

# Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento

1. *La forma del apoderamiento: indicaciones generales.*—En nuestro Derecho Positivo no existe una norma general que haga referencia a la forma que debe revestir el negocio jurídico de concesión de un poder de representación. Nuestro Código civil, acorde con la tradición romanista en la que se inspira, contiene un precepto, que es el artículo 1.710, relativo a las formas de celebración del contrato de mandato, que la doctrina y la jurisprudencia, entienden aplicable por lo general a la concesión del poder de representación. Este artículo dice que el mandato puede ser expreso o tácito y que el mandato expreso puede darse por instrumento público, por documento privado o simplemente de palabra.

2. *La regla general de libertad de forma del apoderamiento.*—La regla general es, por consiguiente, la libertad de forma en cuanto a la declaración de voluntad del principal en que encarna el otorgamiento del poder de representación. Esta regla concuerda perfectamente con el principio espiritualista, que para toda clase de contratos—y, en general, de negocios jurídicos—enuncia el artículo 1.278 del Código civil y que corresponde a la tradición de nuestro Derecho Histórico desde la conocida Ley del Ordenamiento de Alcalá. El problema del negocio de apoderamiento no es, por consiguiente, en línea de principio, un problema de prueba. La forma no es constitutiva del negocio y el poder puede decirse que nace con independencia de ella.

La regla de libertad de forma del negocio de concesión del poder

aparece ligada en la doctrina tradicional con la idea de la independencia del negocio de apoderamiento, tanto respecto de los negocios causales que le sirven de fundamento, como con respecto al negocio de ejecución del mismo. Esta idea es la que cristaliza en el parágrafo 167 del Código civil alemán.

3. *Forma del negocio de apoderamiento y forma del negocio representativo.*—En la doctrina se ha cuestionado, sin embargo, si es exigible para el negocio de otorgamiento del poder la misma forma que se requiere para la celebración del negocio en el cual el poder va a ser utilizado por el representante. El Código alemán se inclina por la respuesta negativa, fundándose en la idea de la «independencia» del apoderamiento. El parágrafo 167, B. G. B., dice que «la declaración de apoderamiento no necesita la forma establecida para el negocio a que el poder se reflere». En cambio, el Código civil italiano llega a la conclusión cabalmente contraria, pues dispone en su artículo 1.392 que el poder no produce efecto si no se confiere con la forma prescrita para el contrato que el representante debe concluir.

Los autores italianos justifican esta exigencia recordando las palabras contenidas en la Exposición de Motivos, donde se dice que, estando los efectos del negocio representativo destinados a producirse en la esfera del representado, la manifestación de éste, que está ya enderezada a la consecución de tal resultado, no puede menos de revestirse de idéntica forma que la prescrita por la Ley para el asunto principal. La idea es que el *dominus* manifiesta una voluntad, aunque sea eventual, de obtener los efectos jurídicos del negocio, en el momento en que otorga el poder, es decir, en este momento el *dominus* manifiesta ya una voluntad negocial. En el momento en que el poder es otorgado—se dice—el mandante se ha vinculado ya, y en ese momento deben cumplirse los presupuestos de eficacia de esa voluntad negocial. Las mismas razones de orden público que militan en favor de la forma solemne del negocio principal deben aplicarse al apoderamiento.

La idea anterior no me parece admisible para el Derecho español. Para sostenerla sería menester que la voluntad del principal, en cuanto voluntad negocial de los efectos jurídicos, tuviese validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal

manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, como ocurre, por ejemplo, con la voluntad testamentaria. En nuestro Derecho, la forma no siempre cumple esa función, sino que puede ser un medio de publicidad o un medio privilegiado de constatación de la existencia del negocio. Por otra parte, la voluntad del *dominus* puede ser ciertamente entendida como una voluntad de asunción de los efectos jurídicos que produzca el negocio de su apoderado y, si quiere, como una voluntad implícita de tales efectos, en cuanto eventuales o futuros. Pero no es, rigurosamente hablando, una «voluntad negocial». El negocio, que es lo que en la hipótesis que analizamos tiene que adoptar una forma determinada, es la regla de conducta, el precepto o la regulación de intereses nacidos del comportamiento de los otorgantes. La voluntad del *dominus* es, si se quiere así, el punto de sutura del negocio con la esfera jurídica del *dominus*, pero no es el negocio en sí mismo considerado. Cuando la Ley exige una forma para el negocio, lo hace tutelando un interés concreto, que consiste en que reciba un cierto tipo de documentación no tanto la voluntad, cuanto el conjunto de reglas o de preceptos en que el negocio consiste.

4. *Los poderes documentados: la exigencia del otorgamiento de documento público.*—Un poder es documentado cuando la declaración de voluntad del *dominus* o *poderdante* se incorpora a un documento. La documentación del poder puede hacerse por simple voluntad de las partes o para cumplir con ello un precepto legal. En nuestro Derecho Positivo una exigencia de documentación de los poderes de representación puede encontrarse en dos tipos de normas: las que imponen el otorgamiento de un documento público y las que imponen simplemente que el poder o la representación consten por escrito.

Dentro del primer tipo de normas la más importante es, sin duda, el apartado 5.º del artículo 1.280 del Código civil. Conforme a él, «deberán 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».

La delimitación de esta norma del artículo 1.280 del Código civil, en cuanto establece los poderes de representación cuyo otorgamiento debe constar en escritura pública, posee un evidente interés para nuestro estudio. Conviene, por ello, que detengamos durante unos momentos nuestro análisis en este punto.

1.º El poder para contraer matrimonio.—Se refieren a él, como sabemos, los artículos 87 y 100 del Código civil. El acto de celebración de un matrimonio puede ser realizado por la persona a quien uno de los contrayentes, o los dos, hayan «otorgado poder especial para representarles». Como sabemos, ha sido doctrinalmente discutido si en el supuesto examinado existe genuina concesión de un poder de representación o se trata más bien de un runcio-portador de la voluntad de otro, de tal manera que la declaración de voluntad negocial la realiza siempre el contrayente. Lo que está fuera de toda duda es que el Código impone a este negocio—de apoderamiento especial o de encargo al nuncio—un requisito de forma. La razón de ser de la exigencia formal puede encontrarse en el hecho de que el poder debe surtir sus efectos en un documento que es a su vez público también, como son el expediente matrimonial y las actas del Registro civil. Igualmente, cabe señalar la idea de que el estado civil—para cuya constitución el poder se otorga—supone una cuestión de orden público, que hace necesaria una evidente dosis de seguridad y de fehaciencia.

2.º Los poderes judiciales o poderes causídicos.—Según el artículo 1.280-5.º deben constar en documento público los poderes generales para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio. El «poder general para pleitos» es el conferido por un litigante a un procurador de los tribunales o, excepcionalmente, a un abogado o a un lego en derecho, a fin de que lo represente en actuaciones procesales de naturaleza contenciosa. A primera vista, el requisito del documento público parece ligado a la generalidad del poder («poder general»). Sin embargo, el resto del inciso denota con claridad que la forma es impuesta para todo poder que deba ser utilizado ante un órgano jurisdiccional. Por tanto, cualquiera que sea su alcance—general o especial—, la naturaleza de la actuación—proceso contencioso o acto de jurisdicción voluntaria—y el

carácter o cualidad con que se deba intervenir—litigante, parte en sentido procesal, etc.

La razón de ser de la exigencia legal radica en la naturaleza pública de la actividad jurisdiccional que impone la necesidad de fehaciencia de las actuaciones.

Normalmente, el poder deberá constar en escritura pública. Excepcionalmente, cabe también que la representación sea conferida a través de otro cauce formal (v. gr., *apud acta* o ante el propio órgano jurisdiccional) lo que, sin embargo, no priva al documento de su carácter público.

En materia administrativa, la L. P. A. admite que la representación de un interesado en un expediente pueda acreditarse mediante documento privado con firma legalmente reconocida, mediante documento público o ser conferido *apud acta*.

3.º Los poderes generales de administración.—El apartado 5.º del artículo 1.280 del Código civil exige también la constancia en documento público de los «poderes para administrar bienes». A pesar de la dicción literal del precepto, un tanto equívoca, creemos que debe entenderse referida sólo a los poderes generales para administrar toda clase de bienes del *poderdante*, es decir, a la clásica *procuratio omnium honorum*. La imposición del requisito formal no parece encontrar su fundamento en exigencias de orden institucional, sino simplemente en razones de pura conveniencia práctica.

4.º El poder para comparecer en una escritura pública.—Alude también el artículo 1.280-5.º, comprendiéndolo en el requisito formal del documento público, a los poderes que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública. Si el acto o negocio del representante ha de documentarse, bien por voluntad de las partes o bien por imperativo legal, en escritura pública, la representación debe constar fehacientemente. Lo impone así la fehaciencia y la estructura misma del documento notarial.

El artículo 1.280-5.º se refiere sólo a las «escrituras públicas» con lo cual deja fuera los demás documentos notariales que no revistan aquel carácter y en particular los que puedan otorgarse como «actas».

5.º Los poderes de representación y el «perjuicio a tercero» — El inciso final del apartado 5.º del artículo 1.280—o haya de «perjudicar a tercero»—es de difícil inteligencia. La construcción gramatical de la frase permite entender que el perjuicio de tercero deriva del acto de otorgamiento del poder—poder que haya de perjudicar a terceros—o del acto cumplido por el apoderado en el ejercicio del poder—poder que tenga por objeto un acto que haya de perjudicar a tercero—. Entre las dos variantes esta última parece la más razonable. El mero otorgamiento del poder no es nunca un acto capaz de repercutir en la esfera del tercero, si no se interpone, *a priori* o *a posteriori*, un acto del representante. Para el tercero, el poder en sí mismo, aisladamente, es *res inter alios acta*, que ni le beneficia, ni le perjudica. Es, pues, el acto del representante utilizando el poder lo que debe «perjudicar a tercero».

Ahora bien, ¿en qué consiste este perjuicio de tercero y quién es éste tercero a quien el acto ha de perjudicar? Ante todo, debe reconocerse que para que pueda hablarse de «perjuicio de tercero» será menester un acto del que dicho tercero no sea coautor o participe y cuyo efecto determine en su esfera jurídica o bien la necesidad de soportar una pretensión dirigida contra él o bien la subsistencia o la conservación de un derecho del que él sea sujeto pasivo o bien la extinción de un derecho del que él sea titular. Se comprende en seguida que este tercero a quien «perjudica» el acto del representante no es un tercero que contrata con el apoderado, pues, si contrata, el contrato en cuanto libremente aceptado no le perjudica. El tercero perjudicado es el destinatario de una declaración del apoderado o una persona en cuya esfera influye el contrato que el apoderado con otra persona celebra. Por ejemplo, si venta quita renta, tercero perjudicado no sería el comprador a quien el apoderado vende, sino el arrendatario.

5. *Los poderes de representación formalmente defectuosos.*— Un estudio de los requisitos formales del negocio de apoderamiento no puede detenerse en el análisis aunque sea pormenorizado de aquellas hipótesis en que legalmente se exige una documentación especial. Para comprender el alcance que posee el requisito formal, se hace preciso preguntar cuáles son las consecuencias que producen o que pueden determinar los poderes de

representación formalmente defectuosos. Se trata, obviamente, de casos en los cuales la voluntad del representado en punto a la concesión del poder ha existido, aunque no haya encarnado en un documento del tipo exigido por la Ley. Por ejemplo, la Ley exige un documento público y existe un simple documento privado; la Ley exige un documento escrito y el poder ha sido concedido verbalmente.

La forma no parece que sea constitutiva o *ad substantiam*. Ante todo, la incardinación de la exigencia de forma en materia de poderes de representación en la órbita del artículo 1.280, parece que debe llevar a la consecuencia de que el alcance del requisito forma no es otro que el que con carácter general predicen los artículos 1.278 y 1.279. La eficacia de la forma se produce, ante todo, *ad probationem*, lo que quiere decir que el representante no podrá acreditar su condición de tal, ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa. Tales terceros o tales funcionarios podrán justamente alegar, al menos en vía de principio, que no les consta la existencia del poder y que, por consiguiente, no pueden admitir la eficacia del acto como acto del representado. Esta consecuencia es importante si el acto del apoderado es una intimación, una pretensión o un requerimiento. La negativa a admitir la eficacia del acto a causa del defecto formal del poder no aparece, sin embargo, justificada, si con anterioridad el tercero había admitido la existencia de la representación. En tales casos existe o bien una confesión o bien un *factum proprium* con el cual no es posible ponerse en contradicción.

La incardinación de la exigencia de documentación de los poderes en la órbita del artículo 1.280 conduce, además, a la aplicación del artículo 1.279. Si para la plena eficacia de un acto es necesaria la forma, las partes pueden recíprocamente compelerse a llenarla. ¿Quiénes son en nuestro caso los titulares de esta pretensión dirigida a que el *dominus* eleve el negocio de apoderamiento a la forma imperativamente exigida por la Ley? Parece, desde luego, que lo será el tercero que ha contratado con el apoderado, puesto que la plena eficacia del contrato hace necesaria la forma. A mi juicio, puede reclamarlo el representante, si en otro caso se derivase para él algún tipo de responsabilidad. Tal

responsabilidad no se producirá en sus relaciones con el *dominus*, pues frente a él no ha existido extralimitación. Pero puede existir responsabilidad por culpa *in contrahendo* en la relación representante-tercero.

El estudio del alcance del requisito de forma del poder y de los poderes formalmente defectuosos exige todavía contemplar algunos otros aspectos del problema. Podemos admitir que un poder formalmente defectuoso no es idóneo para desplegar toda la eficacia que en otro caso le correspondería. Ahora bien, ¿cómo funciona esta merma de eficacia que deriva del poder informal? Esta merma de eficacia, ¿toca a la relación representativa entre *dominus* y representante o toca al acto representativo cumplido por el representante con el tercero?

A mi juicio, es claro que un defecto de forma en el negocio de apoderamiento no afecta para nada a la relación representativa entre principal y representante. Esta relación representativa no sólo nace, sino que surte todos sus efectos. Esta solución se deduce claramente del artículo 1.710. La relación de mandato se constituye cualquiera que sea la forma en que se ha manifestado la voluntad del mandante. Lo mismo cabe decir en los casos en que la relación representativa adopte un esquema normativo diferente. Ello significa que ninguna de las dos partes puede negar ni discutir la existencia del vínculo representativo, ni los derechos y deberes derivados de él.

Los defectos formales del apoderamiento afectan sólo al acto representativo en la medida en que aquel es un presupuesto de la eficacia de éste. Por supuesto, el acto cumplido por el representante no es plenamente eficaz si su poder no consta en la forma exigida por la Ley. Ahora bien, ¿cuál es el tipo de ineficacia a que queda sometido? Me parece claro que no hay una nulidad radical y absoluta. No se trata de un acto nulo. Tampoco es un acto anulable. No puede atacarlo o desconocerlo el *dominus* con base en la insuficiencia formal del poder. Si el *dominus* puede *a posteriori* ratificar la actuación del apoderado y para que haya ratificación basta una voluntad simplemente tácita, no se ve cómo puede el *dominus* desconocer lo actuado por su representante, cuando ha existido previamente la voluntad de apoderarlo. Tampoco puede impugnar el acto el tercero que ha contratado con el apoderado,

porque este tercero por hipótesis le ha admitido como tal apoderado al contratar con él. El tercero puede únicamente reclamar la elevación del apoderamiento a la forma legal a fin de que el negocio surta todos sus efectos.

El negocio representativo llevado a cabo por un apoderado con poder formalmente defectuoso no es un acto auténticamente inválido, sino un negocio incompleto. Es un negocio ineficaz porque no se ha acabado el *iter* de los elementos de la *species facti* negocial. Ahora bien, si ello es así, es claro que en cualquier momento puede completarse la *species* y el negocio surtir todos sus efectos. Propiamente no se trataría de una subsanación, sino de una integración. Llámesele subsanación del defecto formal del poder o integración de la *species facti* del acto o negocio representativo, su consecuencia obvia es atribuir a este último plena eficacia *inter partes*—llamando aquí parte al tercero que contrató con el representante—con alcance retroactivo.

Las cosas ocurren de diferente manera cuando el acto unilateral del representante o el negocio celebrado por el representante perjudican a un tercero en el sentido que más arriba dimos a esta expresión: dirige una pretensión, conserva un derecho del que el tercero es sujeto pasivo (v. gr., interrupción de una prescripción) o extingue un derecho del que el tercero es titular. En todo caso, mientras el poder no aparezca formalizado regularmente, el acto no es eficaz contra el tercero. La regularización del apoderamiento subsana la ineficacia del acto, pero el alcance de la subsanación no es entonces retroactivo.

6. *La publicación de la existencia del poder: la inscripción de los poderes en los registros.*—Cuando el poder de representación, por ser general, está destinado a permitir la celebración de una amplia gama de actos y contratos, con personas diversas, es conveniente que tanto la existencia como, en su caso, las eventuales modificaciones e incluso la revocación lleguen a conocimiento del público en general, en la medida en que en él se encuentran los posibles destinatarios.

Nuestro Derecho Positivo no establece, sin embargo, una carga o una obligación de dotar de publicidad a los poderes de representación más que en algunos casos concretos. Se trata casi siempre

de supuestos de inscripción de la representación en los registros públicos. Los más notables son los siguientes:

1.º La inscripción de las «representaciones legales» en el Registro civil.

2.º La inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y resoluciones de los que resulte una modificación de la capacidad del titular registral (art. 2, 4.º L. H.) que supondrá necesariamente la inscripción de la representación legal correspondiente.

3.º La inscripción de los poderes mercantiles en el Registro del mismo nombre.

7. *La inscripción registral de los poderes mercantiles.*—El artículo 21 del Código de comercio establece que en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán «los poderes generales y la revocación de los mismos, si la hubiere, dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios».

El Reglamento del Registro Mercantil transcribe casi literalmente la norma del Código, en materia de comerciantes individuales (art. 76. 1.º), añadiendo «que la inscripción se practicará en vista de las respectivas escrituras públicas» y que se transcribirán en ella las facultades conferidas. En cambio, en materia de sociedades, el Reglamento del Registro desarrolla con algún detalle la norma codificada.

a) Con carácter general para todo tipo de sociedades, considera obligatoria la inscripción de «el nombramiento y cese de administradores y liquidadores» y de «los poderes, así como su modificación revocación y sustitución». No es, sin embargo, obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos, que no estén sujetos a inscripción (art. 96, 5.º y 6.º R. R. M.).

b) Para las sociedades colectivas y comanditarias, la inscripción debe contener la designación de los «socios a quienes se encomienda la administración y representación de la sociedad (artículos 98, 8.º y 99).

c) En materia de sociedades anónimas es contenido de la inscripción, como mención estatutaria, la designación de los órganos

a quienes se confía la administración, determinando si se confiere a uno o varios administradores solidarios o a un Consejo de Administración. Los estatutos deberán contener «la expresión de quien o quienes ostenten la representación de la sociedad, si no existiera Consejo de Administración» (art. 102).

Por su parte, el artículo 110 añade que «el nombramiento de comisión ejecutiva o de consejero delegado y en general, la delegación permanente de facultades del Consejo de Administración, así como los poderes generales que, en su caso, acordare conceder la Junta General y la modificación o revocación de todos estos actos, constarán en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil».

8. *Los efectos de la inscripción registral de los poderes mercantiles.*—Para calibrar debidamente el alcance de las normas anteriormente aludidas que prescriben la inscripción de poderes en el Registro Mercantil, es preciso preguntarse cuál es el alcance y las consecuencias de dicha inscripción. En el Código de Comercio contempla el problema el artículo 29. Los poderes no registrados —dice este artículo— producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueran favorables. En el Reglamento del Registro no existe ninguna norma que contemple de una manera especial la eficacia de la inscripción respecto de los poderes, pero debe entenderse que les son aplicables las reglas generales en punto a la eficacia de las inscripciones. Estas reglas, contemplan dos aspectos: uno positivo y otro negativo. De acuerdo con el primero, «se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia» (art. 2, párr. 2.º). Se presume también que el contenido de los libros del Registro es exacto y válido (art. 3). Desde el segundo punto de vista, se establece que «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de terceros», pero que «no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión» (art. 2.º, párr. 3.º). Examinemos, separadamente, uno y otro aspecto.

En el orden de la «eficacia positiva de la inscripción» parece claro el funcionamiento de la llamada «presunción de exactitud».

Si el poder está inscrito, la inscripción es el módulo de las facultades representativas del apoderado. El *dominus* está vinculado por el contenido registral y éste vale frente a él. El tercero tiene derecho a considerar que frente a él el Registro expresa la realidad jurídica. Las modificaciones, limitaciones o revocaciones no inscritas no afectan al tercero. La presunción en todo caso es relativa y exige que el tercero sea de buena fe. La buena fe, sin embargo, se presume también, en virtud de la prerrogativa general de probidad.

Mayores dificultades suscita puntualizar cómo juega, en materia de poderes, la «presunción de conocimiento» del Registro. El Registro se presume conocido *por todos*. Que la presunción de conocimiento afecte al *dominus* y a su representante no me parece difícil de admitir. En cambio, necesita matizarse la presunción de conocimiento de los terceros. Presumir conocido el Registro, significa presumir conocido el hecho mismo de que el representante ostenta un poder y el alcance de éste. De ello derivaría que el tercero sabe siempre presuntivamente que contrata con un representante y que hay, por consiguiente, una actuación representativa. Sin embargo, el Registro no suple, merced al juego de la presunción de conocimiento, la *contemplatio domini* y la revelación del carácter representativo de la actuación de una persona. Una y otra circunstancia deben ser siempre extrarregistrales. La única consecuencia de la «presunción de conocimiento» es que, producida por virtud de hechos extrarregistrales, una actuación representativa, el tercero conoce—o debe conocer y, por consiguiente, se presume que conoce—el alcance del poder. El tercero no puede, en tal caso, alegar la inexistencia de representación.

Vengamos ahora a lo que antes habíamos llamado eficacia negativa del Registro. El artículo 29 del Código de Comercio es claro en punto a la relación interna o relación representativa. Esta es, por completo, independiente de la inscripción o de la falta de inscripción. Entre representante y representado se dan todas las acciones, derechos y deberes, lo mismo si está inscrito el poder que si no lo está. La cuestión surge, pues, en la relación externa o relación del representante o del representado con los terceros. En este punto el texto del artículo 29 del Código de Comercio diverge un tanto de la regla general del artículo 2 R. R. M. Según el ar-

título 29 del Código de Comercio el poder no inscrito no puede utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, puede fundarse en él en cuanto le fuere favorable. Según el artículo 2 R. R. M. el poder no inscrito no produce ningún efecto *respecto* de terceros, pero la falta de inscripción no puede ser alegada por quien sea culpable de ella. La divergencia, por lo menos textual, es clara. De acuerdo con el Código, la única eficacia de que el negocio queda desprovisto es aquella que resulta perjudicial para el tercero. De acuerdo con el Reglamento no se produce ninguna eficacia respecto de terceros, aunque la imposibilidad de alegar la falta de inscripción por el culpable limita un tanto el alcance de la regla.

El último inciso del precepto reglamentario citado señala que el que hubiera incurrido en la omisión no puede alegar la falta de inscripción. ¿Quién ha incurrido en la omisión en el caso que a nosotros ahora nos ocupa? El interrogante anterior se dirige a descubrir si la obligación de procurar la inscripción del poder o, en caso de que no pueda hablarse de una genuina obligación, la carga, pesa sobre el empresario poderdante o sobre el apoderado. Nuestro Derecho Positivo no esclarece este punto de una manera frontal. Sin embargo, de modo general, la obligación o la carga pesan jurídicamente sobre el poderdante. Aunque la inscripción pueda ser demandada por el propio apoderado, éste actuará siempre como tal apoderado. El problema, sin embargo, no termina ahí. Para decidir si se ha incurrido o no en omisión y, por consiguiente, si existe o no en este sentido «culpa», parece necesario examinar el carácter obligatorio o voluntario de la inscripción. Si la inscripción es obligatoria—como ocurre en materia de sociedades—no cabe duda que la «culpa»—incumplimiento de un deber—existe y que recae en el empresario. Si la inscripción es voluntaria—como ocurre respecto del comerciante individual—en un sentido riguroso no puede hablarse de «culpa», pero la eficacia negativa de la inscripción funciona también. Para que los poderes generales mercantiles alcancen la plenitud de sus efectos han de inscribirse, de manera que la inscripción constituye una auténtica «carga» y ésta pese sobre el empresario. La carga existe tanto si se ha practicado la inscripción del comerciante y se ha omitido la del poder como si por no haberse practicado aquella no ha sido posible ninguna otra anotación. La conclusión es, por tanto, clara.

Pesa siempre sobre el poderdante la obligación o carga de inscribir. La omisión de inscripción le es imputable siempre a él. En consecuencia, el representado no puede nunca invocar la falta de inscripción para desvirtuar la eficacia representativa frente a él del acto de su apoderado.

9. *El apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes.* En nuestro Derecho Positivo la admisibilidad de un apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes es indiscutible y no ha sido puesta en duda ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Como regla general puede ser citado el artículo 1.710 que admite sin restricción alguna la figura del «mandato tácito». La justificación y la naturaleza de la misma, aun siendo, como decíamos, su admisibilidad indiscutible, pueden suscitar alguna perplejidad en la que se debate su misma significación y su alcance.

LUGI Mosco, que ha estudiado el tema con detenimiento, señala cómo las posiciones doctrinales al respecto, pueden sistematizarse en tres grupos diferentes: según una primera corriente doctrinal el apoderamiento tácito no es otra cosa que un negocio jurídico realizado *per facta concludentia*; de acuerdo con la segunda, la especie de apoderamiento, que aquí se examina, se conduce a la teoría del acto ilícito y de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*; por último, el poder tácito ha sido considerado como un caso de protección de la confianza en la apariencia jurídica.

Para un importante sector doctrinal, el apoderamiento tácito es un caso particular de aplicación de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad o negocio realizado *per facta concludentia*. Toda declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o mediante signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación. Los *facta concludentia*, según esto, no son otra cosa que un vehículo de manifestación de la voluntad del poderdante. Su valor jurídico radica en que permiten inducir inequívocamente la voluntad del representado. Pero todo el fundamento y la significación del efecto jurídico representativo radica en dicha voluntad. El representante queda apoderado porque el principal lo ha querido así. La tarea del intér-

prete consistirá en una búsqueda e investigación de la voluntad real del representante.

Los sostenedores de la llamada teoría negocial del apoderamiento tácito no llegan a un subjetivismo tan categórico. Se hacen entrar en juego los principios de la autorresponsabilidad y de la diligencia, para sostener que, en virtud del primero, la declaración tácita encarnada en los actos concluyentes debe valer como tal, cualquiera que sea la voluntad interna del declarante, si, de acuerdo con el segundo de los mencionados principios, el destinatario diligentemente debió interpretar los actos como constitutivos de una declaración.

Los partidarios de la tesis que funda la eficacia del llamado poder tácito en la responsabilidad por hecho ilícito o por culpa *in contrahendo* piensan que en el caso que analizamos existe una conducta dolosa o culposa del *dominus* que permite al tercero creer en la existencia del poder. Aunque se mueve en el fondo alrededor de unos puntos de vista similares a los que se expresan a través de los llamados principios de la autorresponsabilidad y diligencia, esta tesis llega a unas conclusiones que no parecen admisibles. Para que pueda hablarse de poder tácito no es necesario dolo o culpa, entendidos como juicios de reproche de un comportamiento o como elementos de cualificación de un comportamiento que se presupone antijurídico. Por otra parte, la consecuencia que de los *facta concludentia* se deduce no es propiamente una «responsabilidad», que tendría que conducir a un resarcimiento del daño a la confianza—interés negativo—experimentado por el tercero, sino que conduce a que la gestión representativa reciba el mismo trato que si estuviera asentada sobre un apoderamiento expreso.

Por último, la figura de apoderamiento tácito se ha explicado como una forma de protección de la apariencia jurídica. Quien crea una situación de apariencia idónea para suscitar en los terceros la confianza o la representación mental de que dicha apariencia corresponde a la realidad, está vinculado por ella y tiene que dejar que sea hecha valer contra sí mismo. Esta llamada teoría de la apariencia guarda un parentesco muy estrecho con la institución anglosajona del «estoppel» y con la regla romanista que prohíbe venir contra los propios actos. Si alguien con sus

palabras o con su conducta ha permitido que en los demás se cree la representación de que un estado de cosas es existente, tiene que permitir que este estado de cosas le vincule y no puede alegar o invocar nada contra él. Precisamente, una de las más características aplicaciones que en el Derecho anglosajón se hace de esta idea es la *agency by estoppel*. El principal está impedido (*estoppel*) para alegar que el agente carece de un poder suficiente (*authority*) si él le ha colocado en una situación tal que hacía razonablemente suponer que tal poder existía o éste era exigido según las circunstancias.

En el fondo, toda la polémica entre la llamada teoría negocial y la llamada teoría de la apariencia se reduce a un debate entre una interpretación predominantemente subjetiva o predominantemente objetiva de los *facta concludentia*. Si es lo primero, los actos valen sólo en cuanto índice de una voluntad que revelan o que manifiestan. La pregunta que los terceros deben diligentemente hacerse es si existe o no la voluntad concreta del concreto autor de esos actos. Y el juez o el intérprete tendrán que investigar esa voluntad, que, en sentido positivo o negativo, podrá ser probada por todos los medios de prueba. El *effectum juris* es, en todo caso, un efecto *ex voluntate*.

En cambio, si es lo segundo, la posible o hipotética voluntad pierde todo relieve. Lo fundamental va a ser sentido que razonablemente puedan atribuir a esos actos los terceros que los contemplan o que los conocen y su valoración debe llevarse a cabo de acuerdo con unos criterios abstractos y generales. La opción entre uno y otro punto de vista conduce a una diferente protección de los intereses en juego. Una teoría acentuadamente voluntarista protege mejor los intereses del poderdante, mientras que una teoría objetiva es un mejor cauce de defensa de los intereses de los terceros.

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. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático o lógico-conceptual, el problema es el mismo que plantean todos los negocios jurídicos que resultan de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad. En ellas, el negocio, en cuanto sistema de re-

gulación o de organización de intereses no resulta tanto de una voluntad que encuentra en los *facta concludentia* un vehículo de comunicación, cuanto del significado objetivo del comportamiento adoptado. Desde este punto de vista y con esta matización no veo ninguna dificultad especial para admitir que el apoderamiento tácito es un negocio jurídico manifestado por medio de hechos concluyentes.

10. *Los actos concluyentes constitutivos del apoderamiento tácito: comportamiento del dominus y comportamiento del representante.*—Un análisis de la figura del «apoderamiento tácito» no puede detenerse en la simple afirmación de que el poder nace de un comportamiento concluyente. Es preciso continuar la investigación y preguntarse qué actos son éstos que pueden ser considerados como concluyentes desde el punto de vista de la concesión o del otorgamiento de un poder de representación.

Ante todo, parece claro que el centro de gravedad y el punto de partida de tales actos debe ser el *dominus negotii*. Puesto que todo poder de representación debe proceder del principal, a él deben ser imputables en primera línea los *facta concludentia*. No cabe hablar de apoderamiento tácito si el *dominus*, por acción o por omisión, no resulta participe en el fenómeno. Los actos concluyentes constitutivos del apoderamiento tácito suponen siempre una situación en cuya creación o en cuyo mantenimiento el *dominus* ha tenido participación. Se trata de una situación que el *dominus* ha creado o ha contribuido a crear o, por lo menos, ha consentido o permitido. Se distingue así, nitidamente, el apoderamiento tácito de la tácita *contemplatio domini*. En esta última, el punto decisivo está constituido por el comportamiento del gestor y el comportamiento del tercero. En el apoderamiento tácito, en cambio, el centro de gravedad, como hemos dicho, es la actuación del *dominus*. Ahora bien es necesario preguntarse si este comportamiento del *dominus* debe ir acompañado o no de un correspondiente y paralelo comportamiento del representante y, además, quién tiene que ser, desde el punto de vista jurídico, el «destinatario» del sentido objetivo que de tales actos dimana.

Cuando nos preguntamos si en el apoderamiento tácito debe existir un comportamiento concluyente del representante corres-

pondiente y paralelo al comportamiento del *dominus*, no hacemos referencia a los actos estrictos en que se concreta la gestión representativa. Es obvio que una gestión representativa ante o frente al tercero tiene que existir para que llegue a plantearse la cuestión de la existencia o inexistencia del apoderamiento tácito.

Para clarificar la cuestión conviene todavía deslindarla de otra muy próxima o afín, pero rigurosamente hablando diferente, que es el comportamiento concluyente en cuanto módulo o criterio de medida de la suficiencia de un poder. Ambas cuestiones—tácito nacimiento del poder y determinación tácita del ámbito del mismo—pueden coincidir y normalmente coincidirán. Sin embargo, pueden aparecer separadas. Si el *dominus* ha manifestado al tercero, verbigracia, verbalmente, que su dependiente le representa, el poder será expreso y lo único que quedará para ser integrado de un modo tácito es la amplitud de tal poder. Con ello quiero decir que el tema del comportamiento del representante—del comportamiento gestorio anterior del representante—es decisivo para medir la amplitud de su poder de representación. En cambio, para hacer nacer un apoderamiento lo decisivo es la conducta del *dominus*. Esta conducta del *dominus* irá normalmente acompañada de una conducta del representante, pero ello no me parece absolutamente necesario. Únicamente debe ser señalado que, en la medida en que, como hemos dicho, el apoderamiento tácito deriva de una situación del representante creada o consentida por el *dominus*, será menester que el representante haya ingresado o se encuentre colocado en tal «situación». En la medida en que el ingreso o la colocación en una situación supone unos actos de la persona situada, puede hablarse de un comportamiento del representante como elemento del apoderamiento tácito.

El comportamiento del *dominus* puede ser un comportamiento positivo. Existe un comportamiento positivo cuando el *dominus* es el creador de la situación cuestionada (v. gr., ha puesto al frente del establecimiento a un factor o a un dependiente). Un comportamiento positivo existe también, se dice, cuando con anterioridad y repetidamente el *dominus* había autorizado a la misma persona para llevar a cabo negocios de la misma especie frente a la misma contraparte. Sin embargo, una hipótesis como la descrita posee sólo el valor de una directiva y no el de una regla de alcance abso-

luto. Si los actos anteriores fueron realizados sin un poder expreso y, no obstante ello, fueron aceptados y cumplidos por el *dóminus*, no cabe duda de que ello puede comportar apoderamiento tácito para los actos subsiguientes de la misma naturaleza. Por ejemplo: se envía a un criado a efectuar las compras para el consumo ordinario de la familia. En cambio, la cuestión es mucho más dudosa si los actos anteriores habían sido llevados a cabo en virtud de autorizaciones expresas y en un momento dado se omite expedir y exigir la autorización por entenderse presumida. La cuestión debe aquí decidirse según las circunstancias.

El comportamiento del *dominus* puede ser también puramente negativo. Existe un comportamiento negativo en todos aquellos casos en que la situación del representante deriva de una tolerancia del principal. Si el representante viene llevando a cabo de manera repetida gestiones representativas, que el principal conociéndolas ha tolerado, la existencia de un tácito apoderamiento parece clara. Lo mismo debe decirse si, aunque no las haya conocido, hubiera debido diligentemente conocerlas, de manera que en los terceros se suscite la idea de que las conoce y les da su aquiescencia.

Ahora bien, para que pueda rigurosamente decirse que un poder de representación ha nacido de actos concluyentes, es menester que tales actos hayan llegado a un «destinatario». ¿Quién puede decirse que es el «destinatario» de los hechos concluyentes en que enearna el apoderamiento tácito? Si bien se mira, en este punto vuelven a contraponerse la tesis voluntarista o subjetivista y la tesis objetiva. Si se trata de encontrar una voluntad interna del *dóminus* y un vehículo o un medio de manifestación o de exteriorización, es preciso confesar que destinatarios de tal declaración tácita pueden ser tanto el apoderado como el tercero. En cambio, si la existencia de un tácito poder de representación se va a medir decidiendo en qué términos se ha podido suscitar la confianza o la creencia, luego inatacable, de la existencia del poder, parece también claro que sólo el tercero de buena fe posee un interés protegible y que, por consiguiente, sólo aquellos actos idóneos para despertar la confianza del tercero deben ser tenidos en cuenta.

Una concepción rígidamente objetiva debería llevarnos a esta

última conclusión, la cual, sin embargo, en términos absolutos, no está exenta de dificultades. No cabe duda de que una concepción rigidamente objetiva desnaturaliza un poco la figura del poder de representación entendido como situación que faculta al representante para llevar a cabo una gestión representativa. Lejos de un genuino *poder* encomendado al agente, lo que habría en tal caso sería pura y simplemente una privación del poder del *dominus* de impugnar la gestión representativa por inexistencia de autorización. Dicho más claramente, la situación concluyente que el principal ha creado o ha tolerado no determina un poder, sino un *ersatz* del poder: aún no existiendo poder, el *dominus* no puede impugnar el negocio del representante y debe dejarlo valer contra sí *como si* el poder hubiera existido.

No dudo que en algunos casos las cosas ocurran de esta manera, pero creo también que el mecanismo del apoderamiento tácito no es siempre éste. Cabe admitir, me parece, la doble hipótesis, cargando en un caso el acento sobre la voluntad interna tácitamente revelada y en otro sobre el alcance objetivo del comportamiento. De este modo existe: a) Un apoderamiento tácito manifestado por actos concluyentes del *dominus* exclusivamente frente al representante. El representante queda apoderado en la medida en que tales actos revelan una voluntad de apoderamiento. El tercero no tiene necesariamente que conocer de manera directa tales actos para que surja frente a él el efecto representativo, pero la producción de este último pende de la existencia razonablemente inducida de aquella voluntad, b) Un apoderamiento tácito por virtud de un comportamiento del *dominus* ante el tercero. En tal caso, más que decir que el agente ha quedado apoderado, una contemplación realista del fenómeno lleva a pensar que el *dominus* ha quedado como consecuencia de sus actos—*factum suum*—privado de la posibilidad de impugnar la gestión representativa por la inexistencia del poder. La situación es entonces valorada objetivamente y con independencia de la voluntad que pueda haberla guiado.

¿Es exigible para que pueda hablarse de apoderamiento tácito la existencia de buena fe del tercero? La idea de buena fe puede recibir aquí la doble carga de contenido—psicológico y ético—que admite la teoría general. Bajo el primer aspecto, la buena fe del

tercero es la razonable creencia en la existencia del poder. Bajo el segundo aspecto, la buena fe es una actuación diligente. Me parece que es claro que si todo el fundamento de la figura del apoderamiento tácito se colocaba en la necesaria protección del interés de los terceros, este interés sólo es legítimo y por ende tutelable cuando el tercero es de buena fe. Esto quiere decir que la situación concluyente o situación base debe ser, de acuerdo con las circunstancias y con los usos de tráfico, no un estado de *dubia conscientia*, sino una razonable confianza en la existencia del poder. Quiere decir además que el tercero, para prevalerse de la existencia de un poder tácito y, por consiguiente, de la producción de un efecto representativo, debe haber actuado diligentemente. En este orden de cosas, no cabe olvidarse que el tercero tiene la carga de comprobar los poderes de un representante. Por consiguiente, no podrá alegar un poder tácito en aquellos casos en que los usos imponen una autorización escrita y deberá, además, cuando no exista para él un directo conocimiento de los *facta concludentia*, investigar la existencia de la tácita declaración de voluntad del *dominus* y de su alcance.

11. *El apoderamiento tácito y el apoderamiento presunto: la presunción de apoderamiento.*—Del apoderamiento tácito debe distinguirse el apoderamiento presunto, que existirá en todos aquellos casos en que el juego de una presunción determine la consideración del poder como jurídicamente existente.

La presunción puede ser, ante todo, una presunción legal o presunción *juris*: una norma jurídica entiende el poder de representación como existente. La Ley General Tributaria manda que al presentante de un documento se le considere como mandatario del deudor tributario. En el mismo sentido, según el Reglamento Hipotecario, el que presenta un documento en el Registro para obtener una inscripción o una anotación, se presume que es representante de la persona favorecida con el asiento que debe practicarse. Normalmente, la presunción es *juris tantum* y admite prueba en contrario. El *dominus* podrá impugnar la gestión representativa, demostrando la inexistencia de poder. Excepcionalmente, la presunción será *juris et de jure* cuando el Ordenamiento jurídico así lo establezca.

De un «apoderamiento presunto» cabe hablar también cuando la existencia del poder derive lógicamente de presunciones *facti*. Un hecho discutido—la existencia del poder—es deducido en virtud de un vínculo lógico y necesario partiendo de otros hechos conocidos y demostrados. Así entendido, el apoderamiento presunto coincide en muchos aspectos con el apoderamiento tácito, hasta el punto de que no es descaminado decir que las hipótesis de poderes tácitos son, en muchos casos, presunciones tipificadas. Sin embargo, apoderamiento tácito y apoderamiento presunto no deben confundirse. La presunción es un medio de prueba de una declaración de voluntad de apoderar que ha tenido que ser expresa, mientras que en el apoderamiento tácito toda declaración expresa ha faltado por hipótesis. En la práctica, ambas ideas pueden coincidir. La colocación de un encargado al frente de un establecimiento o de una hacienda—v. gr. agrícola, industrial—puede ser tomada como apoderamiento tácito o como medio de prueba de la existencia de un apoderamiento expreso—v. gr. verbal, si el poderdante no lo admite en confesión y no existen testigos—. Sin embargo, en los casos de comportamiento puramente negativo, el enlace lógico entre el hecho conocido y el que se trata de demostrar no existe. No hay un apoderamiento presunto, sino tácito.

12. *Los vicios de la voluntad en el negocio de concesión del poder.*—La posible existencia o concurrencia de los llamados vicios de la voluntad en el negocio de concesión del poder es evidente. El poderdante consiente en conferir su representación al apoderado porque ha sido coaccionado a ello en virtud de una fuerza irresistible, porque ha sufrido una amenaza de un mal inminente y grave, porque ha sido víctima de un engaño o de una maquinación fraudulenta o porque ha experimentado un error. El problema que los llamados «vicios de la voluntad» plantean en el negocio de apoderamiento es el relativo a su régimen jurídico. ¿A qué obedece la especialidad que este último reclama? Parece claro que esta especialidad se presenta como un producto de dos factores. Ante todo, la unilateralidad, que se ha predicado del negocio de apoderamiento, impide una aplicación global e indiscriminada de la normativa sobre anulación de los contratos. En segundo lugar, conviene deslindar claramente si lo que se quiere impugnar como

consecuencia del vicio del consentimiento es el negocio de concesión del poder en sí mismo considerado o es el negocio celebrado por el representante sirviéndose del poder viciosamente concedido.

Lo primero—la impugnación del apoderamiento en sí mismo considerado—parece que no ofrece especiales dificultades, supuesto que el poderdante puede revocar el poder. Revocación e impugnación son, sin duda, remedios diferentes, pero dirigidos a una misma finalidad. Cuando por especiales razones—especial interés en dejar constancia de la agresión sufrida, pretensión de obtener resarcimiento del daño o, si ello es posible, absoluta irrevocabilidad del poder—el poderdante opta no por la pura revocación, sino por la impugnación, el efecto de esta última deberá asimilarse al de aquella, con tal que el impugnante haya cumplido la carga de dar a su impugnación la publicidad que en cada caso sea necesaria.

El problema grave no es, pues, la impugnación del apoderamiento en sí mismo considerado, sino la impugnación del negocio del representante con fundamento en la existencia de un poder viciosamente concedido. Situados ya sobre este terreno, las dificultades que de inmediato surgen son de dos especies. En primer lugar, se encuentra el hecho de que el tercero que contrata con el representante es ajeno al negocio de apoderamiento que adolece del vicio. Si el tercero es de buena fe—no conocía, ni tenía por qué conocer el vicio sufrido por el poderdante al conferir el poder—, esta buena fe merece una evidente protección. Ello quiere decir que en principio el vicio del consentimiento del poderdante sólo afecta al tercero autor del negocio si ha colaborado en su producción o lo ha conocido o lo ha debido conocer. Ello se entiende, naturalmente, sin perjuicio del derecho del poderdante para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos frente al autor de la agresión ilícita en que el vicio consiste o, en su caso, contra el representante, si aun no siendo coautor, se hubiera servido del poder con consciencia de su carácter vicioso.

La impugnación del negocio del representante con base en la existencia de un vicio de voluntad en el negocio de concesión del poder tropieza todavía con otra dificultad: la escisión o relación entre ambos negocios. Es claro que si se trata de dos negocios tan íntimamente relacionados que constituyen ambos una *species facti* negocial compleja de formación sucesiva, la impugnación no tro-

pieza con otros obstáculos que los antes esbozados. En cambio, si hay una total autonomía y una total independencia entre ambos negocios, es decir, una completa escisión, el panorama se torna más difícil, pues la impugnación exige *propagar* la ineficacia del negocio que adolece del vicio a otro negocio distinto. La cuestión además debe ser resuelta sin perder de vista el tipo de ineficacia a que queda sometido el negocio viciado. Los vicios de la voluntad en nuestro Derecho Positivo dan lugar a una impugnabilidad. Es decir, el negocio viciado, como se ha repetido, nace eficaz, si bien su eficacia sea claudicante, lo que quiere decir que el negocio del representante se lleva a cabo en un momento en que el negocio de concesión del poder es *todavía* eficaz por no haber sido aún impugnado. Es cierto que la anulación comporta un efecto retroactivo, pero esta retroactividad que es clara respecto de la situación creada por el mismo negocio que se anula, no puede extenderse a los demás negocios que en aquél tuvieron su fundamento. Por otra parte, si el negocio del representante se celebra después de haber cesado la causa determinante de la anulación, parece claro que es una cierta falta de diligencia del poderdante lo que ha permitido el efecto jurídico frente a él.

Como consecuencia de todo este análisis puede reafirmarse la regla que líneas arriba habíamos deducido. Los vicios de la voluntad de que adolece el negocio de concesión del poder sólo son oponibles al tercero que contrata con el representante y permiten la impugnación de este negocio cuando el tercero ha participado en su producción o los ha conocido o hubiera debido conocerlos. El poderdante puede, sin embargo, reclamar el resarcimiento del daño al autor de la agresión constitutiva del vicio o al representante que conociéndolo o debiendo conocerlo se hubiese servido del poder.

Una vez llegados a estas conclusiones no parece necesario analizar particularmente la aplicación de tal regla con referencia a cada uno de los posibles vicios—error, dolo, violencia—, pues, aunque pueden suscitarse subcuestiones especiales, no alteran la solución general.

13. *La simulación del apoderamiento.*—La aplicación de la teoría del negocio simulado al negocio de concesión del poder de representación ha originado en la doctrina vivos debates, en los

cuales no siempre se ha llegado a unos resultados armónicos. El fenómeno general de la simulación supone la celebración de un negocio jurídico al que las partes atribuyen un carácter puramente aparente, destinándolo a encubrir una situación jurídica que no experimenta ninguna modificación o un negocio distinto que así se disimula. Es claro que así definido, el negocio simulado presupone una dualidad o una pluralidad de partes entre las que media un «acuerdo simulatorio». En los negocios jurídicos unilaterales y recepticios, se dice, la simulación es posible si el acuerdo simulatorio existe entre el autor del negocio y el destinatario de su declaración. Este planteamiento lleva directamente al tema del destinatario de la declaración de voluntad de apoderamiento. En el Derecho alemán, se admite que la declaración de apoderamiento puede hacerse frente al representante o frente al tercero. Cabe así, según que el caso sea uno u otro, simulación por acuerdo con el representante o por acuerdo con el tercero. Mayores dificultades plantea la cuestión en aquellos sistemas jurídicos en que no aparece legislativamente determinado quién es el destinatario del apoderamiento.

Si se entiende que destinatario del apoderamiento es no sólo el apoderado, sino también el tercero, la cuestión se soluciona considerando nulo por simulación el apoderamiento cuando hay acuerdo simulatorio con el tercero e inoponible al tercero un acuerdo simulatorio entre poderdante y apoderado en el que aquél no haya participado o del que no haya tenido conocimiento.

Tal vez quepa alterar el punto de partida del razonamiento. En lugar de preguntarse primero, dogmáticamente, quién es el destinatario del apoderamiento y resolver después, con base en una respuesta también dogmática, el problema de la simulación, parece preferible analizar empíricamente los casos de lo que llamamos «acuerdo simulatorio», según que se produzcan sólo con el tercero, sólo con el apoderado o bien con ambos a la vez.

Sin embargo, antes de penetrar en el análisis empírico de los casos es necesario matizar todavía lo que entendemos y lo que debemos entender por un «acuerdo simulatorio». No hay ningún inconveniente en incluir dentro de esta rúbrica no sólo los casos en que se produce una concorde voluntad de las partes al respecto, sino también aquellos en que el emitente de la declaración —esto

es, el poderdante—ha dado a conocer su intención simulatoria y esta intención simulatoria ha sido admitida o por lo menos no contradicha por la otra parte.

a) El llamado acuerdo simulatorio puede intervenir entre el *dominus* y el representante, siendo ajeno a él el tercero o los terceros frente o ante los cuales el representante debe llevar a cabo la actuación representativa. En tal caso, hay hablando rigurosamente un apoderamiento simulado, pues el negocio de apoderamiento encubre una situación jurídica que según la voluntad de las partes no se ha modificado o cuya modificación se ha producido en un sentido diferente. En este último caso existe una simulación relativa. Por ejemplo: entre D y R existe un traspaso de local de negocio que se encubre haciendo aparecer al adquirente como apoderado del transmitente.

¿Qué consecuencias comporta un apoderamiento simulado cuando el acuerdo simulatorio ha intervenido sólo entre el *dominus* y el representante? Hablar simplemente de nulidad o de no-nulidad es demasiado sencillo. Las consecuencias son diferentes según la diferente postura que frente al supuesto adopte cada uno de los eventuales interesados.

Por lo pronto es claro que en la llamada relación interna, es decir, entre *dominus* y apoderado, no hay verdadera representación. Ninguno de ellos puede justamente reclamar los efectos—derechos, deberes—que derivarían de una relación representativa y si cualquiera de ellos lo intenta, el otro puede oponerse alegando el carácter simulado del apoderamiento. Tanto el *dominus* como el representante pueden demandar que se declare judicialmente que el apoderamiento es simulado y que se constate la situación real que el negocio aparente encubría.

Y, frente a terceros, ¿qué suerte debe correr el apoderamiento simulado? No puede decirse sin más que es válido, como tampoco puede decirse que sea nulo absolutamente. Si el tercero es un tercero de buena fe, que ha contratado con el apoderado creyendo que efectivamente era un representante del *dominus*, el carácter simulado del apoderamiento es inoponible frente a él. Esto quiere decir que el *dominus* no puede alegar frente al tercero el carácter simulado del poder para hacer caer el negocio representativo o

para conseguir que tenga una diferente eficacia—v. gr. negocio sólo eficaz para el representante, que habría contratado en su propio nombre y en su propio interés—. Ahora bien, la inoponibilidad no comporta una absoluta eficacia del apoderamiento. Es sólo una privación (*estoppel*) de los medios de defensa de los autores de la simulación. Si la pregunta la hacemos en sentido contrario, la solución debe ser también la contraria. El tercero, legítimamente interesado en ello, puede atacar el apoderamiento por simulación y pretender su ineficacia. Volviendo a nuestro ejemplo del traspaso encubierto con apoderamiento a favor del adquirente, no cabe duda racional en el sentido de que el arrendador-propietario del local traspasado puede impugnar por simulación el apoderamiento y demandar que se declare y salga a la luz la situación encubierta. Su interés es para ello plenamente legítimo.

A la misma solución creo que hay que llegar respecto de los terceros que, contratando como el apoderado como representante aparente del *dominus*, descubren después el carácter simulado de dicha representación. Pueden reclamar frente al *dominus*, que, según antes veíamos, ha quedado vinculado en virtud de la inoponibilidad de la situación, pero pueden también justamente demandar que frente a ellos valga el negocio real si tienen en ello interés legítimo—por ejemplo, el *dominus* aparente es un insolvente o ha devenido insolvente—.

b) La segunda hipótesis es mucho más delicada que la anterior. En ella, el acuerdo simulatorio interviene entre el *dominus* y el tercero ante quién o frente a quién el representante ha de actuar. El representante es, sin embargo, ajeno a la intención simulatoria. No hace falta decir si el poder es general, siendo el apoderado ajeno al intento simulatorio, frente a todos los demás posibles terceros que no participen en el acuerdo, no cabe siquiera hablar de simulación.

Vengamos, pues, a la hipótesis estricta: acuerdo simulatorio con el tercero o intención simulatoria admitida por éste, a la que es, sin embargo, ajeno el representante. En tal supuesto, me inclino por pensar que hablando rigurosamente no hay «apoderamiento simulado», sino un fenómeno de otra especie. Ante todo, nadie discutirá que la declaración de voluntad del *dominus* crea

una relación representativa con plenos efectos *inter partes*. Si el apoderado reclama frente al *dominus* las obligaciones que a éste le impone el hecho representativo o ejercita sus derechos—v. gr. a ser retribuido, a quedar indemne de los gastos o daños que la representación le haya producido, etc.—, el *dominus* no puede oponer el carácter simulado de la representación.

Un aspecto distinto presenta la actuación representativa del apoderado ante o frente al tercero. Si dicha actuación representativa se concreta en un negocio, cabe admitir que dicho negocio entre *dominus* y el tercero es simulado, a virtud de acuerdo entre ellos existente. Lo simulado en tal caso es sin embargo el negocio nacido de la actuación representativa, pero no el apoderamiento. Que el apoderamiento es real, aun en el caso de que fuera especialísimo, es decir, sólo para un negocio, lo prueba con evidencia el que al actuar en nombre de su principal o por cuenta de éste, el apoderado ha producido la heteroeficacia propia de una actuación representativa, que puede subyacentemente quedar desvirtuada por una contra-declaración, pero que no deja por ello de ser auténtica eficacia representativa.

Si el acto que el representante lleva a cabo con el tercero no es un negocio jurídico, sino un acto de ejercicio de un derecho de que el tercero es sujeto pasivo (v. gr., el apoderado requiere el pago de una deuda), el tercero puede sin duda oponer a la pretensión del apoderado el carácter simulado del poder representante. Si, por el contrario, lo acepta como tal representante, violando el interno acuerdo simulatorio, deberá responder de los daños que como consecuencia de ello se sigan. El problema no se plantea si el representante actúa en interés del *dominus*, sino si actúa en su propio interés. Sin embargo, debe entenderse que la llamada representación en interés del representante no es nunca verdadera representación, sino un negocio autorizativo de signo diferente. En tal caso, es claro que siendo plenamente eficaz el negocio autorizativo—v. gr., el llamado representante es un acreedor del *dominus*—, el tercero no puede nunca oponerse al ejercicio de la autorización oponiendo el carácter simulado de la intención del autorizante.

c) La simulación del apoderamiento no plantea especiales problemas si en ella participan—o les resulta conocida—, tanto el

apoderado aparente como a tercero. Debe valer para todos la situación real encubierta. Habrá nulidad si se trata de simulación absoluta. Si la simulación es relativa o existe interposición de persona, deberá descartarse la situación aparente y constatarse la situación real. Por ejemplo, si A ha cedido a B un bien o un derecho por medio de una cesión que según la voluntad de las partes debe permanecer oculta, y A confiere poder a C para que ejercite el derecho o gestione el interés, es claro que conociendo todos la situación subyacente y el acuerdo simulativo, C es un apoderado de B.

**LUIS DíEZ-PICAZO**

Catedrático de Derecho civil.