tercero («ex» artículo 1.735 del Código Civil).

Esta regla combina la descripción de un modo de revocación tácita del poder, cual es el otorgamiento de nuevos poderes a otro apoderado para llevar a cabo los mismos actos de los que iba a encargarse el primero, con el mantenimiento del principio de protección a la buena fe de los terceros contratantes.

No siempre que se otorguen nuevos poderes a otra persona para realizar los mismos actos hay revocación del mandato; valgan como ejemplos dos casos: 1) El apoderamiento para realizar actos de riguroso dominio (que debe ser expreso, en el sentido de especial), no puede ser revocado por un apoderamiento dado en términos generales (que sólo alcanza a los actos de administración), que sea posterior, o 2) Un apoderamiento general para un determinado tipo de operaciones (por ejemplo: para vender), no queda revocado por un poder especial para vender una cosa determinada del poderdante, en una ocasión específica (por ejemplo: vender una casa concreta que sea de su propiedad).

Para que se produzca una efectiva revocación de los poderes originarios, es necesario que exista tal identidad entre la extensión de éstos y la del apoderamiento subsiguiente, que pueda deducirse de ella una voluntad implícita del poderdante, reveladora de un auténtico ánimo de extinción.



Nuestra jurisprudencia no puede sustraerse al carácter causalista del ordenamiento español; de modo que el Tribunal Supremo suele admitir la posibilidad del apoderamiento irrevocable, basado en una hipotética relación jurídica subyacente que lo motive.

Como si no fuese ya un asunto suficientemente espinoso, el alto tribunal todavía espiritualiza más la cuestión, añadiendo una nueva conexión a las que ya nos confundían, y mantiene que la irrevocabilidad del poder viene determinada por la existencia de una relación subyacente entre apoderado y poderdante, que no es exactamente el negocio interno del que nace la representación voluntaria (por ejemplo un mandato representativo) sino otra relación distinta, que precede o coexiste con los poderes, y que es la que se trata de cumplir mediatamente, total o parcialmente, a través del poder conferido.

De la doctrina legal marcada por algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 24 de diciembre de 1993 y de 19 de diciembre de 1994) se puede deducir lo siguiente: a) Para que se pueda limitar la revocabilidad del apoderamiento, es preciso que haya una relación subyacente que lo justifique, b) Es necesario que el apoderamiento haya sido elegido por las partes de la relación subyacente con el objetivo de que ésta pueda ser cumplida total o parcialmente, c) No es obligado que el pacto de irrevocabilidad sea expreso, sino que, de los actos y manifestaciones de las partes de un apoderamiento, puede deducirse un acuerdo tácito de esa naturaleza y, finalmente, d) Aunque de la relación jurídica subyacente, se pueda deducir el carácter irrevocable del apoderamiento, el poderdante puede rescindirlo cuando medie una justa causa para hacerlo, de conformidad con la naturaleza revocable del poder.

Lo que sí parece claro es que, a diferencia de lo que sucede con su otorgamiento, la revocación del apoderamiento es siempre un acto de voluntad recepticio, y su destinatario debe ser, al menos, el apoderado, si se salva lo dispuesto en el artículo 1.734 del Código Civil respecto de los terceros, que, en mi opinión, sólo deriva de la intención del legislador de proteger la buena fe de los terceros ante las apariencias.

#### 4) El apoderamiento es un negocio autónomo y abstracto.

Suele señalarse que el apoderamiento es un negocio jurídico autónomo, distinto de la relación de gestión encerrada en el mandato o en cualquier otro convenio que le sirva de base.



El apoderamiento puede extinguirse y subsistir la relación de gestión, y al contrario; aunque generalmente se argumente, de modo inexacto, que se extingue el poder al extinguirse el mandato.

Naturalmente sí, como resulta acostumbrado, el poder, pese a su eficacia autónoma, tiene como sustrato una relación jurídica entre el poderdante y el apoderado, es lógico suponer que aquél se limita a lo que dure ésta, es decir, la extinción del mandato conllevará la del poder, salvo que el poderdante haya dispuesto otra cosa.

Ligada a lo anterior, se plantea la cuestión de la abstracción del apoderamiento.

La elevación de la declaración de voluntad («*willenserklärung*») a categoría fundamental del derecho privado, considerándola capaz de producir mecánicamente, por sí misma, consecuencias jurídicas, impulsó decididamente la abstracción en la noción del negocio jurídico del ordenamiento alemán. La doctrina alemana considera que un negocio es abstracto cuando no existe un convenio (causa) que le sirva de base, siendo el apoderamiento un prototipo de los de esa clase.

Por el contrario, la ley civil española tiene una esencia causal y espiritualista, por lo que resulta difícil defender, desde su óptica, un concepto plenamente abstracto del apoderamiento.

Sin embargo, yo vuelvo a la práctica, y al suceso del soldado y la madre, para completar algo más el relato de lo acontecido. El otorgante, en aquél caso, como en otros, no sólo mantenía ignorante de su declaración al apoderado, sino que acudía a la notaría militar a otorgar un poder de los denominados «*de ruina*», «*por si acaso*», es decir sin objetivo o finalidad definida. ¿Cabe un ejemplo más claro de negocio unilateral, autónomo y abstracto?

### La forma del apoderamiento

Lo dicho, aludiendo al mandato, por el artículo 1.710 del Código Civil, podría adaptarse, como sigue, para ser dicho del apoderamiento: El apoderamiento puede ser expreso o tácito; el apoderamiento expreso es posible darlo por instrumento público o privado y aun de palabra; y cabe su aceptación expresa o tácita, deducida, esta última, de los actos del apoderado.



No hay unanimidad, en los códigos europeos, a la hora de exigir una forma para el apoderamiento.

El apartado segundo del párrafo 167 del Código Civil alemán no exige que el poder de representación adopte la forma prevista para el acto jurídico que se relaciona con el apoderamiento; es decir, aunque hipotéticamente un negocio exigiese, como forma solemne, su otorgamiento en escritura pública, el poder para representar a cualquiera de las partes que en él intervinieran no requeriría sujetarse a esa forma para ser válido.

Sin embargo el artículo 1.392 del Código Civil italiano afirma que el apoderamiento no surtirá efecto si no ha sido otorgado en la forma prevista para el contrato que el representante deba concluir; siendo indiferente además, según la opinión dominante, que tal forma sea exigida «*ad solemnitatem*» o «*ad probationem*».

En nuestro Código Civil, el único precepto que se refiere a la forma del apoderamiento es el apartado 5 del artículo 1.280, que reproducimos literalmente al hablar de las formas del mandato.

La ambigua redacción del artículo completo y las dudas que plantea, han llevado a diversas soluciones interpretativas: 1) La de quienes entienden que, en ese apartado, el Código Civil habla de la forma del mandato representativo, 2) La de quienes piensan que regula la forma del poder, con independencia de que descansa en una relación interna de mandato concluido entre el poderdante y el apoderado, y finalmente 3) La de quienes afirman que todo lo anterior también puede concebirse de un modo coordinado aditivamente, entendiendo que los requisitos formales que nacen de la confusa realidad descrita por el artículo 1.280 del Código Civil son aplicables lo mismo al contrato de mandato que al negocio de apoderamiento, tengan o no la misma extensión y sea o no aquél, total o parcialmente, la causa o el sustrato interno de éste.

Haciendo una exégesis incompleta del párrafo 5 del artículo 1.280 del Código Civil, podemos advertir que nuestra ley civil exige que consten en documento público determinadas clases de apoderamientos. La doctrina suele admitir que el significado que hay que dar a la expresión documento público es la de escrito amparado por una fe pública especial; quedarían incluidos, por ello, un poder general para pleitos expresado ante un secretario judicial, o un poder para realizar un préstamo otorgado ante un cónsul, por ejemplo.



Según la norma mencionada más arriba, habrán de constar en escritura pública:

1) El poder para contraer matrimonio.

A este poder se refiere el artículo 55 del Código Civil en los siguientes términos: *«Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad. El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante».*

En el ejercicio de un poder nupcial, el apoderado actúa como un verdadero «*nuntius*», pues sólo le corresponde manifestar su aquiescencia, actuando en nombre y por cuenta del poderdante frente al otro contrayente, cuya identidad ha de constar en la escritura de poder.

2) El poder general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de julio de 1979, declaró: *«Para que el mandato por el que se faculta a un procurador para comparecer en juicio sea viable ante la ley, se requiere que esté investido de solemnidades que le son inherentes, como son las de constar en documento público y estar bastantado por letrado, de tal suerte que, si falta uno de ellos implica vicio esencial que lo invalida para el fin que va determinado».*

El poder para actuar ante los tribunales que se confiere al procurador puede ser el denominado «*general para pleitos*» o uno especial, según convenga.

Un poder para pleitos faculta al procurador que ejerce la representación de una persona para que realice válidamente en su nombre todos los actos relativos a la tramitación de un procedimiento.



No es necesario el poder para pleitos en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de novecientos euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios. Tampoco será preciso procurador en los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a juntas, y en los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio (artículo 23.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

El poder en el que una parte de un procedimiento otorga su representación a un procurador ha de ser otorgado en escritura pública y autorizado por un notario, o ser conferido mediante una comparecencia ante el secretario judicial del tribunal que haya de conocer del asunto. Este último es el llamado poder *«apud acta»*, es decir, en las actas; y, en su autorización, el secretario judicial ostenta la fe pública judicial, que es una manifestación de fe pública especial (artículo 453.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Bien se otorgue ante un notario, bien se confiera por comparecencia ante el secretario judicial del tribunal que vaya a conocer del asunto, *«el poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos. El poderdante podrá, no obstante, excluir del poder general asuntos y actuaciones para los que la ley no exija apoderamiento especial. La exclusión habrá de ser consignada expresa e inequívocamente»* (artículo 24 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

*«Será necesario poder especial: 1) Para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, 2) Para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, y 3) En todos los demás casos en que así lo exijan las leyes»* (artículo 25 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

El apoderamiento general para pleitos faculta al procurador para realizar válidamente, en nombre y representación de la parte a la que personifica, todos los actos procesales comprendidos en la mera tramitación del pleito. Estos actos son: 1) La presentación de demanda y contestación, 2) La petición de medidas cautelares, 3) El planteamiento de cuestiones de competencia y



prejudiciales, 4) El planteamiento de conflictos de jurisdicción y competencia, 5) La petición de acumulación de acciones y procesos, 6) La petición de suspensión del juicio, 7) La reconvencción y contestación a la reconvencción, 8) La proposición de pruebas, 9) La tacha de testigos, 10) La intervención en la práctica de las pruebas, 11) Las alegaciones sobre el resultado de las pruebas, 12) La petición de celebración de vistas y comparecencias, 13) La petición de notificación de sentencia a quien esté declarado en rebeldía, 14) El anuncio y la interposición de toda clase de recursos contra las resoluciones judiciales, interviniendo en cualquiera de sus instancias, si el procurador estuviera habilitado para ello, 15) La impugnación u oposición a los recursos interpuestos por cualquiera de las partes litigantes, 16) La recusación de jueces, fiscales, secretarios judiciales, oficiales, auxiliares, agentes y peritos, 17) La petición de tasaciones de costas y su impugnación, 18) La petición de liquidaciones de daños y perjuicios, 19) El planteamiento de cualquier tipo de cuestión incidental que surja a lo largo de la tramitación, 20) La petición de ejecución provisional de sentencias y resoluciones que le sean favorables, 21) La petición de ejecución de sentencias y resoluciones firmes, de embargo de bienes, de su anotación en los registros y de su prórroga, 22) La oposición a la ejecución, 23) La designación de bienes y derechos para su embargo, 24) La petición de remoción y la designación de depositario de bienes embargados, 25) La petición de reducción del embargo, 26) La petición de cancelación de los embargos practicados, 27) La expedición de mandamientos de certificación de cargas y dominio, 28) La solicitud de requerimiento al deudor, a fin de que aporte los títulos de los bienes embargados, 30) La petición de nombramiento de perito para el avalúo de bienes embargados, 31) La petición de liquidación de cargas de los bienes embargados y su impugnación, 32) La solicitud de subasta de bienes y derechos, 33) La intervención en las subastas y la petición de adjudicación de bienes embargados a favor de su poderdante, 34) La cesión a un tercero del remate sobre bienes subastados o adjudicados a su poderdante, 35) La petición de entrega de posesión de bienes a su poderdante, con lanzamiento de sus ocupantes si los bienes fueran inmuebles, 36) La solicitud de entrega de exhortos, oficios y mandamientos para su cumplimiento, en relación con el procedimiento 37) La petición de entrega a su poderdante de cantidades ingresadas en la cuenta del Juzgado, 38) La petición de copias y testimonio de las actuaciones, 39) La petición de desglose de documentos, y 40) Los demás actos de mero trámite.



Como dijimos, la ley permite al poderdante excluir expresamente del poder general alguna de las actuaciones descritas, debiendo, en ese caso, otorgar poder especial para llevarlas a cabo, si después resulta preciso.

3) El poder para administrar bienes y los que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

La segunda de estas exigencias no es idéntica a la contenida en el artículo 1.392 del Código Civil italiano, que declaramos antes, en virtud de la cual la forma del contrato para cuya celebración se otorga el poder condiciona la de éste, de manera que el apoderamiento no surtirá efecto si no ha sido otorgado en la forma prevista para el contrato que el representante deba concluir por su consecuencia.

Pero además, la obligación declarada por esa regla del párrafo 5, del artículo 1.280 del Código civil, hay que ponerla en relación con lo dispuesto en su artículo 1.279, por mor del cual el apoderado podrá exigir al poderdante que respete la forma prescrita para el poder, antes de aceptarlo.

Los poderes que tengan por objeto un acto que deba redactarse en escritura, a mi juicio, no quedan invalidados por su falta de expresión en un instrumento público de esa naturaleza. Ahí, la forma es exigida como mero requisito «*ad probationem*» y no es constitutiva del apoderamiento. Sin embargo la plasmación en escritura del poder vendrá impuesta por la fuerza de otros requisitos, ajenos a su forma esencial. Veamos algún ejemplo:

- a) Cuando el negocio para el que se otorga el poder deba expresarse en escritura pública como forma solemne o constitutiva (caso de las capitulaciones matrimoniales, el censo enfiteútico, la donación de un bien inmueble y la sociedad con aportación de inmuebles o derechos reales, entre otros), es obligado que, al acudir el apoderado ante el notario, acredite la existencia y la vigencia del apoderamiento mediante la aportación y exhibición de una copia auténtica del documento de donde resulte la representación. El notario deberá comprobar la vigencia del poder, antes de la autorización, y habrá de dar fe de que, a su juicio, es suficiente (artículo 164 del Reglamento de organización y régimen del Notariado).



- b) Hay ocasiones en las que, requisitos indirectos de eficacia, imponen la forma del poder. La hipoteca inmobiliaria podría ser un ejemplo. Se dice que la hipoteca inmobiliaria es de «*constitución registral*», con ello se quiere significar que, al ser una hipoteca voluntaria, para quedar válidamente constituida, debe otorgarse en escritura pública, que ha de ser inscrita en el Registro de la propiedad (artículo 145 del Texto refundido de la Ley Hipotecaria). Siendo ello así, no hay duda que el poder para inscribir deberá constar en escritura, pues lo exigirá de ese modo el registrador, negando la inscripción si no lo hace.

Por último, el final del párrafo 5, del artículo 1.280 del Código civil, prescribe que habrán de constar en documento público los poderes que «*hayan de perjudicar a tercero*». En opinión de algunos autores, la expresión señalada debe interpretarse en relación con el acto que podría realizar el apoderado como consecuencia del apoderamiento, siempre que el tercero no lo hubiese aceptado (por ejemplo, contratando a pesar de que el poder no consta en instrumento público), y cuyo efecto determine en su esfera jurídica la necesidad de repeler una pretensión dirigida contra él, respecto de la subsistencia, conservación o extinción de un derecho del que el tercero sea titular.

Con respecto a la forma escrita del consentimiento del poderdante que no figure en documento público, y a su expresión verbal, vale lo dicho para el mandato en el epígrafe «*El mandato expreso y el mandato tácito*» de este trabajo.

Lo mismo que en el mandato tácito, el problema de dilucidar la existencia de un poder tácito es un caso de interpretación judicial, que no ofrece solución legal. Las reflexiones de Luis Díez-Picazo sobre el asunto ayudan a determinarlo, aunque no a resolverlo completamente. Entiende este autor que la solución adoptada vendrá de un prejuicio basado en dar a la satisfacción de nuestra duda un enfoque predominantemente subjetivo u objetivo. Si entendemos que lo principal ha de ser verificar si existe o no la voluntad tácita del poderdante, el intérprete deberá procurar acreditar su existencia por todos los medios de prueba posibles. Si lo influyente es verificar la existencia de hechos concluyentes para la generalidad de las personas, que sirvan para atribuir razonablemente la voluntad de apoderar al «*dominus*», esta-



remos ante un enfoque objetivo, indiferente a la intención del poderdante. Una visión en la que prepondere la voluntad protege mejor los intereses del poderdante, mientras que una solución objetiva ampara con más calidad el provecho de los terceros. El ilustre tratadista acaba afirmando: *«A mi juicio, la solución objetiva debe ser acogida, en la medida en que es más conforme con los intereses generales de la dinámica jurídica y con los principios generales de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico»*.

## Extensión y límites del apoderamiento

### 1) Introducción

Para contemplar el problema de la extensión y los límites del negocio de apoderamiento, hay que comenzar señalando las diferencias entre el poder general y el especial.

El apoderamiento general comprende todos los asuntos del *«dominus»* que, por no ser personalísimos, sean susceptibles de ser llevados a cabo por un representante investido de poder. Éste es el sentido que se desprende, para el apoderamiento, de la regulación que nuestro Código Civil dedica al mandato; en ella, de un lado, el mandato otorgado de modo general *«comprende todos los negocios del mandante»* (artículo 1.712 del Código Civil) y, de otro, el mandato *«concedido en términos generales, no comprende más que los actos de administración»* (artículo 1.713 del Código Civil).

Lo anterior plantea dos cuestiones. La primera es si hemos de considerar general o especial un poder en aquellos apoderamientos en los que se enumeran de un modo casi exhaustivo los actos jurídicos a los que puede extenderse la actividad negocial y jurídica del poderdante. El segundo asunto es determinar exactamente qué hemos de entender por *«actos de administración»*.

### 2) El poder general y el poder especial

En opinión de Díez-Picazo *«un poder general es aquél que faculta al representante a afectar con sus actos a la totalidad de los bienes e intereses del principal o a un conjunto suficientemente amplio de los mismos, con*



*independencia de que, respecto de ellos, se confieran al representante un número limitado de facultades para realizar actos jurídicos de diferente naturaleza».*

La especialidad del poder debe venir dada por dos circunstancias: La designación del bien o el interés sobre el que recae la actuación del representante (el acto específico) y la naturaleza jurídica del acto que a ese sujeto se le permite (que sea o no de administración).

Una de las recapitulaciones más interesantes, de entre las que he podido consultar, relativa a la extensión y a los límites del apoderamiento (que sirve lo mismo para dilucidar la distinción entre el poder especial y el concedido en términos generales, que para delimitar los poderes «*típicos*» en el ámbito mercantil), está en los fundamentos de derecho de la Resolución de 4 de marzo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolviendo el recurso interpuesto por un notario de Madrid contra la negativa de un registrador a inscribir una escritura de apoderamiento.

Los hechos se basaron en la negativa a inscribir el registrador una escritura por la que una persona confería a otra «*...poder general, absoluto e ilimitado...interpretado en los más amplios términos*», a lo que seguía una enumeración de facultades concretas, encabezadas con la fórmula que va a continuación: «*A título meramente enunciativo y no limitativo, el apoderado ostentará entre otras las siguientes facultades...*»

El registrador, aun considerando el efecto subsanable, basó su calificación negativa en que la escritura no expresó «*con claridad suficiente las circunstancias relativas a la extensión del poder, ya que el administrador único que concede el poder no determina si otorga las facultades generales de administración en su totalidad y debiendo en todo caso excluir las indelegables por ley*».

En su resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso del notario y revocó la calificación del Registrador, afirmando lo siguiente:

«1. *El poder general faculta al representante para afectar con sus actos a la totalidad de los bienes e intereses del principal o a un conjunto suficientemente amplio de los mismos (con independencia de que respecto de ellos se confieran al representante un número limitado de facultades para realizar actos jurídicos de distinta naturaleza), mientras que el mandato especial es el*



*conferido únicamente para algunos actos singularmente especificados, esto es para «uno o más negocios determinados», como expresa el Código Civil.*

*La nitidez de esta distinción se ve empañada por la aparente contradicción que introduce la restricción del artículo 1.713 del Código respecto a las facultades del apoderado general, que parecen ser inferiores a las del especialmente facultado.*

*Con independencia del interés académico que pueda tener dicha distinción, lo cierto es que las facultades del mandatario no pueden venir determinadas tan sólo por el simple hecho de haberse calificado «a priori» el tipo de mandato como general o especial, y siempre habrá que atender a los términos y límites del mismo, cualquiera que sea su clase. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1976 puso de relieve que la cuestión relativa a la determinación del ámbito de poder y las facultades del apoderado equivale a la de interpretación de la voluntad del poderdante. Por eso, habrá ocasiones en que mandato general y mandato concebido en términos generales vendrán a coincidir, pero la razón de tal coincidencia estribará sólo en la voluntad del mandante (como sucedería en el caso de un mandato dado para todos los asuntos concernientes a todos los asuntos del mandante y que no mencione suficientemente el tipo de actos permitidos al apoderado); mientras que el mandato especial será aquél en el que concurren dos circunstancias: la designación del bien jurídico o del interés sobre el que el acto ha de recaer y la naturaleza jurídica del acto que se permite. Si el poder, no obstante su universalidad, ha expresado suficientemente los bienes sobre los que versa y el tipo de actos que permite, no existe razón alguna para limitarlo a los actos de mera administración, como podría dar a entender «prima facie» la lectura del artículo 1.713 del Código Civil.*

*La principal consecuencia práctica que se ha derivado de la distinción apuntada es que cuando un poder esté concebido en términos generales deberá interpretarse restrictivamente y siempre dentro de la esfera de los actos de mera administración a que alude el citado artículo 1.713 del Código Civil. Pero la línea que separa el mandato general del especial no es clara ni terminante, como tampoco hay unanimidad sobre el concepto y extensión de los denominados «actos de administración», por lo que, sin violentar conceptos, podría hablarse de mandato general (relativo a todos los actos del mandante) pero concebido de modo expreso, esto es, que comprenda los actos de riguroso dominio; de mandato general concebido en términos*



generales (al que sería aplicable la restricción del artículo 1.713 del Código Civil); e incluso de mandato general tácitamente otorgado, el cual a su vez podría estar concebido en términos generales o por el contrario comprender actos que entrañen situaciones dominicales (artículo 1.710 del Código Civil). Por ello, debe extremarse el celo y el rigor de los encargados de interpretar la extensión de las facultades del apoderado o mandatario de acuerdo con la verdadera naturaleza y fin del encargo mismo.

En el ámbito de la representación mercantil, para evitar la inseguridad y las dudas a que puede dar lugar la extensión y límites del concepto de actos de administración (o, más generalmente, de los actos que el mandante quiere que el mandatario lleve a cabo en su nombre), los poderes conferidos por el comerciante tienen un contenido legalmente predeterminado, y por ello el artículo 286 del Código de Comercio dispone que los contratos celebrados por el factor se entiendan hechos por cuenta del empresario cuando el factor notoriamente pertenezca a la empresa y el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento. Y en el ámbito de la representación orgánica de las sociedades mercantiles, el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos» y que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil será ineficaz frente a terceros», lo que corrobora el artículo 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Cuestión distinta será la relativa a la representación de carácter voluntario que los órganos sociales de las sociedades mercantiles puedan conferir a través de concretos actos de apoderamiento, en cuyo caso, como expresaba la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, las facultades del representante han de medirse por la escritura de poder. En tal sentido este Centro Directivo entendió, en Resolución de 14 de marzo de 1996 que «la interpretación del poder debe hacerse con extremada cautela y rigor para evitar que por averiguaciones más o menos aventuradas puedan entenderse incluidas en él facultades que no fueron concedidas, y ello no por estricto rigor formalista, sino exclusivamente tomando en consideración los intereses del apoderado (sic, «rectius» poderdante), los cuales se verían puestos en peligro si esa libertad interpretativa condujera a la extensión del poder más allá de los supuestos que el poderdante previó y consintió».



2. En el presente caso se trata de un poder calificado de general por el administrador único poderdante, absoluto e ilimitado que «debe ser interpretado en los más amplios términos», detallándose a continuación las facultades conferidas «a título meramente enunciativo y no limitativo». Es evidente que en este caso la extensión del poder coincide con el círculo de operaciones propio del objeto social, como resulta de los artículos 283, 286 y 287 del Código de Comercio. Esta Dirección General, en Resolución de 24 de octubre de 1986, entendió que «así como el apoderamiento civil concebido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio (artículo 1.713 del Código Civil), en el ámbito mercantil, los poderes incluyen toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento». Esto, precisamente, se produce cuando se atribuyen al apoderado «todas las facultades salvo las legalmente indelegables».

Podemos recapitular del siguiente modo:

- 1) El apoderamiento en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio.
- 2) El apoderamiento concedido en términos generales, en el ámbito civil, precisa de apoderamientos añadidos «expresos», para que el apoderado pueda realizar actos de dominio.
- 3) Cuando la extensión del poder se deduce claramente de sus términos y de las normas aplicables no es necesario ser más explícito para entender que se ha concedido. Por ejemplo, no es necesario excluir, en un poder otorgado con la máxima extensión, las facultades indelegables por ley, pues la norma ya deslinda suficientemente los límites de aquél.
- 4) Al delimitar el significado de la confusa expresión «poder expreso», el Tribunal Supremo considera que «el artículo 1.713 regula una cuestión de extensión del mandato y no de forma» (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1966), de manera que, para realizar un acto de riguroso dominio mediante apoderado, hace falta que éste tenga poder concedido «para negocio determinado».
- 5) Si se admite la expresión de un apoderamiento general tácitamente otorgado, que a su vez pudiera estar concebido en términos genera-



les o por el contrario comprender actos que entrañasen situaciones dominicales, la determinación de su extensión, en caso de conflicto, no tendría solución legal y sería el resultado de una labor interpretativa.

- 6) El apoderamiento civil concedido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio; pero, en el ámbito mercantil, los poderes incluyen toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento.

### 3) *Un poder omnímodo*

Como hemos dicho, la determinación de la extensión del apoderamiento, cuando provoca un conflicto, acaba constituyendo un problema de interpretación de la voluntad del poderdante (objetiva o subjetivamente considerada), aunque encuadrado en ciertos marcos predeterminados.

De esas variedades, la doctrina suele destacar las siguientes:

- a) Un poder puede ser tan especial que se refiera exclusivamente a una concreta operación que haya de realizar el apoderado, identificando la naturaleza del acto o negocio que se vaya a celebrar, señalando el sentido del consentimiento, la persona con la que se deba concluir y las condiciones que correspondan al pacto.

Cuando un poder constriñe de tal modo la autonomía del apoderado, éste actúa como un mero nuncio o mensajero.

- b) Desde el extremo del «*nuntius*» hasta el otro límite del abanico de posibilidades, se abre un conjunto de variantes en el que los pareceres no son unánimes y el lenguaje confunde.

Hupka afirmaba que el poder puede estar encaminado a la realización de uno o varios actos jurídicos en particular, a negocios de un género determinado o a un cierto complejo económico de actos jurídicos de distinta clase, y en eso se fundamenta la división entre poderes especiales, genéricos y generales.

Leemos opiniones para las que el poder especial es el que comprende cierto tipo de operaciones, como vender o representar en juicio; aunque no falta quien dice que el poder para vender es general, en contraposición al



que se confiere para vender una cosa determinada, y el dado al procurador es un poder general para pleitos.

Verificamos también la enmarañada forma en que la doctrina emplea el término general para calificar al poder; habiendo quien distingue dos clases de poderes generales: los que abarcan todos los negocios del mandante y los que se limitan a una cierta clase de negocios («*certus genus causarum*»), incluyendo entre éstos al poder general para pleitos y los poderes para el tráfico mercantil. Otros destacan que puede haber apoderamientos generales (queriendo decir otorgados en términos generales) que comprendan actos de disposición, con tal que se trate de apoderamientos expresos («*rectius*» especiales) (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1993). Finalmente, no suele discutirse la opinión de que un apoderamiento general conferido en términos generales, sin expresa mención a ningún tipo de facultades especiales para el apoderado, es un mero poder de administración que comprende sólo los actos y negocios que se circunscriban a la gestión ordinaria de la esfera jurídica del poderdante.

Al final, lo único que parece consensual y sosegado, en la doctrina española sobre la extensión del apoderamiento, es lo que ya destacamos al hablar del mandato: 1) El apoderamiento concebido en términos generales únicamente comprende actos de administración, y 2) Para llevar a cabo los actos de disposición previstos en el artículo 1713. 2, del Código Civil, se requiere un poder expreso en los dos sentidos a los que alcanza la palabra: opuesto a tácito, es decir, verbal o escrito en su forma; y especial, entendido como específicamente otorgado o especialmente determinado.

c) En el extremo opuesto al poder del nuncio hallamos el que denomino poder omnímodo, dicho así por abrazarlo y abarcarlo todo, intentando conferir al apoderado la omnipotencia legítima: un poder escrito en un instrumento público notarial, expresado sobre la base de un apoderamiento hecho en términos generales, al que se agregue una exhaustiva enumeración de facultades que agoten el campo de las relaciones jurídicas factibles del poderdante.

El documento del que hablo es un imposible; un poder expreso y omnímodo requiere describir explícitamente toda la vida jurídica potencial del sujeto representado, y eso es utopía, porque siempre dejaremos algo en el tintero. Dijimos que, donde hay un casi, va un problema; pero también un defecto práctico: sumidos en nuestros límites, proponemos una solución imperfecta.



El interés hacia ese extensísimo apoderamiento no es un mero antojo; su explicación la da la experiencia obtenida en las zonas de operaciones más lejanas y conflictivas, como la actual de Afganistán. Allí se ve, mejor que en cualquier otro lugar, el designio del legislador que dispuso la ordenación de la fe pública especial conferida a los fedatarios militares que acompañan a las fuerzas expedicionarias: servir a nuestras tropas para facilitar su existencia. Como demuestra la estadística, el instrumento público que más precisan y demandan sirve para expresar un negocio de apoderamiento que habrá de proyectar sus efectos prácticos a miles de kilómetros de distancia. Por lo general, los apoderados no son duchos agentes ni expertos comisionistas, sino familiares cercanos, padres o esposos que sufren una situación forzada y angustiosa; y los poderdantes no se identifican como potentados o grandes mercantiles, sino que son generalmente muchachos, de variopinta naturaleza y distinta condición, que necesitan ayuda mientras combaten por nosotros, pues se titulan nada menos que de soldados de España.

En ocasiones, ante la zozobra o las dudas que inquietan al compareciente, el autorizante opta por recomendar el otorgamiento de un poder, conferido a una persona de confianza, que sea lo más extenso posible, como éste, amplísimo, del que hablamos, aunque sujeto, eso sí, a un prudencial límite temporal.

Incluso cuando la voluntad del poderdante está clara y se presenta diáfano el fin perseguido, el poder integral sirve de pauta al fedatario castrense para, tomándolo como patrón y partiendo de sus términos, configurar un apoderamiento ajustado a lo que se pretende lograr, mediante el desmoche y el expurgo de las extensas facultades que aquél contiene.

## Las contingencias en el ejercicio del poder

### 1) *La demarcación del poder*

El problema que dibuja el epígrafe tiene relación con los límites del poder percibidos no tanto como los concibe el poderdante sino juzgados a la vista de cómo los ejerce el apoderado.

En Alemania no puede estar más claro: *«Una declaración de voluntad realizada por alguien, dentro del poder de representación otorgado y en*



*nombre del representado, tiene eficacia directa a favor y en contra del representado. Es indiferente que la declaración se haya hecho expresamente en nombre del representado o que, de las circunstancias, resulte que debe realizarse en su nombre»* (apartado primero del párrafo 164 del Código Civil alemán), y además *«si alguien concluye un contrato en nombre de otro sin poder de representación, la eficacia del contrato a favor y en contra del representado depende de su ratificación»* (apartado primero del párrafo 177 del Código Civil alemán).

La extralimitación del apoderado hace ineficaz el negocio; aunque la posibilidad de ratificación lo libra de la nulidad radical. En pos de la seguridad jurídica, la ley civil germánica permite al tercero contratante exigir una declaración al representado en la que ratifique lo hecho, o renuncie a hacerlo, en el plazo de dos semanas desde la recepción del requerimiento, entendiéndose el silencio como una negativa (apartado segundo del párrafo 177 del Código Civil alemán).

En nuestro Código Civil, puede componerse una regulación parecida, adaptando algunos preceptos: a) Ninguno puede contratar a nombre de otro sin tener su representación («ex» párrafo primero del artículo 1.259 del Código Civil), b) El apoderado no puede traspasar los límites del poder de representación («ex» artículo 1.714 del Código Civil), c) El apoderado que obre en concepto de tal no es responsable personalmente *«a la parte»* con la que contrata («ex» artículo 1.725 del Código Civil), y d) El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante («ex» párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil).

Como puede verse, el legislador español permite al tercero la revocación, pero no le otorga la potestad de exigir la ratificación, como hace el Código Civil alemán; aunque la consecuencia práctica puede ser análoga, pues la disyuntiva ante la que el tercero puede poner al poderdante llevará a resultados semejantes: *«o ratificas el negocio o revoco mi consentimiento y lo privo de eficacia»*.

Nuestro Código Civil añade una norma algo desconcertante en su artículo 1.715: *«No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste»*.



Dicho por Bonel y Sánchez, *«nuestro artículo 1.715, aunque en verdad parezca raro en extremo a primera vista, bien meditado es de lo más razonable y natural que darse pueda, porque el mandante al conferir su poder supónese siempre que lo otorga para que las gestiones del mandatario le sean lo más beneficiosas posible»*. Es decir, en el ámbito civil, existe la presunción de que el apoderado obra dentro de los límites del poder cuando, separándose de la voluntad del poderdante, obtienen resultados más beneficiosos para el *«dominus»* que los que hubiera obtenido cumpliendo estrictamente su voluntad.

Eso es así desde antiguo: *«Quodsi minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur»* (Inst. III.16.8), es decir, *«pero si hubieras comprado a menos precio, tendrás ciertamente acción contra el mandante, porque quien manda que se le compre un fundo por cien áureos, se entiende que verdaderamente mandó que se comprara por menos a ser posible»*.

Distinto es lo que sucede en el ámbito mercantil, donde, en virtud de lo dispuesto por el artículo 258 del Código de Comercio, el comisionista debe obrar con la diligencia suficiente para ajustar el cumplimiento del mandato a las condiciones *«corrientes en la plaza»*, en la fecha en la que se ejecute, no pudiendo comprar más caro ni vender más barato, pues, en caso contrario, debe contar con la autorización expresa del comitente si no quiere responder de ello.

Puesto que el apoderamiento implica un acto de atribución de facultades, la idea de límite referida al poder de representación determina la línea que separa las potestades otorgadas al apoderado de las no conferidas; ejercitar aquéllas supone ejecutar actos con una eficacia jurídica en el patrimonio del poderdante, intentar poner en práctica las que no se tienen conlleva traspasar el límite del poder, y esta extralimitación sólo puede salvarla el *«dominus»* mediante la ratificación.

Hay quien diferencia entre los *«límites del poder»* y las *«instrucciones del principal»*. Los límites operan como líneas de determinación de las facultades del apoderado; dentro de ellos, el apoderado puede actuar y su actuación es eficaz. Las instrucciones no merman el ámbito del poder, lo que quiere decir que, vulnerando las instrucciones pero dentro de los límites del poder, el apoderado puede actuar eficazmente frente a los terceros, aunque infringe una obligación ante su principal y puede incurrir por ello en responsabilidad.



## 2) La sustitución

Generalmente nuestra doctrina da por supuesto que las normas relativas a la sustitución del mandatario se aplican también a la que pueda afectar al apoderado, pues, en nuestro Código Civil, la disciplina normativa del mandato es la sede material de los principios referibles a la representación. No falta quien, como Díez-Picazo, entiende que «ese recurso...no debe ser una indiscriminada aplicación analógica sino una búsqueda...de las reglas atinentes al fenómeno...de la representación».

Admitiendo que existe sustitución cuando un apoderado concede, a su vez, a otra persona todas o alguna de las facultades representativas de las que él se encuentra investido, autores, como Propeta, Gullón Ballesteros y el propio Díez-Picazo, ponen de relieve la variedad existente entre la sustitución (también llamada sustitución en sentido propio y sustitución por vía de transferencia o de traspaso) y el «subapoderamiento» (al que se refieren, de otro modo, como delegación subordinada). El «subapoderamiento» es una delegación revocable, que deja intacta la posición del apoderado y que le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse frente al «subapoderado» como un verdadero poderdante. Por su parte, la sustitución propia es plena, impide al sustituidor nombrar un nuevo apoderado, extingue el primitivo poder y la relación representativa a que acompaña, y sólo puede ser revocada por el «dominus».

De nuestro Código Civil pueden deducirse las reglas aplicables a la sustitución del poder. La primera es su admisión, salvo prohibición del mandante. En contra de la prohibición de éste, lo actuado por el sustituto del apoderado será nulo («ex» artículo 1.721 del Código Civil).

En cuanto a los efectos de la sustitución sobre la responsabilidad del primer apoderado o sustituidor, podemos distinguir cuatro supuestos («ex» artículo 1.721 del Código Civil):

**1)** La sustitución autorizada por el «dominus» con expresión de la persona del sustituto.

En este caso, el sustituidor está exento de toda responsabilidad por los actos del sustituto, ya que en realidad fue nombrado por el principal, depositando en él la misma confianza que en el primer apoderado.



Además, como afirma Díez-Picazo, «*si la sustitución está autorizada por el principal con indicación concreta de los sustitutos posibles, es claro que no podrá sustituirse a favor de otra persona y que esta sustitución será inválida, y además que, realizada la sustitución a favor de los indicados o de alguno de ellos, la responsabilidad de la gestión del sustituto recae sobre éste*» y no sobre el sustituidor.

2) La sustitución autorizada por el poderdante, pero sin designación de la persona.

Aquí el sustituidor sólo responde cuando el sustituto nombrado por él sea notoriamente incapaz o insolvente («*ex*» artículo 1.721. 2º del Código Civil), al considerarse que una designación en la que concurren tales condiciones se debe a su mala fe, a su abuso o a su negligencia. Fuera de estos casos, el primer apoderado queda desligado de toda responsabilidad, según se desprende de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en sentencia de 25 de junio de 1920).

Díez-Picazo considera que, si se ha autorizado la sustitución pero no se ha indicado la persona del sustituto, el sustituidor asume un deber de diligencia «*in eligendo*».

3) La sustitución no autorizada ni prohibida por el principal.

Del artículo 1.721. 1º, del Código Civil se deduce que, cuando no se dio facultad al primer apoderado para nombrar sustituto ni se le prohibió, aquél puede sustituir y responde la de gestión de éste.

Díez-Picazo disiente de la solución general admitida por la doctrina, manteniendo que, en este caso, «*no hay una verdadera y propia sustitución y tampoco «subapoderamiento», pues no se crea una relación jurídica entre el sustituto y el principal. El llamado sustituto es un mero auxiliar del apoderado ligado únicamente con éste*».

4) La sustitución prohibida por el principal.

En esta última circunstancia, como ya dijimos arriba, lo hecho por el sustituto es nulo, porque el propio nombramiento carece de validez («*ex*» artículo 1.721 «*in fine*» del Código Civil).



### 3) *El ejercicio anormal del poder*

El poder de representación se ejercita con normalidad cuando el apoderado se mantiene dentro de sus límites y cuando la finalidad perseguida por el agente coincide con el interés del representado; de ahí que los casos típicos de ejercicio anormal del poder de representación sean la extralimitación y el abuso del poder.

Se produce un ejercicio extralimitado de la representación en todos aquellos casos en que el apoderado traspasa los confines del poder.

El abuso del poder de representación presupone su existencia formal y la actuación del apoderado dentro de sus límites, sin embargo implica una utilización del poder para una finalidad distinta a la perseguida por el poderdante y en persecución de unos intereses diferentes de los imaginados por éste. En principio, el abuso del poder sólo afecta a la relación interna entre el poderdante y el apoderado, y sólo cuando el tercero contratante conociera o debiera conocer el mal uso podría darse la anulabilidad basada en la causa ilícita del negocio, aunque no sea clara la base legislativa de esta consecuencia.

Además de los ya enunciados, son casos típicos de ejercicio anormal del poder: la «*autoentrada*» del representante y la apariencia del poder de representación.

#### 3.a) **La autocontratación**

Existe «*autocontrato*» en aquellos negocios o actos jurídicos en los que una sola persona pone discrecionalmente en relación económica dos o más patrimonios distintos, cuya titularidad o representación ostenta.

Esa «*puesta en relación*» se lleva a cabo en virtud de una sola voluntad o, si se prefiere, de dos declaraciones de voluntad provenientes de una sola persona.

La hipótesis genuina de la autocontratación se da cuando el autor del negocio actúa en su propio nombre y en el de su representado; aunque también puede darse el caso de que el autor del negocio obre en nombre de dos personas a las que representa.

La autocontratación, que no cabe en los actos jurídicos unilaterales, implica una simplificación subjetiva de los negocios bilaterales, puesto que las



dos partes, por exigencia estructural, subsisten, pero el autor del negocio es una única persona.

El obstáculo que tradicionalmente se viene encontrando a la autocontratación en un negocio jurídico es que no parecen existir dos voluntades plenamente autónomas y enteramente libres, sino una única voluntad. Sin embargo la estimación de esa objeción debe hacerse desde el punto de vista de la lógica jurídica (de sus elementos deontológicos y éticos) o tomando en consideración la existencia o no de un conflicto de intereses. Como afirma la Resolución de 21 de mayo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la admisión de la autocontratación es excepcional no tanto por razones conceptuales como por motivos de estricta justicia, con el ánimo de evitar perjuicios al provecho del representado cuando el representante tiene que defender intereses contrapuestos.

La figura denominada autocontratación debió su origen a la práctica comercial, donde fue usada por comisionistas y banqueros que se consideraban autorizados por sus clientes, incluso, para contratar siendo ellos parte u obrando en representación de dos comitentes en un mismo negocio, sobre todo cuando se trataba de comprar y de vender valores o mercancías, en bolsas y mercados, con precios tasados o fijados periódicamente.

En ese ámbito mercantil, el comisionista, sin perder la calidad de intermediario, podía actuar simultáneamente en la operación encomendada (a la que algún autor denomina «*negocio de realización*») como parte contraria a su comitente, para sí o haciendo las veces de un tercero contratante. A esta figura se la denominó «*autoentrada*» del comisionista, pues éste «*entraba*» por su voluntad en el negocio de ejecución de la comisión.

No todos los países recogieron del mismo modo la figura en sus leyes mercantiles y, mientras que el artículo 1.735 del «*Codice Civile*» italiano de 1942 (al regular el «*Commisionario contraente in proprio*») y el párrafo 400 del «*Handelsgesetzbuch*» (o Código de Comercio alemán, de 1897), admitieron la «*autoentrada*» del comisionista, salvo prohibición expresa del comitente, el «*Code du Commerce*» francés de 1807 y el artículo 267 del Código de Comercio español de 1885, establecieron su prohibición, salvo autorización explícita del comitente.

En el mundo del derecho civil, las normas son más restrictivas. Los ordenamientos alemán e italiano pueden servir de ejemplo.



Como se sabe, el Código Civil es la pieza central del sistema de derecho privado alemán; las demás normas descansan en los principios de aquél; de modo que, en el Código de Comercio se encuentran sólo las reglas especiales relativas a las sociedades comerciales, ya que, a dichas personas jurídicas, les son aplicables las reglas generales sobre sociedades contenidas en el Código Civil. Pues bien, a diferencia de la pauta establecida en el «*Handelsgesetzbuch*», el «*Bürgerliches Gesetzbuch*» o Código Civil alemán, en su parágrafo 181, afirma: «*Un representante, en tanto que no se le permita lo contrario, no puede celebrar un negocio en nombre del representado consigo mismo, en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación*».

Por su parte, el Código Civil italiano regula el «*Conflitto d'interessi*» en su artículo 1.394, que dice: «*Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*»; y ordena el «*Contratto con se stesso*», en el artículo 1.395, con este tenor: «*E' annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi*».

Para terminar este breve recorrido por el derecho comparado, como una muestra de los códigos más modernos, pudiera ser de interés hacer mención aquí del Código de Comercio colombiano de 1971, cuya principal virtud es que, por ser relativamente reciente, recibe las principales influencias jurídicas del siglo XX. También su formación tiene caracteres peculiares que se resumen en lo siguiente: en Colombia, se ha renovado completamente el derecho mercantil, mientras se mantiene vigente el antiguo Código Civil de 1887. En su proceso de codificación, han influido las corrientes más cercanas, surgidas a consecuencia del fenómeno denominado comercialización del derecho civil, buscando la unidad del derecho privado sin dar preponderancia a una u otra rama y manejándose propuestas como la defendida por el profesor Gabino Pinzón, quien propugnaba que, en vez de formar un solo código de derecho privado, a modo de lo hecho en Italia o en Suiza, se elaborase un código comercial que unificase todo lo referente a los contratos y las sociedades, dejando al Código Civil la regulación exclusiva de las personas, la familia, las sucesiones y los actos y organizaciones sin ánimo de lucro.



El Código de Comercio colombiano, en la ordenación de la representación, al ocuparse de las «*Prohibiciones del representante*», dice en su artículo 839: «*No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado. En ningún caso podrá el representante prevalerse, contra la voluntad del representado del acto concluido con violación de la anterior prohibición y quedará obligado a indemnizar los perjuicios que le haya causado*». Y, tratando del mandato, al regular la «*Prohibición al mandatario de hacer contraparte al mandante*», afirma: «*El mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de éste*».

En cuanto a nuestro Código Civil y a nuestro Código de Comercio, las normas que de modo más directo regulan situaciones en las que puede darse algún caso de autocontratación, parecen opuestas a su validez y admisibilidad: el artículo 221 del Código Civil prohíbe al tutor actividades donde puede darse la autocontratación; el artículo 1.459 del Código Civil prohíbe a los mandatarios que compren los bienes de cuya enajenación estuvieran encargados, y el artículo 246 del Código de Comercio prohíbe la «*autoentrada*» del comisionista. Sin embargo, esas normas o tratan de proteger excepcionalmente los intereses del incapaz o del mandante, o admiten autorización contraria. No existe, por lo tanto, una norma de carácter general que prohíba la autocontratación.

Al comentar las reflexiones de la jurisprudencia acerca de la autocontratación, Díez-Picazo, tras hacer la exégesis de algunas sentencias del Tribunal Supremo, concluye: «*La doctrina jurisprudencial se encuentra todavía poco perfilada...No disponemos...de un «corpus» jurisprudencial que supla eficazmente la ausencia de normativa legal. Sin embargo, sí es posible aislar dos líneas conductoras: la admisibilidad de la figura como principio y su proscripción en los supuestos de incompatibilidad de intereses o de riesgo... de conflicto o abuso*».

En resumen, para que la autocontratación sea aceptable, el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de mayo de 1977) exige alternativamente: 1) que no exista incompatibilidad de intereses entre los propios del representado y los del representante, o 2) que se acredite la existencia de poder expreso para autocontratar, o 3) que los términos en los que aparezca extendido el poder, con el que el representante actúa, permitan calificarlo de adecuado, suficiente o bastante para que el apoderado pueda celebrar contratos consigo mismo.



Para terminar, resulta provechoso examinar la autocontratación exponiendo algunos de los criterios seguidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), cuyas resoluciones contienen interesantísimos dictámenes emitidos en evacuación de las consultas que se le formulan sobre el ejercicio de las funciones de la fe pública notarial y registrales, así como en la resolución de los recursos gubernativos que se plantean contra los actos de los titulares de las citadas funciones.

La DGRN, atenta desde su origen a las posiciones de los autores alemanes, admitió la autocontratación ya en sus Resoluciones de 29 de diciembre de 1922 y de 30 de mayo de 1930, aunque fuera sólo para rechazarla en los casos concretos de los que se ocupó entonces.

Según su actual criterio general, existirá un «*autocontrato*» prohibido en aquellos negocios o actos jurídicos en los que una sola persona ponga discrecionalmente en relación económica dos o más patrimonios distintos... siempre que se produzca un conflicto de intereses real o potencial entre dichos patrimonios.

Para que la autocontratación sea admisible, la DGRN considera necesario alternativamente:

**1)** Que exista autorización del representado, tanto en los casos de representación voluntaria como en los de representación orgánica. Es decir, la autocontratación es válida y eficaz cuando concurre la venia del poderdante; por ello, la licencia otorgada por el mandante constituye un supuesto indiscutido de «*autocontrato*» permitido.

La DGRN entiende que no es preciso que tal licencia o dispensa reúna especiales requisitos de forma (Resolución de la DGRN, de 15 de junio de 2004) y que la dispensa de autocontratación puede ser genérica, tanto en la representación orgánica como en la voluntaria (Resolución de la DGRN, de 3 de diciembre de 2004).

**2)** Que no haya conflicto de intereses.

Sin el ánimo de ser exhaustivos, podemos recordar que la DGRN entiende que hay «*autocontrato*» prohibido en los siguientes casos:

2.a) En las escrituras de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, si comparece un apoderado que representa a la vez a la sociedad deudora y a la sociedad hipotecante no deudora.



En diversas resoluciones, entre las que cabe destacar la de 20 de septiembre de 1989, la DGRN entendió que la hipoteca con fianza es un triple negocio jurídico, y no permite que dos de sus partes (en el caso que comentamos: el deudor y el hipotecante no deudor) estén representadas por la misma persona, salvo, claro está, que en los poderes otorgados se le haya conferido la posibilidad de autocontratar.

Sin embargo, la DGRN, en su Resolución de 5 de mayo de 2005, señala que, si la múltiple representación se produce en la posición del hipotecante no deudor, es decir, si hay dos hipotecantes no deudores representados por una misma persona, no se produce conflicto de intereses, pues se entiende que no existe una vinculación entre los dos patrimonios llevada a cabo por un mismo sujeto.

2.b) En las escrituras en las que el representante establece la solidaridad pasiva entre sus propias deudas y las del representado.

En este supuesto, la DGRN, en su Resolución de 21 de Junio de 2001, consideró que había autocontratación prohibida al concurrir un conflicto de intereses, pues, al pactar el representante que sus deudas y las del poderdante se conviertan en una sola deuda solidaria ante el acreedor, instituye una relación interna entre ambos patrimonios, de manera que, satisfecha la obligación principal por cualquiera de los dos deudores solidarios, el pagador se convertirá en acreedor del otro sin necesidad de que medie ninguna otra nueva declaración de voluntad.

2.c) En la escritura de una compraventa en la que un sujeto actúa como apoderado del vendedor a la vez que, siendo el administrador único de la sociedad compradora, en ejercicio de sus facultades, otorga poder a un tercero para que la represente, pretendiendo excluir así, aunque sea externamente, el «*autocontrato*».

Pues bien, la DGRN, en su Resolución de 21 de mayo de 1993, aplica su doctrina sobre la autocontratación y señala la existencia de un conflicto de intereses en el caso descrito, afirmando que no cambia el régimen de la operación «*si la persona en la que concurre el doble carácter interviene sólo como apoderado de una de las partes, y como poderdante de la otra*», ya que el poder conferido al tercero interpuesto depende del poderdante tanto en su otorgamiento original, como para su mantenimiento (pues cabe su revocación permanentemente), y para su ejercicio (a través de la emisión



de las correspondientes instrucciones, que serán obligatorias para el tercero apoderado).

Por último, según la doctrina mantenida por la DGRN, el «*autocontrato*» en el que concurra un conflicto de intereses no salvado por el poderdante es un acto nulo por falta de poder, siendo posible su ratificación por parte de las personas en cuyo nombre y representación se otorgó.

El profesor Díez-Picazo discurre que no puede tratarse de un contrato nulo, porque ello impediría la posibilidad de ratificación; y tampoco de un contrato anulable, porque ello obligaría al representado a ejercitar una acción para impugnar un acto que no debió afectarle de ningún modo. Se trata, según su opinión, de un negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación. Le falta el consentimiento del representado, que no cabe presumir que exista en un contrato potencialmente lesivo a sus intereses; en pocas palabras, le falta la ratificación.

### 3.b) La apariencia de poder

El apoderamiento puede existir y ser bastante o no. Siempre que una persona actúa externamente por y para un «*dominus negotii*» sin tener poder suficiente es un «*representante sin poder*», llamado doctrinalmente «*fictus procurator*» o «*falsus procurator*». Ello puede suceder porque nunca haya existido apoderamiento, porque haya caducado o haya sido revocado el otorgado, o por no ser suficiente el poder que se detenta.

El «*falsus procurator*» es una persona que comete una actividad inicialmente ilícita, pues se injiere en la esfera jurídica ajena sin estar autorizado; sin embargo el ordenamiento no sanciona con una nulidad radical dichas actuaciones, sino que eventualmente las salva por medio de la figura de la ratificación del «*dominus*».

En sus comentarios sobre el «*falsus procurator*», tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que es un caso claro de «*representación sin poder*»; aunque, en mi opinión, las paradojas de ese estilo, pese a desnudar el «*quid*» del problema, retuercen el lenguaje hasta el punto de que nublan lo que intentan definir. De cualquier modo, la actuación del «*falsus procurator*» sólo puede darse en los casos de representación propia o directa.

Por último, con respecto a la apariencia de poder, el profesor Díez-Picazo, tratando de deslindar la figura del «*representante sin poder*» de la del



representante aparente, considera al llamado «*falsus procurator*» una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de poder de representación, en la cual la protección hay que dispensarla a favor del «*dominus*», porque éste no participa en absoluto en la actividad de aquél.

Sin embargo, en la representación aparente, el aspecto ficticio del poder de representación «*puede obedecer a un comportamiento del «dominus negotii», cuando éste, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de la situación en que los terceros pudieran confiar razonablemente*». En este caso, estamos ante una auténtica procura o apoderamiento tácito producido por «*facta concludentia*», es decir, por los hechos concluyentes mediante los que la voluntad del «*dominus*», más que declarada, es ejecutada.

### La ratificación

La ratificación es una declaración hecha por la persona en cuyo nombre se otorgó un contrato por un «*falsus procurator*», antes de que la otra parte contratante revoque su consentimiento, en virtud de la cual hace suyos los efectos derivados del negocio («*ex*» artículo 1.259, párrafo segundo, del Código Civil).

La ratificación constituye una declaración unilateral y recepticia de la voluntad del «*dominus*».

Sobre quién haya de recibir esa manifestación no valen bizantinismos: su expresión sólo resultará eficaz si el tercero, contratante con el «*falsus procurator*», tiene noticia de ella antes de revocar su consentimiento.

En cuanto a la forma de la ratificación, la doctrina española se divide entre los partidarios de la libertad de forma, en la corriente de lo expresado por el apartado primero del párrafo 182 del Código Civil alemán, y los que, por el contrario, mantienen consonancia con lo que señala el artículo 1.399 del Código Civil italiano, que sujeta la ratificación a la misma forma que el negocio ratificado.

En esta discusión, interviene Díez-Picazo, admitiendo la informe ratificación tácita, con el siguiente comentario: «*La ratificación tácita es un comportamiento del principal llevado a cabo mediante actos concluyentes, que entraña una inequívoca aceptación de lo hecho por el mandatario y que es*



*contradictorio con un posterior ejercicio por su parte de una acción de nulidad. La ratificación tácita puede ser configurada de manera subjetiva, como índice, cauce, instrumento o medio de manifestación de la voluntad del «dominus», o en forma objetiva, como comportamiento objetivamente contradictorio con el posterior ejercicio de una pretensión jurídica inconciliable. A nuestro juicio, es preferible este último punto de vista».*

La ratificación ha de revestir, en general, todos los requisitos que habitualmente se predicán de la aceptación contractual:

- 1) ha de realizarse tempestivamente, es decir, antes de la revocación hecha por el tercero contratante,
- 2) debe ser pura y, por tanto, no contener ninguna modificación que afecte a las declaraciones del tercero y del «*falsus procurator*», y
- 3) es necesario que proceda de quien tenga capacidad y legitimación suficientes.

Por último, una característica peculiar de la ratificación es su eficacia retroactiva. En su virtud, si el «*dominus*» ratifica tempestivamente, los efectos del negocio se dan en su patrimonio desde el momento en que fuera realizado.

Desde luego que esa retroactividad se halla limitada por los derechos adquiridos por los terceros en el ínterin. Nada dice nuestra ley sobre este límite del efecto; pero la doctrina suele recordar las normas del artículo 1.399 del Código Civil italiano, que dice: «*Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso*». «*La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi*». «*Il terzo è colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica*». «*Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata*». «*La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi*».

La doctrina italiana, sobre la base de ese precepto, distingue algunos casos en los que, a pesar de la retroactividad de la ratificación, quedan a salvo los derechos de los terceros contratantes. Ideas que, cada vez con mayor asiduidad, son compartidas por los autores españoles.



No se ven afectados por el efecto retroactivo de la ratificación:

- 1) Las terceras personas que hayan adquirido derechos transmitidos por el «*dominus*» en un momento posterior a la celebración del contrato por el «*falsus procurator*», pero anterior a la ratificación.
- 2) Los acreedores que, en el tiempo intermedio entre la perfección del negocio representativo y la ratificación, hayan realizado actos de ejecución sobre los bienes del principal.

En resumen, salvadas esas excepciones, sobrevenida la ratificación del principal, el contrato celebrado por el falso representante produce efectos «*ex tunc*».



## COLOFÓN

Caspar Rudolf von Ihering vino a decir que la Historia del derecho muestra el carácter particular y narrativo del abecedario jurídico. *«Junto con los preceptos -afirmaba el profesor de Aurich-, varían los conceptos y las instituciones. No tan sólo se altera la naturaleza y el significado de las letras existentes, sino que, con el tiempo, éstas desaparecen y son reemplazadas por otras nuevas».*

Las doscientas ochenta y pico leyes del Código de Hammurabi, nos dibujan una sociedad enormemente compleja, a pesar de su antigüedad. En la Babilonia gobernada por la estirpe de los amorreos, ya se hablaba del interés del dinero (ley 89) y hasta del reparto del beneficio en las sociedades (ley 99). Hace casi cuatro mil años, en el corazón de Mesopotamia, el acopio de bienes había hecho nacer una sociedad de clases y el derecho comenzaba a ser, como quería Caspar Rudolf, *«una lucha»* (en *«Der Kampf ums Recht»*); pues tiene como finalidad conseguir la paz social, pero es, objetiva y paradójicamente, un combate contra aquello que la perturba.

No mucho antes, en diversos lugares de Eurasia, de modo local y asíncrono, desde las aldeas donde se torneaban los vasos en forma de campana que se extendieron por el Occidente, hasta los poblados de Ban Chiang, en la meseta tailandesa de Khorat, al otro lado del mundo, los seres humanos sedentarios comenzaron a mezclar mucho cobre y poco estaño para alear bronce. Dio la hora, turbia y fugaz, en que la acumulación de las riquezas procedentes del ganado y las cosechas aún no había creado abismos entre los hombres. Quizá en aquel tiempo aparecieran los primeros pactos, como un poso de la reiterada costumbre; es probable que, ya entonces, la usanza



acendrase negocios, como la locación, la permuta o el mandato, del modo cabal en que luego nos los legaron los romanos.

Un hombre encomienda su encargo a un prójimo en quien confía; al despedirlo, entrechocan las manos y el mandante insta: «*Hazlo por mí. Usa mi nombre*». Esa voz resuena en todo lo que he expuesto.

Scutum suum inscitia est. Este clementes.



## BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, José. 1940. «*Derecho Romano*». Volúmenes I y II. Madrid.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. 1992. «*La representación con poder*». Editorial Civitas. Madrid.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. 2005. «*Formularios notariales*». Editorial Bosch. Barcelona.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel. 1998. «*Apoderamiento y representación voluntaria*». Editorial Aranzadi. Pamplona.
- BARCA, Fabrizio, y otros. 1997. «*Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*». Donzelli editore. Roma.
- BARRERA GRAF, Jorge. 1967. «*La representación voluntaria en el derecho Privado*». Editado por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «*El Código de Comercio colombiano*». «<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/6.pdf>».
- BONEL Y SÁNCHEZ, León. 1890. «*Código Civil Español concordado y comentado*». Editorial López Robert. Barcelona.
- CANTIN CUMYN, Madeleine. 2007. «*Le Pouvoir juridique*» Université McGill. Montreal. Canadá.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. 1939. «*Derecho Civil español común y foral*». Instituto Editorial Reus. Madrid.
- CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO de 25 de enero de 1983. 2006. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos.
- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. BÜRGERLICHES GESETZBUCH. 2008. Traducción dirigida por Albert Lamarca Marquès. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid.
- CÓDIGOS CIVILES EXTRANJEROS. «<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/>».
- CORPUS IURIS CIVILIS. 1889-1898. Seis volúmenes. «*Cuerpo del derecho civil romano. A doble texto. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüg-*



- gen; con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por Ildefonso García Corral». Traducción de Ildefonso L. García del Corral. Jaime Molinas Editor. Barcelona.*
- DÍEZ-PICAZO, Luis. 1979. «*La representación en el derecho privado*». Madrid.
  - ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEA Y AMERICANA. Editorial Espasa Calpe. S.A. Madrid.
  - ENNECCERUS, Ludwig / KIPP, Theodor / WOLFF, Martin. 1944. «*Tratado de Derecho Civil*». Tomo I, volumen II. Editorial Bosch. Barcelona.
  - ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy. 1957. «*Tratado de Derecho Notarial*». Editorial Marfil. Alcoy. Alicante.
  - ESCOHOTADO, Antonio. 2008. «*Los enemigos del comercio*». Espasa Forum. Madrid.
  - JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. El Derecho Editores. Base de datos de jurisprudencia. «<http://www.elderecho.com/>».
  - GAILLARD, Emmanuel. 1985. «*Le pouvoir en droit privé*». Editions Economica. Paris.
  - GARCÍA GOYENA, Félix. 1852. «*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*». Tomo IV. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid
  - GARZA MEDINA, Luis. 1998. «*Significado de la expresión «Nomine ecclesiae» en el Código de Derecho Canónico*». Editorial Pontificia. Universidad Gregoriana.
  - HEINECIO, Juan. 1888. «*Recitaciones de Derecho Civil Romano*». Traducido y anotado por Collantes y Bustamante. Reimpresión de la Edición de la Librería de Pascual Aguilar. Valencia.
  - HUPKA, Josef. 1930. «*La representación voluntaria en los negocios jurídicos*». Editorial Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.
  - IGLESIAS, Juan. 1958. «*Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*». Ediciones Ariel S.A. Esplugues de Llobregat (Barcelona).
  - IHERING, Caspar Rudolf von. 2005. «*El espíritu del Derecho Romano («Geist des Römischen Recht auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung»)*». Abreviatura de 1947 hecha por Fernando Vela. Marcial Pons. Madrid.
  - ITURRIAGA ROMERO, José. 1974. «*La representación en el Derecho Privado*». Editorial San Marcos. Lima.
  - JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. 1965 (1ª edición de 1937). «*Derecho Privado Romano*». Traducción de la segunda edición alemana hecha por Luis Prieto-Castro Ferrándiz. Editorial Labor S.A. Barcelona.
  - LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen. 1999. «*Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho moderno*». Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones.



- MANRESA Y NAVARRO, José María. 1931. «*Comentarios al Código Civil*». Editorial Reus. Madrid.
- MARCU, Valeriu. 1967. «*Maquiavelo, la escuela del poder*». Colección Austral. Editorial Espasa Calpe. Madrid.
- MOUTON Y OCAMPO, Luis, y otros. 1910. «*Enciclopedia Jurídica Española*». Editorial Francisco Seix.
- NATTINI, Angelo. 1910. «*La doctrina generale della procura*». Società Editrice Libreria. Roma, Milano, Napoli.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. 1998. «*Representación, poder y mandato*». Editorial Porrúa. México.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio. 1994. «*Mandato y representación en el derecho histórico*». Anales del Derecho. Universidad de Murcia. Número 12. «<http://hdl.handle.net/10201/8390>».
- PETIT, Eugène. 1926. «*Tratado elemental de Derecho Romano*». Traducción de José Ferrández González. Editorial Saturnino Calleja S.A. Madrid
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. Continuado por BONET RAMÓN, Francisco. 1949. «*El código civil español concordado y comentado*». Tomo XXVI. Volúmenes I y II. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- ROCCO, Alfredo. 1931. «*Principios de Derecho Mercantil*». Madrid.
- ROCES, Wenceslao. «*La teoría de las fuentes de las obligaciones en Derecho Romano*». Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F. «[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)» y «[www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx)».
- SALDAÑA, Javier. 2002. «*Moral y Derecho. El contenido de las «regulae iuris» del Derecho Romano clásico*». Editado por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- SCHULZ, Fritz. 1949. «*I principii de Diritto Romano*». Firenze.
- STORY, Joseph. 1832. «*Commentaries on the law of bailments*». Hilliard and Brown Booksellers. Harvard University. Cambridge.

