**TEMA 24. LA REPRESENTACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS. REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA. LA AUTOCONTRATACIÓN. REPRESENTACION LEGAL: PRINCIPALES SUPUESTOS. LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

#### LA REPRESENTACION EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS

El Dº permite que la declaración de voluntad sea emitida por otra persona distinta del titular del negocio cuando se den determinados requisitos. En este caso se produce la sustitución o desconexión entre el titular del interés afectado por un acto jurídico y la persona que lo realiza, supuesto en el que se enmarca la representación

\* Tradicionalmente, se ha considerado la representación como el fenómeno jurídico por el cual una persona (representante) realiza por encargo de otra (representado) un negocio jurídico en su nombre y por su cuenta o interés.

\* En los últimos tiempos la doctrina se ha venido planteando la revisión de este concepto, en cuanto no incluye:

Ni la representación legal que, aunque presentando diferencias con la voluntaria, tiene una funcionalidad idéntica.

Ni la denominada representación indirecta en la que el representante actúa en nombre propio y que la mayoría considera verdadera representación, si bien sigue habiendo autores como CASTAN que consideran que es representación económica pero no jurídica.

Lo esencial a la representación sería que el representante actúe por cuenta o en interés del representado. Las demás peculiaridades no forman sino especies dentro de un mismo género.

Por ello, la doctrina moderna entiende como representación el fenómeno jurídico por el cual una persona gestiona asuntos ajenos, por encargo del interesado o de la ley, actuando en nombre propio o del representado, pero siempre por cuenta o en interés de éste, de forma que los efectos de dicha actuación se producen directa o indirectamente (lo que remite a la eficacia de la rpton indirecta) en la esfera del representado.

**DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**. Dice el art. 17 LN que el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad **y** legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a… Es claro por tanto, como se estudia en el tema 11, que capacidad y legitimación son cosas distintas.

\* La legitimación puede ser directa o indirecta. Y esta última puede resultar de **sustitución** o de representación. Su delimitación y respectivo alcance no siempre es incontrovertido, dándose figuras de dudoso encuadramiento como:

+ el juez que actúa en sustitución del ejecutado (a pesar de que carece de interés propio, razón por la que antes se le asimilaba al rpte legal)

+ el curador (que no es un representante)

+ la entidad protectora de intereses colectivos o difusos o el ciudadano que ejerce la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística -art. 5 LS-, ¿ejercitan un “derecho”? Siendo el caso, ¿propio o ajeno?

\* Se distingue entre **legitimación sustantiva y procesal**, ámbito éste en el que capacidad procesal (antigua noción de “legitima persona standi in iudicio”; en Alemania, Prozessfähigkeit), legitimatio ad processum y legitimatio ad causam (figura ésta muy problemática) no se confunden.

. Dentro de la legitimación procesal indirecta, por último, habría que distinguir entre representación (Vertretung) y legitimación procesal por sustitución (en nombre propio, Prozessstandschaft). Esta última en Alemania se admite derive no solo de atribución legal (gesetzliche) sino también de cesión voluntaria (gewillkürte Prozessstandschaft), algo que entre nosotros mayorítariamente no admite.

. En el campo sustantivo, junto a la representación existen otras figuras de las que ha de diferenciarse:

* El **contrato a favor de tercero** (art 1.257.2) ninguno de los contratantes lo celebra en nombre y por cuenta de este tercero, sino en nombre propio, aunque dé lugar a un beneficio para un tercero que puede incluso ignorarlo (así, el contrato de seguro de vida). La eficacia contractual es para las partes.
* El **fiduciario** no actúa en nombre de otro -fideicomitente ni beneficiario-, sino en nombre y por cuenta propia. Aunque debe cumplir lo previsto en el negocio fiduciario por el fideicomítente, en interés y beneficio del beneficiario (fideicomisario).
* El **curador** no representa sino que asiste (arts. 323 y 288)
* El **nuntius**, a diferencia del representante, es un mero correo de la voluntad, sin capacidad alguna de decisión, pues se limita a transmitir o reproducir una declaración de voluntad ya emitida
* En cuanto a la distinción entre **MANDATO Y RPTON** remisión tema 25.
* La rpton orgánica de las **PERSONAS JURÍDICAS** (STS 9 marzo 1989) la analizamos luego.

**REGULACION**. El CC no establece una regulación sistemática de la representación, por lo que ésta habrá de construirse en virtud de los principios extraídos del contrato de mandato y del art. 1259, único que alude directamente y con propiedad a esta institución.

**Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la 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.**

La expresión “el contrato celebrado a nombre de otro” plantea grave dificultad (rpton indirecta y RGDRN 6 julio 2006) que luego tratamos.

- El campo más apto para el ejercicio de la representación es el **Derecho de obligaciones** donde impera como regla general la autonomía de la voluntad.

- También los **derechos reales** pueden ser adquiridos, constituidos y ejercitados mediante representante.

Art. 439 CC Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

El art. 439, señala la doctrina, recoge la figura del Besitzdiener (servidor de la posesión) y, como en Alemania plantea la duda de si tiene o no que actuar abiertamente en su calidad de tal (**offenkundig**), lo que nos remite de nuevo a la contemplatio domini y rpton indirecta.

- En cambio, en el **derecho de Familia**, teniendo la representación legal su mejor asiento, por lo general se excluye la voluntaria por tratarse de actos personalísimos. Aunque existe alguna excepción como el matrimonio por poder (art. 55), si bien en dicho supuesto más que un representante hay un nuncio.

- En el **derecho de sucesiones**, por las mismas causas, por lo general no se admite la representación si bien existen excepciones en los derechos forales, entre las que destaca:

. La sucesión por comisario del art. 30 y ss de la Ley de Derecho Civil Vasco de 25 de junio de 2015, que generaliza a todos aquellos que ostenten vecindad civil vasca, cualquiera que sea el territorio en el que residan, la posibilidad de nombrar sucesor en su herencia (antes reservada a los vizcaínos mediante el testamento por alkar poderoso).

El Código Civil español, por el contrario, prohíbe expresamente los poderes testatorios y el testamento por comisario, si bien admite y regula en la actualidad una figura similar (fiducia sucesoria del art. 831) y también otras figuras relacionadas como el albaceazgo o 1.057 (partición hecha por comisario).

. También GALICIA contempla el testamento por comisario, quedando aquí reservada la designación de tal al otro cónyuge (art. 196; en cuanto a uniones de hecho rige la D Adic 3ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia). Salvo que el atribuyente le señalara plazo, el cónyuge podrá ejercitar la facultad testatoria mientras viva (art.199).

#### REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

REPRESENTACION DIRECTA. La representación directa o propia tiene lugar cuando el representante actúa en nombre y por cuenta o interés del representado, que es el que queda vinculado directamente con los terceros.

Para explicar los efectos propios de la representación directa, se han formulado diversas teorías, entre las que cabe destacar:

. Teoría de la ficción (Savigny): quien entiende, en congruencia con la teoría de la voluntad, que el negocio lo celebra el representado, sirviéndose del representante como de un mero instrumento.

. Teoría de la representación (Ihering o Kohler): seguida por los partidarios de la teoría de la declaración, el negocio lo celebra el representante, pero los efectos se producen para el representado

. Teoría intermedia, hoy dominante: el representante y el representado obran conjuntamente, siendo el negocio de los dos y los efectos del representado.

Son **requisitos** generales para la representación directa:

* El PODER que no es requisito esencial, pudiendo suplirse con la ratificación o apariencia del mismo
* La **CONTEMPLATIO DOMINI**, que define LACRUZ como la conciencia tanto para el representante como para el 3º de que lo que están discutiendo y negociando no es asunto de aquel, sino de otra persona por la que él actúa (el dominus es tenido en cuenta, "contemplado").
* Por lo que se refiere a la CAPACIDAD del representante:
  + En la voluntaria, no necesita la capacidad especial requerida para la validez del acto concreto (de ahí, lo que dispone el art. 1716), pues sus efectos su producen directamente para el representado.
  + En la legal, si el representado no tiene capacidad para celebrar el acto (vgr. menor emancipado representa a su hijo), será necesaria la asistencia prevenida por la ley (doble rpton legal).
* Respecto a la CAPACIDAD del representado, en la representación voluntaria, debe tener capacidad para celebrar el acto para el que apodera a otro, pues nadie puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí. No así en la legal, donde se establece la representación precisamente para suplir esa falta de capacidad.

Finalmente, en cuanto a sus **efectos**, se dan directamente entre el representado y el otro contratante, si bien el representante quedará vinculado en los dos supuestos que contempla el art 1725:

**El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.**

REPRESENTACION INDIRECTA. Hay representación indirecta cuando el representante actúa por cuenta o interés del representado pero en nombre propio, de forma que no hay contemplatio domini ni poder (circunstancias que han llevado a algunos autores a no considerarla verdadera representación).

Art. 1717 CC.:

**Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.**

**En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.**

**Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.**

- En base a este precepto, la doctrina tradicional, negando que la representación indirecta fuera auténtica representación, entendió que los efectos del negocio se producen erga omnes en el representante sin perjuicio de la obligación personal inter partes de éste de repercutirlos en el representado mediante un nuevo negocio (**teoría doble efecto**)

- En contra de esta postura, DIEZ PICAZO Y GULLON, considerando la representación indirecta verdadera representación, estiman que el art. 1717 no excluye que los efectos del negocio se produzcan directamente en el representado, sino que su finalidad es simplemente acentuar la responsabilidad respecto al 3º, ya que quedará obligado no sólo el representado sino también el representante que actuó nomine proprio (**teoría un solo efecto**, sin perjuicio protección apariencia).

Advierten dichos autores que el art. 1717 no determina que el asunto sea personal del representante sino que respecto a los terceros, responderá cono si lo fuera

En definitiva, según dichos autores la representación indirecta, es indirecta en cuanto al MODO pero directa en cuanto al RESULTADO.

- Por último, estima LACRUZ que esta postura parece obviar los términos claros del p. 1º del art. 1717 que al no conceder acción entre representado y terceros está excluyendo toda vinculación directa entre ellos

Por ello, en una **posición ecléctica** considera dicho autor que la postura anterior sólo es sostenible cuando se trate de "cosas propias del representado" entendiendo como tales, no todos sus asuntos propios (ya que la excepción anularía la regla), ni sólo una acepción ceñida a la expresión "cosas" como bienes tangibles, sino los supuestos de *contemplatio dominio ex re vel ex facti* *circunstantiis* (la cd verbis expressis no sería la única posible), siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés y sea esta circunstancia conocida por la otra parte.

Por lo que respecta a la interpretación jurisprudencial del artículo 1717 del Cc, debe destacarse que el **TS**, entre otras, en sentencia de 31 de octubre de 2003, no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado.

Por su parte, la importante **RDGRN 6 de julio de 2006** ha interpretado el alcance del artículo 1717 del Cc. Siguiendo la doctrina más moderna afirma que:

* La representación indirecta o mediata es auténtica representación (efectos directos). La propiedad de la cosa objeto del contrato pertenece al representado desde la consumación del contrato, siendo el gestor un simple poseedor en nombre ajeno (artículo 439 y 463 del Código Civil) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de **usucapión** ordinaria por falta de justo título (artículos 447, 1.941 y 1.952 del Código Civil) y pudiendo el representado ejercitar la acción **reivindicatoria** frente a él. Confirma esta idea el artículo 80 (derecho de separación) de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003.
* La representación indirecta (1717 Cc, actuación en nombre propio pero en interés ajeno) da lugar a una acción reivindicatoria y **tercería de dominio** del representado frente al rpte; pues el rpdo es dueño de la cosa ab initio, **sin ser preciso** –ni posible, pues sería simulado- **un acto de transferencia sobrevenido a su favor**.
* No **es preciso** en todo caso **una escritura de poder previa a favor del rpte** que acredite su rpton indirecta. Cabe ratificación posterior (pese al limitado tenor literal del art. 1259 Cc, ex arts. 1727, 1892 y 1893), **siempre que** dicha ratificación vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, **atendidas las circunstancias**, ha quedado **suficientemente evidenciada la relación de representación** “atendidas” las circunstancias del caso.
* La inscripción deba practicarse directamente a favor del representado si la relación representativa ha sido acreditada en el momento de solicitarse la inscripción del título traslativo. Y ello **sin perjuicio de la debida protección al 3º** que contrató con el rpte indirecto (el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron).

#### LA AUTOCONTRATACION

Alude a la posibilidad de vincular jurídicamente a dos patrimonios mediante un acto unilateral (De Castro). Tiene lugar cuando una sola persona celebra un contrato entre dos partes cuya representación ostenta (múltiple representación), o entre él mismo y su representado (autocontratacion stricto sensu).

El riesgo de la autocontratación es que una sola voluntad haga dos manifestaciones jurídicas  conjugadas y **económicamente contrapuestas**.

Nuestro C.C. no lo regula directamente, salvo en casos concretos, bien para admitirla –con cautelas- o para prohibirla.

ADMISIONES LEGALES

- La Ley de Fundaciones de 26 de diciembre de 2002 (art 28): “Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos”.

- Art 234 RH en sede de venta extrajudicial: posibilidad de designar al propio acreedor como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante.

- Art 190 LSC, reformado por Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En los casos menos importantes de conflicto de interés el socio no queda privado del derecho de voto (sin perjuicio de ciertas peculiaridades en materia de carga de la prueba en caso de impugnación del acuerdo adoptado).

PROHIBICIONES LEGALES

+ El artículo 162.2º exceptúa de la representación legal de los padres aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”. Y el artículo 163 exige el nombramiento de un defensor “siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados”.

+ Idem en caso de tutores y curadores (299.1º)

+ Art. 221.2 C.C. respecto al tutor y tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiese conflicto de intereses.

No parece que ex art. 271.9 pueda el juez autorizar una disposición a título gratuito de bienes o derechos del tutelado a favor del propio tutor/curador.

+ El artículo 244.4º prohíbe ser tutores a “los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado…”

+ Art. 1459 en el ámbito de la compraventa **(No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:…)**

+ En el **ámbito mercantil**, se pueden señalar como prohibiciones la de los socios de la sociedad colectiva (art 135), la del comisionista (art 267) y la de los administradores concursales (art 151.1 ley concursal)

¿Y EN OTROS CASOS? En un primer momento, la doctrina y la jurisprudencia rechazaron el autocontrato, por falta del consentimiento requerido ex art 1261 (concurrencia de voluntades autónomas y contrapuestas).

Sin embargo, modernamente existe una posición favorable a la licitud de la autocontratación (en nuestro ordenamiento no hay una prohibición general del autocontrato, sólo prohibiciones concretas).

**DOCTRINA TS**

- INADMISIONES EN PARTICULAR. No la admite en los casos concretos en los que la ley la prohíbe (bajo pena de nulidad, 6.3), principalmente en sede de representación legal (vg 162.2º y 299.1).

Las prohibiciones impuestas por la ley han de ser objeto de interpretación estricta (no cabe aplicarlas por analogía).

En estos casos no cabe dispensa ni por el Juez ni por las partes, ej. no cabe dispensa en el caso del 221.

- ADMISIÓN EN GENERAL

\* La admite cuando no medie colisión de intereses y si solo mera confluencia/**coincidencia** de intereses.

\* Es válido el autocontrato, aun existiendo conflicto de intereses, cuando el apoderado esté **autorizado manifiestamente** para autocontratar. De forma expresa o también cuando el poderdante, sin dar licencia expresa de autocontrato, concede al apoderado facultades que presuponen el conflicto de intereses.

. Tal autorización no ha de reunir requisitos especiales de forma (ha de constar con claridad pero no está sujeta a requisitos especiales).

La autorización **genérica** para autocontratar es válida (no es necesario que se dé para un acto determinado).

. A pesar de tal dispensa, el poderdante puede reaccionar contra el **abuso** del apoderado.

\* La autorización para autocontratar **no es transferible**. El mandatario puede transferir sus facultades a un tercero –sustituto- si el mandante no se lo ha prohibido (1721); pero salvo clara voluntad del dominus el mandatario no puede transferir su autorización o licencia para autocontratar (STS 22 de Diciembre 2001)

**La DGRN**, en línea con el TS

Admite la autocontratación aun con autorización genérica para autocontratar. Pero aclara: la posibilidad de autocontratación es lo excepcional (**la dispensa no se presume**) y se admite tanto en sede de representación voluntaria como **orgánica** (sociedades, RDGRN 3 Diciembre 2004)

En defecto de dispensa (autorización expresa) **cabe ratificar** la autocompra realizada por los comisionistas o mandatarios (Resolución de 15 de junio de 2004).

La **reseña identificativa** del documento del que resulta la representación alegada que el Notario está obligado a hacer según el **artículo 98** (de la Ley 24/2001) debe comprender la mención expresa de la licencia para autocontratar (en otras palabras, “la autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral”. Por ello si el juicio de suficiencia aparece contradicho por el contenido del propio documento debe ser considerado…como incongruente y, como tal, no admisible a los efectos de entender acreditada la representación.

***LA PRÁCTICA*** *origina multitud de casos dudosos:*

*(SOCIEDADES)*

*- Escritura de concesión por parte de un administrador único de una sociedad  de un* ***poder a*** *favor de* ***si mismo****.*

*La D.G. (Resolución  27 de febrero de 2003) consideró que el administrador único no puede otorgarse un poder a sí mismo, y ello, por un lado porque en ese poder sería ilusoria revocabilidad de la representación y por otro, por  la difícil exigencia de responsabilidad que al administrador, como representante orgánico, correspondería frente a la actuación del apoderado.*

*- El TS ha declarado que no existe autocontratación cuando una sociedad contrata con alguno de sus socios que no actúa simultáneamente como administrador (STS 31 enero 1991). Ahora bien, la* ***venta*** *efectuada sin autorización por el apoderado* ***a una sociedad en la que él era titular de casi todas las acciones*** *no es válida (STS 3 de Septiembre de 1996).*

*- Escritura  de* ***constitución de sociedad*** *en la que uno de los comparecientes interviene en nombre propio y en nombre  y representación de otra entidad (Resoluciones de la Dirección General de 9 de Mayo de 1978 y de 14 de mayo de 1998).*

*La DG afirma que en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas (si bien no  por ello queda excluida –siempre- la posibilidad de que exista conflicto de intereses).*

*En cualquier caso, fijar el contenido de los Estatutos o el nombramiento del Administrador no implica -de entrada-  un riesgo para el apoderado (desde el momento que no tienen el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forman parte  de su contenido organizativo, que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos  de la Junta Gral)*

*(PRESTAMOS)*

*- Hay autocontratación no permitida si comparece un apoderado que* ***representa a la vez  a la*** *sociedad* ***deudora y a la*** *sociedad* ***hipotecante no deudora***

*Sin embargo, si la múltiple representación se produce en la posición de hipotecante no deudor (es decir, si hay dos hipotecantes no deudores representados por una misma persona que no es deudor),  no hay conflicto de intereses (Resolución DGRN 5 de Mayo de 2005)*

*- Escritura en la que el representante establece* ***solidaridad pasiva entres sus propias deudas y las del representado****. Hay autocontratación no permitida (Resolución 21 de Junio de 2001)*

*- Un* ***poder que faculte para obtener un préstamo*** *difícilmente (quiere decir, no) cabe entender que comprende la facultad de hacerlo de forma solidaria con el apoderado*

*(CV)*

*- Una misma persona es apoderado del vendedor y del comprador. Para evitar actuar en doble nombre,* ***sustituye uno de los mandatos*** *en favor de C. No se admite ~~(RDGRN 21 Mayo 1993)~~*

*(SUCESIONES)*

*Plantea dificultades la contraposición entre cónyuge viudo e hijos a la hora de:*

*-* ***Inventariar*** *los bienes del difunto (salvo si el carácter ganancial de los bienes viene dado por los títulos de adquisición de forma expresa, Resolución de 10 de enero de 1994).*

*- La* ***partición*** *(salvo adjudicación proindiviso de todo a todos en proporción a sus respectivos derechos), por razón de*

*la formación de los lotes (1061, “posible igualdad”)*

*tratarse de un bien indivisible (1062)*

*atribución por el testador a su cónyuge del usufructo de la totalidad de sus bienes (cautela socini, 820.3)*

*La existencia de una 'cautela socini' (820.3) dispuesta por el testador en favor de su cónyuge viudo supone también contraposición de intereses con sus hijos menores (R. 15 de mayo del año 2002).*

**CONSECUENCIAS** del autocontrato celebrado fuera de los límites señalados:

. Para algunos autores es nulo, y para otros es anulable.

. No obstante, la mayoría considera que es ineficaz, como el negocio celebrado sin poder, pero ratificable por la persona que puede ser perjudicada por la autocontratación. No obstante, en la representación legal, al ser una institución de orden público, los autocontratos prohibidos son nulos de pleno derecho (artículo 6.3).

REPRESENTACION LEGAL

Art. 1259.1 Cc ***“Ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin tener por la ley la representación legal***”.

Además de la rpton voluntaria y (según algunos autores) la orgánica, la representación legal es la prevista y regulada por la Ley que ésta autoriza e incluso en algunos casos impone por razón de posición familiar, cargo u oficio, salvo excusa legal.

Como señala DIEZ PICAZO, mientras la representación voluntaria encuentra su más profunda razón de ser en una ampliación del ámbito de actuación de una persona, la legal lo halla en la necesidad de suplir la imposibilidad jurídica de dicha actuación.

CARACTERES. **Numerus clausus, tiene origen legal** (el representante legal no depende de la voluntad ni de las instrucciones del representado, sino que simplemente habrá de ajustar su actuación a lo dispuesto en la ley) **y carácter tuitivo e imperativo** (no es en gral renunciable) **y su publicidad es obligatoria**. **Su contenido está predispuesto por la ley** vg 271 (a salvo lo que, dentro de su competencia, haya podido disponer la Autoridad Judicial vg 224 Cc y 760 *LEC*

*Artículo 760 LEC. 1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art 763.*

*En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.*

*La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.*

Asimismo, dado que se concede a una persona en virtud de sus relaciones o cualidades personales, **no cabe la sustitución** sino sólo valerse de auxilio en facultades de carácter accesorio, salvo cuando lo prohíba la ley.

PRINCIPALES SUPUESTOS

Sin perjuicio de su estudio detallado en otros temas del programa, podemos señalar como principales supuestos de representación legal:

- La patria potestad que ejercen los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados y mayores de edad incapacitados conforme al art. 171

- La tutela, ex art 222 **Estarán sujetos a tutela**:

Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.

Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

Los menores que se hallen en situación de desamparo.

- La de los menores o incapacitados cuando existan conflictos de intereses entre ellos y sus representantes legales y en los demás casos en que procede nombrar **defensor judicial** ex art. 299

- La del desaparecido que ex art. 181 corresponde a un defensor judicial, discutiendo la doctrina, tas la reforma de 24 de octubre de 1983, si es la del art. 299 ss u otro cargo distinto

- La del declarado ausente que corresponde al representante determinado conforme al art. 184

- la del administrador del patrimonio protegido del discapacitado (art. 5 ley 18 nov 2003)

Por el contrario, no puede considerarse representación legal:

. La del concebido no nacido. Así, aunque algunos autores han querido ver en el art 627 la figura del curator ventris, considera De Castro, que no es posible la representación de quien no tiene personalidad, limitándose el artículo a impedir la revocación de la donación aceptada.

. La del administrador de la herencia, pues el administrador no representa al difunto ni a los herederos.

. La de los administradores concursales, pues no actúan en nombre y por cuenta del concursado.

. La curatela, pues no se sustituye sino que se complementa una voluntad.

LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

Este tipo de representación se da únicamente respecto de las personas jurídicas. Según se estudia en el tema correspondiente, estas personas tienen personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pero necesitan ejercitar ésta por medio de personas físicas.

Señala la STS 9 marzo 1989 que cuando las PJ actúan a través de sus órganos existe una única voluntad y vinculación permanente (por ser el medio normal por el que la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar), mientras que si actúa mediante representación existe una dualidad de voluntades y una vinculación transitoria entre el rpte y la persona.

Por ello se suele considerar la representación orgánica de las personas jurídicas como una categoría intermedia entre la representación voluntaria y la representación legal.

ESPECIALIDADES

- No es la Junta de una sociedad de capital sino su órgano de admon quien puede otorgar poderes (la Junta no tiene competencia para ello), sean o no irrevocables (Resolución de 19 de julio de 2011)

- La redacción dada al artículo 160 LSC por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, atribuyendo a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales» ha planteado dificultades en su relación con el ámbito del poder de representación de los administradores (art. 234 LSC), que la DGRN (vg R 26 junio 2015) ha zanjado. Remisión a tema mercantil

PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Nada impide a una sociedad el **recurso a la REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA**. Incluso La RDGRN 30 diciembre 1996 admite que una misma persona pueda ostentar la doble condición de administrador y apoderado, “matizando” su revocación como apoderado:

\* si dos administradores mancomunados dan poder a uno de ellos, para la revocación basta la hecha por uno de los administradores mancomunados.

\* Idem cuando el apoderado nombrado –que ahora se pretende revocar- no es el coadministrador mancomunado sino la persona física designada por el coadministrador PJ para ejercer el cargo (RDGRN 15-3- 2011)

**ACTOS FUERA DEL OBJETO SOCIAL.** Se discute qué ocurre con los actos realizados por el representante orgánico de la sociedad que excedan del objeto social. Dos posturas: **SEGÚN TIEMPO**

- Los actos “ultra vires” (no comprendidos en el objeto estatutario) no son, como regla general, vinculantes para la sociedad, que sólo tendría dicha vinculación cuando el tercero hubiere obrado de buena fe y sin culpa grave, pesando sobre él la carga de la prueba.

- La mayoría de la doctrina sin embargo, siguiendo a las directivas comunitarias, considera como regla general la vinculación de la sociedad por los actos de los administradores aunque no estén comprendidos en el objeto social, recayendo sobre la sociedad la carga de la prueba de la mala fe del 3º. Es la solución del art. 234 LSC **(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)**

En cuanto a las **DONACIONES** realizadas por un administrador en nombre de una sociedad, la cuestión ha sido tratada por la RDGRN 20 I 2015, que, basándose en la STS 29 XI 2007 y el artículo 93 LSC, señala que no se pueden llevar a efecto donaciones con cargo al patrimonio social que sean contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime y a cargo de beneficios o reservas de libre disposición.

. Ahora bien, ello no es obstáculo para la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación, a título lucrativo, para alcanzar determinados fines estratégicos o cumplimiento de fines éticos, culturales o altruistas, que no violen dicho precepto (como ocurre por ejemplo cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios o reservas libres).

. Por tanto, partiendo del pleno reconocimiento de capacidad jurídica y de obrar de la sociedad, permite este tipo de actos cuando no se vulneren los anteriores requisitos.

LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**.**

Art 10.11 Cc “**A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas**”.

No entran dentro del ámbito de este párrafo:

. **la representación orgánica**, a la que se aplica la ley personal de la persona jurídica (art 9.11), ni la representación **procesal** (que se rige por la lex fori).

. los aspectos de **capacidad** (sujetos a la ley nacional del sujeto de que se trate, art 9.1) ni la forma de la representación (**forma** del "poder", sometida al art 11)

En materia de **REPRESENTACIÓN LEGAL**, sin perjuicio del punto de conexión anterior, hay que tener en cuenta (remisión a temas 96 y 100 –MJ los dice, yo no lo veo-):

- el artículo 9.4 Cc.

- el artículo 9.6 Cc.

En cuanto a la **REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA**, hay que estar primero a la voluntad de las partes mediante el sometimiento, y en su defecto a la del lugar de ejercicio.

+ Se aplica sólo a la relación externa, que es la propiamente representativa. No se aplica a la relación interna (mandato u otra), que se regirá por la ley reguladora de dicho contrato. Tampoco es de aplicación al contrato celebrado entre el representado con un tercero.

+ No es exigible que la ley elegida tenga "conexión con el negocio de que se trate", pero sí que la elección sea expresa y que se trate de una sola ley.

+ A falta de elección:

. Si el representante ejerces sus facultades en varios Estados, habrá una pluralidad de leyes aplicables;

. En los "contratos entre ausentes" la cuestión de la representación se rige por la ley del país donde emite su declaración el representante (es ése el país en el que “ejercita” sus funciones)

. En los contratos precedidos de negociaciones largas y complejas, puede suceder que el representante opere desde varios Estados. Es entonces aplicable la ley del país donde el representante desarrolla su "actividad principal".

Finalmente, en materia de **poderes otorgados en el extranjero,** la RDGRN 23 Febrero 2015, basándose fundamentalmente en el artículo 4 LH y 36 RH (remisión a tema 23), ha afirmado que para que un documento público extranjero pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, debe cumplir los requisitos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español (doctrinalmente, “principio de equivalencia de formas”), lo que supone **fe de conocimiento y juicio de capacidad (basta que sea implícito)**.

- El principio de equivalencia, ahora “de efectos” o “funciones”, aparece recogido en relación a los documentos públicos extranjeros en la LCJI: a la hora de tratar su

. ejecución (art. 56: Los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público. A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas)

. su inscripción (art. 60, es preciso que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen).