**TEMA 25. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: EL PODER. LA SUSTITUCIÓN DEL PODER Y EL SUBAPODERAMIENTO. EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. EXAMEN ESPECIAL DE LA REVOCACIÓN. EL PODER IRREVOCABLE. LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO. LA RATIFICACIÓN.**

#### LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: EL PODER

INTRODUCCIÓN (Adan y Eva) Dispone el art. 1259 CC que **“Ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal”**. A la vista de este artículo, se distingue entre la representación voluntaria, que es objeto de estudio en el presente tema, y la representación legal, que se estudia en el tema anterior.

Podemos definir la REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA como aquella conferida por un acto de voluntad del representado, bien sea anterior o posterior al acto del representante. Tiene por tanto dos fuentes:

- El apoderamiento, que implica una autorización anterior. Lo estudiamos ahora.

- Ratificación, que implica una autorización posterior. La estudiamos al final del tema.

El PODER se otorga a través de un negocio unilateral y recepticio denominado apoderamiento, por el que una persona autoriza a otra para que concluya en su nombre (de forma directa o indirecta) uno o varios negocios jurídicos.

El problema que plantea el poder es su deslinde de otra figura: el mandato. Tradicionalmente ha existido una confusión entre ambas figuras, patente en la regulación de éste contrato del CC, sin embargo, en la actualidad, fruto de la pandectística alemana (WINDSCHEID) y sobretodo de LABAND la distinción se halla establecida de forma clara, tanto por la jurisprudencia (a partir de la STS 16 febrero 1935) como por la doctrina:

- El **mandato** tiene su origen en un contrato, creador de obligaciones inter partes, y mira las relaciones internas entre mandante y mandatario.

- En cambio el **poder** tiene su origen en un negocio jurídico unilateral recepticio, que no obliga, sino que faculta y legitima al representante para actuar en nombre del representado, mirando esencialmente las relaciones externas entre aquel y los terceros

Por ello puede haber:

· Mandato representativo (poder y mandato)

· Poder sin mandato: cuando en lugar de éste, hay otro contrato subyacente distinto, como el de trabajo, sociedad, arrendamiento de servicios etc.

· Mandato sin poder (cuando el mandatario contrata con éste en nombre propio o cuando el mandante encarga asuntos que no exigen relacionarse con tercero). Es el supuesto de la denominada representación indirecta. O el del mandato para realización de actos materiales –no jurídicos-; si bien este asunto hace tránsito a la difícil distinción entre mandato y arrdto servicios que se estudia en otro tema.

Ahora bien, con la misma unanimidad con que se acepta la distinción entre poder y mandato, la doctrina entiende analógicamente aplicables a la representación los preceptos del C.C. relativos al mandato, que ofrecen base suficiente para colmar las múltiples lagunas que existen.

A la hora de analizar la CONSTITUCION del poder conviene diferenciar entre sus elementos personales, reales y formales:

**PERSONALES.** Capacidad del poderdante. Existen dos posiciones:

· La mayoría de la doctrina considera que es necesaria la misma capacidad que para el acto que encomienda al apoderado, pues es evidente que nadie puede celebrar a través de éste más actos de los que pueda celebrar por sí.

· En contra, considera LACRUZ que será suficiente la capacidad general para contratar del art. 1263 ya que una cosa es el apoderamiento y otra el negocio que en virtud del mismo se realice, en el cual si se exigirá que el poderdante tenga la capacidad concreta necesaria.

Capacidad del apoderado. Señala ALBALADEJO que bastará la capacidad general de obrar, sin ser necesaria la específica para el acto que se le encomiende, ya que sus consecuencias recaerán en la esfera del poderdante. A esto parece aludir el 1716: **El menor emancipado puede ser mandatario pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores.**

**REALES.** A) El poder puede ser general o especial según comprenda todos los negocios del poderdante o sólo algunos (art. 1712)

Por aplicación analógica del art. 1713 para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio será necesario poder expreso:

. La DGRN ha mantenido desde siempre una interpretación estricta de lo que deba entenderse por poder expreso. Así:

+ El poder para vender no autoriza para segregar (Resolución de 19 de junio de 1990).

+ En el poder concedido para vender la participación indivisa de una herencia, cabe entender comprendida la aceptación Y partición de la misma, pero no la constitución de un régimen de propiedad horizontal (Resolución de 17 de abril de 1970)

+ El poder para comprar o vender por precio al contado o a plazos no permite la constitución con carácter indiscrimina¡fo de una hipoteca, pues esta posibilidad sólo cabría entenderla comprendida, en un esfuerzo interpretativo, si se tratara de garantizar el precio aplazado en la compra o venta de un bien (Resoluciones de 29 de septiembre y 10 de octubre de 1983)

+ Cuando el poder se limita a la facultad de constituir hipoteca en garantía de las cantidades que se tornen a préstamo Y se destinen a la construcción, caen fuera de la voluntad del poderdante todos aquellos supuestos que no se encuentren dentro del contexto de la cláusula, y por eso no cabe ampliarlo a casos no expresamente indicados, como lo sería la constitución de la hipoteca en base a un reconocimiento de deuda hecho por el apoderado, al existir una clara diferenciación entre ambas figuras (Resolución de 29 de septiembre de 1983)

. La desconcertante STS [6 de noviembre de 2013](http://notin.es/wp-content/uploads/2014/02/STS-6-de-noviembre-de-2013.pdf) da un paso más, pareciendo dar al traste con los poderes generales: ¿Qué significa “expreso” en el art. 1713? Frente a la práctica inveterada, esta esta sentencia interpreta que el mandato, para ser expreso, requiere de “una designación concreta del objeto para el cual se confiere”. Se apoya en otra STS anterior, de fecha 26 de noviembre de 2010, relativa a una transacción, en la que se exigió además, a fin de considerar expreso el poder a tal fin, no sólo la especificación de los bienes sobre los habría de recaer tal transacción sino también precisar el conflicto al que se refería la transacción (“en términos objetivos y subjetivos”).

Ante semejante doctrina se corre el riesgo de que cualquier apoderamiento al uso se considere no suficientemente expreso. La doctrina, mayoritariamente, ha realizado una interpretación casuística de ambas sentencias: no serían susceptibles de ser entendidas fuera de las particulares circunstancias que a ellas dieron lugar (una donación exorbitante y una transacción muy específica).

B) Además, se requiere que el negocio representativo admita la representación voluntaria. Sobre esto, decir que:

* El campo más apto para su ejercicio 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.
* En cambio, en el **derecho de Familia** 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 voluntaria si bien existen figuras de naturaleza cercana como el albaceazgo o 1.057, partición hecha por comisario, además de la sucesión o testamento por comisario foral.

**FORMALES:** si bien con carácter general, por analogía con el art. 1710, el poder podrá ser expreso o tácito, ex art. 1280.5 deberá constar en doc. 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.

Aun cuando en una aplicación conjunta del art 1279 es una forma ad utilitatem, señala Manresa (en posición minoritaria) que en el caso del poder para contraer matrimonio, así como el poder para pleitos, sea general o especial, puesto que se integran en procesos con formalidades imperativas, la escritura pública tiene un carácter ad solemnitatem. El TS afirma por el contrario que es ad utilitatem (STS 13 junio 2001).

Todo el poder y no sólo su núcleo esencial debe constar en documento público. No cabe que en la escritura de poder se atribuya la facultad de representación genéricamente a favor de personas que ostenten determinados cargos individualizados por medio de certificación de la sociedad poderdante (Resolución de 13 de mayo de 1976), ni que se supedite a la concurrencia de una declaración de voluntad posterior reflejada en un mero documento privado con firmas legitimadas

Nuestro Derecho positivo no establece la posibilidad (carga) u obligación de dotar de publicidad a los poderes de representación más que en algunos casos concretos. Por lo que respecta a la representación que no sea legal, la cuestión se centra en los poderes otorgados por comerciantes y sociedades, que en ocasiones deben ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, lo que es objeto de estudio en el Derecho Mercantil.

Sin perjuicio de su estudio detallado en los temas de hipotecario, cabe destacar que el poder contenido en el mandato ha de ser suficiente para el negocio de que se trate y estar subsistente. Por ello, el art. 98 L. 27 de diciembre de 2001 (Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario), tras la reforma de la ley de 18 de noviembre de 2005, dispone:

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notaria de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título representativo, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

El párrafo segundo de este artículo ha sido objeto de diversas controversias doctrinales, y de numerosas resoluciones de la Dirección General. No obstante, a la vista de la actual jurisprudencia, podemos señalar que la labor de calificación por parte del registrador se concreta en comprobar la existencia de lo siguiente:

1º. Existencia de la reseña identificativa: implica la perfecta identificación por parte del notario del documento del que nacen las facultades representativas (notario autorizante, fecha, número de protocolo, datos de inscripción en el registro correspondiente…):

. Dicho documento deberá estar además a la vista del notario en el momento de la autorización del negocio de que se trate.

. La reseña identificativa del documento debe comprender la mención expresa de la licencia para autocontratar (en otras palabras, “la autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, entra en el ámbito de la calificación registral”).

2º. Juicio de suficiencia: supone la valoración por parte del notario de que, a su juicio, las facultades conferidas en el poder son suficientes para el otorgamiento del negocio de que se trate.

No es necesario que el notario realice una enumeración de todas las facultades que se otorgan en el poder, pero tampoco es válido un juicio en blanco, con utilización de expresiones del tipo “es suficiente para el otorgamiento de este acto” o “de esta escritura”.

3º. Congruencia del juicio: implica la coincidencia entre las facultades que ha valorado el notario a la vista del poder y los actos que realmente se contienen en el negocio que se va a celebrar.

#### LA SUSTITUCIÓN DEL PODER Y EL SUBAPODERAMIENTO

La sustitución del poder tiene lugar cuando un apoderado concede a otra persona todas o algunas de las facultades que a él le fueron concedidas.

La doctrina entiende que en esta materia hay que conciliar la idea de confianza propia de todo poder y la necesidad de ejercitar el poder con la máxima eficacia (es decir, a veces puede ser útil la sustitución para el propio representado).

En este sentido, según el Art. 1721. "**El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:**

**1º Cuando no se le dio facultad para nombrarlo o,**

**2º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.**

**Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo"**.

Art. 1722: **"En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto".**

A la vista de lo anterior, se puede distinguir entre:

* la sustitución en sentido propio, que tiene lugar cuando el apoderado traspasa sus facultades al sustituto, quedándose fuera de la relación jurídica con el representado (nace una nueva relación jurídica entre el dominus y el sustituto, aunque con el mismo contenido que la anterior).
* el subapoderamiento, que tiene lugar cuando el apoderado delega en el sustituto pero manteniendo su condición de apoderado del representado (aquí se crea una relación subordinada y dependiente respecto a la principal).

En ambos casos, el sustituto representa al dominus, no al representante. Cuestión claramente distinta de la subrepresentacíón y de la sustitución es la utilización por el representante de auxiliares que le ayuden en orden al negocio representativo. Caso de ello es la utilización de nuncio.

Clases:

- Sustitución prohibida por el dominus (porque lo ha dicho expresamente o se induce de las circunstancias del caso): no sería válida ni la sustitución propia ni el subapoderamiento.

- Sustitución expresamente permitida: aquí un sector doctrinal dice que si sólo ha sido permitida, sin concretar los nombres de los sustitutos, sólo cabría subapoderamiento. Si en el permiso se concretan los sustitutos sólo cabría la sustitución a favor de éstos y sí se puede hacer mediante una sustitución en sentido propio (además de mediante subapoderamiento, añado yo).

- Sustitución no autorizada y no prohibida: aquí la mayoría de la doctrina entiende que la solución es la misma que en la sustitución autorizada sin indicación de los nombres de los sustitutos.

Para finalizar, señalar que:

\* A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, en el Derecho Mercantil no basta con que no haya prohibición, sino que tiene que haber autorización para delegar o sustituir (art. 261 CCom).

\* 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 que exista una clara voluntad del dominus en este sentido el mandatario no puede transferir su autorización o licencia para autocontratar (STS 22 de Diciembre 2001)

#### EXTINCION DE LA REPRESENTACION

La representación **LEGAL**, se extingue cuando cesa la situación que legalmente la originó y en los demás supuestos establecidos concretamente en cada una de ellas.

La representación **VOLUNTARIA**, se extingue cuando se concluye el negocio para la que se concedió, cuando se haga imposible su conclusión y por otras causas generales (p.e cumplimiento de condición o término resolutorio). Además:

· R. INDIRECTA termina cuando se extingue la relación jurídica entre representante y representado por la que el primero actúa en interés del segundo.

· R. DIRECTA cuando se produzca la extinción de la relación jurídica que subyace al poder o cuando se extingue éste mismo lo cual, por aplicación analógica del art. 1732 tendrá lugar:

**El mandato se acaba:**

1. **Por su revocación.**
2. **Por renuncia o incapacitación del mandatario.**
3. **Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.**

**El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.**

RENUNCIA. Rigen en principio los arts. 1736 (“El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”) y 1.737 CC (“El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta”).

Según Albaladejo, no es causa de extinción del poder, ya que el negocio de apoderamiento es unilateral y en nada obliga al apoderado: no se comprende que un acto unilateral de una persona pueda extinguirse por la voluntad de otra; lo que puede hacer el apoderado es no utilizar el poder, pero no extinguirlo por renuncia.

No obstante, CÁMARA señala que cuando la relación jurídica subyacente (mandato, arrendamiento de servicios, etc) sea extinguible por renuncia unilateral (así, el mandato), la renuncia y extinción de ésta llevará consigo la renuncia y extinción del poder.

MUERTE. Según el art. 1739 CC: “En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste.”

DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD, CONCURSO O INSOLVENCIA del mandante o mandatario. Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, el Código sigue distinguiendo entre concurso o insolvencia, por lo que algunos autores tienen la duda de si la insolvencia de hecho es causa de extinción.

INCAPACITACIÓN. Algunos autores consideran que además de la incapacitación judicial, se ha de incluir la incapacidad de hecho.

Debe tenerse en cuenta que la LRC 1957 establecía que el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante. Y que en la misma línea el art. 4 LRC 2011 contempla la inscripción de los APODERAMIENTOS PREVENTIVOS

OTRAS CAUSAS. Por lo demás hay que tener en cuenta que se extinguen:

· los poderes otorgados por el ausente desde la inscripción de la declaración en el RC (art 183)

· los otorgados por un cónyuge a otro, desde que se admita la demanda de nulidad, sep. o divorcio (art 102)

#### EXAMEN ESPECIAL DE LA REVOCACIÓN

La revocación es una causa “natural” de extinción del poder, por ser éste un acto unilateral del poderdante que se basa en su propio interés y en su confianza en el apoderado. Así, el art 1733 comienza diciendo que “**El mandante (poderdante) puede revocar el mandato (poder) a su voluntad...**”

**\* 1733. El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.** Producida la revocación, el representado podrá compeler al representante a que le devuelva el documento en que conste la revocación, para evitar que el representado cree una situación de apariencia capaz de suscitar la confianza de 3º.

\* **1734. Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber**. Se estudia luego.

\* **1735. El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede**. La revocación, al igual que el apoderamiento, es un negocio jurídico unilateral y recepticio, pudiendo hacerse expresa o tácitamente. Como casos de revocación tácita:

+ Gestionar personalmente el poderdante el negocio concreto y nombrar otro apoderado para el mismo negocio, salvo que la gestión conjunta sea compatible.

+ Exigir la entrega del documento en el que conste el poder.

Para concluir, cabe señalar que la reforma del Reglamento Notarial de 19 Enero 2007 creó el Archivo de Revocación de Poderes, regulado en el art 164. No obstante, este artículo, junto con otros del mismo reglamento fue anulado por la STS de 20 V 2008.

#### EL PODER IRREVOCABLE. LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO

#### El art. 1733 CC, aplicable analógicamente al poder, señala que

El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato."

#### El Derecho romano conoció la figura del poder irrevocable a través de la figura del "procurator in rem suam.

#### Excepcionalmente LA LEY contempla la irrevocabilidad de un poder:

#### . 1692 Cc (semejante a art. 132 C de c. Cuando la facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía (colectiva) haya sido conferida en condición expresa del contrato social, no se podrá privar de ella al que la obtuvo).

#### . El poder conferido por el deudor hipotecario a favor del acreedor para que le represente en la venta del bien hipotecado en el procedimiento ejecutivo extrajudicial (según el artículo 234.1 del Reglamento Hipotecario).

#### En cuanto al poder irrevocable POR PACTO:

· autores como MANRESA y SANCHEZ ROMAN consideraron que ese pacto es contrario a la esencia del mandato.

· Por el contrario, los anotadores de ENNECERUS y la mayoría de la doctrina actual no ven inconveniente en admitir la irrevocabilidad por pacto, en tanto que la revocabilidad es un derecho del mandante y se puede renunciar conforme a las reglas generales del art 6.2., siempre que haya para ello justa causa.

Esta posición es seguida también por la jurisprudencia actual, que incluso admite la irrevocabilidad aunque no se haya pactado, siempre que:

. Esté justificada en el interés del propio apoderado o de un tercero.

. Derive de la propia naturaleza y finalidad del poder (ej, en caso de cesión para pago del art 1175).

En sentido semejante, la Ley 52 NAVARRA.

Plantean cierta dificultad los llamados “**PODERES COLECTIVOS**”: ¿a quién corresponde realizar la revocación?

. DE LA CÁMARA entiende que si el negocio es divisible, susceptible de ser negociado pro parte, el poder será libremente revocable por cada poderdante.

. En el caso de que el negocio sea indivisible, LEÓN ALONSO considera la revocación exigirá necesariamente una actuación conjunta de los poderdantes (si bien estima que bastará justa causa de desistimiento por cualquiera de los poderdantes para desistir de continuar en la comunidad de intereses para que ello le sea permitido).

EFECTOS. Para algunos, el pacto de irrevocabilidad tiene eficacia meramente obligacional, en caso de incumplimiento (es decir, si el poderdante revoca), la revocación será valida, si bien, el poderdante tendrá obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de su obligación.

Para otros, en cambio, el pacto de irrevocabilidad produce efectos absolutos o reales, y en caso de incumplimiento, la revocación es irrelevante por considerarse inexistente:

. Según CÁMARA, cuando el poder se haya dado en interés del propio apoderado o de terceros

. Según otros, cuando al poder irrevocable subyazca el cumplimiento de una relación jurídica que exija su otorgamiento la irrevocabilidad será real e incluso no necesitará ser expresamente pactada. En los demás casos, será meramente obligatoria (así, por ejemplo, arrendamiento de servicios en que se concede, además a una de las partes un poder de representación de la otra -Ss. de 30 abril de 1955 y 6 de mayo de 1968).

En caso de irrevocabilidad real, se discute su acceso la posibilidad de su acceso el registro mercantil.

#### LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO

La extinción del poder no supone siempre, ni de forma absoluta, la cesación de sus efectos; éstos persisten cuando existe una **apariencia de poder**, en la que legítimamente se pudo confiar. Por ello, aclara de la CAMARA que los llamados supuestos de subsistencia del poder extinguido no son tales, puesto que éste se ha extinguido realmente y lo que se protege es la mera apariencia jurídica

El CC contempla la subsistencia en dos preceptos: el art. 1734 y 1738

1734 Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber.

La revocación debe ser comunicada al apoderado (por eso es recepticia), pues es a él a quien se dirigió la declaración de apoderar. ADEMÁS de comunicarse al apoderado, también hay que destruir la apariencia jurídica de poder:

· Algunos autores interpretando a sensu contrario dicho precepto entienden que si el poder es general, es decir, que no se ha dado sólo para contratar con determinadas personas sino con cualquiera, su revocación perjudicará al tercero aunque no se le haga saber.

· En contra, LACRUZ advierte que dicha interpretación dista mucho del espíritu del precepto que, interpretado de forma conjunta con el art. 1738 (que ahora veremos) pretende que la extinción del poder, respecto a terceros, coincida con la extinción de su apariencia, por lo que su extinción nunca podrá perjudicarles cuando no conocieron o no debieron conocerla (por ello precisamente el art. 1733 faculta al mandante para exigir el documento en que conste el mandato, ya que así se termina con su apariencia).

1738 Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

· Algunos autores, partiendo del tenor literal del precepto, consideran que se pretende proteger al apoderado y al tercero, de forma que se exige la buena fe de ambos.

· Sin embargo, entiende LACRUZ que, partiendo de la interpretación conjunta de éste precepto y el anterior, en los términos ya analizados, parece que lo que se pretende proteger es al tercero de buena fe, independientemente de que el apoderado sea de buena o mala fe.

En todo caso, para gozar de esta protección se exige una diligencia razonable del tercero (buena fe objetiva), la existencia de una base objetiva de la apariencia, sin que baste la simple manifestación del mandatario y que la adquisición sea a título oneroso.

Para terminar, señalar que:

1) El mandato no se extingue NECESARIAMENTE por muerte del poderdante en el § 672 del **B.G.B.** alemán (o el Código suizo de las obligaciones).

* Lo mismo dispone el art. 280C de c. (por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá el contrato, aunque pueden revocarlo sus representantes).
* Y algo parecido resulta con el documento de instrucciones previas con designación de representante para su cumplimiento “incluso llegado el fallecimiento” (art. 11de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)

Aparte el prejuicio doctrinal (no es posible representar a un muerto), la subsistencia del poder en este caso tendría tanto sentido (evitar la desatención de la relación contractual con la muerte del causante) como tras la incapacitación del mandante. Particularmente en atención a que sólo pasados 15 dias desde la muerte del causante se podrá saber si existe un albacea testamentario y en último término quienes son los herederos (art. 5del Anexo II –Registro Actos Ultima Voluntad- del Reglamento Notarial).

2) Distinto de la subsistencia del poder tras la muerte del poderdante es el poder otorgada directamente para después de la muerte (**POST MORTEM**), que expresamente admite la Ley 151 de la Compilación Navarra (“el poder otorgado por el causante para después de su muerte será válido en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como ejecutor de su voluntad”). Este poder NO se confunde con la figura de la fiducia sucesoria

En Alemania, la opinión dominante admite este tipo de poder (post mortem) y no lo somete a los preceptos sobre la forma de las disposiciones de última voluntad, si bien no para realizar atribuciones patrimoniales gratuitas (pues supondría un fraude a los preceptos sobre disposiciones de última voluntad –principalmente testamentos-).

#### LA RATIFICACIÓN

La ratificación es la declaración de voluntad unilateral y recepticia del representado, de querer para sí el negocio que se celebró en su nombre sin poder o con poder insuficiente, por lo que no se trata de una confirmación (1310**: Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261**), sino de completar un negocio al que le falta un elemento esencial como es el consentimiento. Así resulta de los arts. 71, 1259 y 1727.2:

En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

En cuanto a sus REQUISITOS, según la jurisprudencia del TS:

* Ha de ser pura y simple.
* Tempestiva, antes de la revocación de la otra parte contratante. Según DÍEZ PICAZO, el hecho de que el tercero que contrató con el “falsus procurator” conozca la ratificación no es un requisito para la validez ni la eficacia de la misma, sino que lo que produce es que a partir de ese momento el tercero ya no puede revocar.
* No está sujeta en principio a forma especial (se considera ratificación tácita el aprovechamiento de las ventajas de la actuación del gestor, argumento art. 1893 –STS 13 junio 2002-). Como excepción, si se trata de un negocio solemne, la ratificación se somete a los mismos requisitos de forma que los del negocio a ratificar.

Por lo que se refiere a sus EFECTOS, el art 1259 señala que el negocio es nulo a no ser que sea ratificado. Ahora bien, critica la doctrina esta terminología, pues la situación legal de nulidad se compagina mal con la posibilidad de ratificación. Así:

. Albaladejo considera que se trata de un negocio con ineficacia claudicante pendiente de ulterior ratificación.

. La Resolución de 28 de mayo de 2013 opta por calificarlo en cualquier caso de negocio incompleto, tanto si se le considera como nulo pero convalidable, como si se estima que es un negocio inexistente (en tanto no se ratifique) o por último un negocio sujeto a la conditio iuris de la ratificación.

**SI LA RATIFICACIÓN SE PRODUCE** **operará retroactivamente “inter partes**”, si bien no podrá perjudicar los derechos de terceros. Se discute si cualquier tipo de terceros (RDGRN 28 de mayo de 2013) o solo terceros de buena fe.

\* Dicha resolución estima que la ratificación produce efectos “ex tunc” entre las partes y efectos “ex nunc” en perjuicio de terceros. Se trataba de un supuesto de ratificación de una escritura de primera hipoteca con posterioridad a la presentación en el registro de la propiedad de una segunda hipoteca.

+ Considera el defecto insubsanable (no subsanable, como había estimado el Registrador).

+ Descarta la posibilidad de entender que la presente hipoteca (bilateral, pendiente de ratificación) pueda ser asimilada o tratada como una hipoteca unilateral -y por tanto inscribible con la prioridad inicial-, porque no se ha constituido con tal carácter de unilateral.

\* Un sector doctrinal minoritario considera discutible esta doctrina:

- Solo el tercero de buena fe es digno de protección. Esta es la regla general en nuestro derecho civil (vg. 1295) y también en el ámbito registral (34 LH). Otra cosa es si el asiento de presentación vigente la erradica o no.

- La falta de ratificación debe considerarse un defecto subsanable, no insubsanable. Pues los defectos insubsanables harían siempre que su presentación inicial resultase inútil.

- Se produce un agravio comparativo entre este tipo de hipotecas pendiente de ratificación por el acreedor y las hipotecas unilaterales no aceptadas (aquí se da una reserva de rango).

**SI LA RATIFICACIÓN NO LLEGA A TENER LUGAR**, el que contrató con el falsus procurator solo podrá accionar contra él (en su caso, por estafa), demandándole el resarcimiento de daños (interés contractual negativo).