

# Naturaleza y situación del contrato del «*falsus procurator*»

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ

Doctor en Derecho  
Magistrado

SUMARIO: I. LA INGERENCIA EN LA ESFERA JURIDICA AJENA.—1. Planteamiento.—2. Casos de ingerencia sin poder suficiente en nuestro ordenamiento.—3. Representación sin poder y «negotiorum gestio».—4. Representación sin poder, o con extralimitación de poder.—5. Estructura del negocio del *falsus procurator*.—II. NATURALEZA Y SITUACION DEL NEGOCIO DEL *FALSUS PROCURATOR*.—1. Diferentes posiciones y teorías: clasificación.—A) Teorías de la nulidad. a) Teoría de la anulabilidad. b) Teoría de la nulidad (absoluta). B) Teorías de la eficacia sometida a condición. C) Teoría llamada «de la oferta». D) Teorías que califican a nuestro negocio como imperfecto, incompleto o en vías de formación. E) Teoría de la ineficacia por defecto de legitimación.—III. NUEVO ENFOQUE.—POSICION PERSONAL.—1. Posibilidad de nuevos puntos de vista y construcción.—2. Fundamento de la protección del ordenamiento jurídico a la actuación del *falsus procurator*.—3. La voluntad de representante y representado en el negocio representativo. A) Su función en el negocio representativo ordinario. B) El papel del representado en el negocio del *falsus procurator*.—4. El contrato del *falsus procurator* en la jurisprudencia española.—5. Conclusión.

## I.—LA INGERENCIA EN LA ESFERA JURIDICA AJENA

### 1. PLANTEAMIENTO .

Hay ciertas zonas y aspectos de las relaciones individuales y sociales donde el ordenamiento jurídico entiende que la mejor forma de regular y encauzar jurídicamente aquellos intereses que estima dignos de protección es precisamente dejando en manos y a iniciativa de los propios interesados la producción y alcance de los efectos jurídicos por ellos buscados. Esa posición de la voluntad individual, de las voluntades de los interesados en la producción de efectos jurídicos, y el dominio de los mismos en extensión y profundidad, es la llamada autonomía privada, en cuanto dejación a la misma por otra voluntad superior y

soberana, la del propio ordenamiento, de un campo y un dominio que era suyo. Y eso se ha convertido en principio fundamental, casi dogma, de todas las culturas jurídicas del área occidental y sus zonas de influencia.

Pues bien: lo normal es que cada individuo regule por sí mismo aquellos intereses que le son propios y los efectos jurídicos que le competen en sus relaciones con otros. Pero hay ciertas ocasiones en que por razones de imposibilidad física o espiritual, o por razones de conveniencia, el interesado no puede o no quiere celebrar el negocio jurídico vehículo o causa de aquellos intereses o efectos. Surge entonces para el Derecho —dice Emilio Betti— el problema de reconocer, dentro de márgenes compatibles con la idea de la autonomía privada, la posibilidad de que el negocio se realice para el interesado por otros, pues dicha sustitución de persona en la conclusión del negocio, y por tanto en sus consecuencias y efectos, encuentra sus límites en la misma noción de la autonomía privada. «En efecto —continúa Betti—, la tutela jurídica del negocio reconoce su justificación fundamental en la idea de que cada uno debe ser dueño de mandar en casa propia y regir sus propios asuntos como mejor crea; pero esta idea tiene por presupuesto la coincidencia, al menos normal, del sujeto del negocio con el del interés regulado por éste. Si se debiese de admitir sin limitaciones que cualquiera pudiese subrogarse al interesado para celebrar negocios por cuenta de él, la sanción del negocio erraría su finalidad, es decir, cesaría de ser tutela de la autonomía para, en cambio, proteger y promover la invasión de la esfera jurídica ajena. Por tanto, sólo dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos puede el Derecho admitir una sustitución de persona en la celebración del negocio, sin que desaparezca el objeto de la tutela que le es concedida.» (1).

El patrimonio, dice Núñez Lagos (2) con frase gráfica —la esfera jurídica de cada uno, podríamos decir en términos más generales—, es como el hogar, inviolable; no se entra en él sin consentimiento del dueño o mandamiento del juez.

Efectivamente: la invasión de la esfera jurídica ajena, sin más, es algo contrario a Derecho, en cuanto que esa esfera jurídica es una prolongación de la propia personalidad del individuo, y como tal, deber ser, es, protegida por el Derecho. Aquella invasión es, en principio, antijurídica, un ilícito penal o civil, según los casos (3).

Ello no impide que el propio ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias autorice ciertas formas de invasión, dentro del mismo campo de la autonomía de la voluntad, y del juego de las previ-

(1) «Teoría general del negocio jurídico», trad. española de MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1959, p. 419.

(2) «La ratificación», *Rev. Derecho Notarial*, 1956, enero-marzo, p. 43; y en t. XXX, vol. I del Código civil de *Mucius Scaevola*, redactado por NÚÑEZ LAGOS (Madrid, 1957), p. 400.

(3) Recuérdese a este respecto —por traer, a modo de ejemplo, una cita de autoridad clásica, en lugar de muchas otras posibles, más modernas pero menos expresivas— las palabras de POMPONIO (lib. 27 «ad Sabinum»): «Culpa est immiscere rei ad se non pertinenti» (D. 50,17,36. «De regulis iuris»).

siones de la norma y de la voluntad individual. Queda en todo caso el grave problema de los límites dentro de los cuales aquella intromisión puede ser lícita: «se trata de resolver —dice Simoncelli a propósito de la gestión de negocios ajenos (4)— hasta qué punto el individuo es libre, sin que nadie pueda entrometerse en su esfera patrimonial, y hasta qué punto esta intromisión es lícita por utilidad general».

Pues bien: independientemente de la representación legal o voluntaria, que se adecúan a aquella previsión en el ordenamiento, registra el Derecho numerosos otros casos en que hay actuación de unas personas con repercusión en la esfera jurídico-patrimonial de otras, o dirigida al menos para que produzca ciertos efectos jurídicos para éstos, que no han sido protagonistas de esa actuación, —todo ello al margen del ilícito penal o civil antes sugeridos, que tienen otro planteamiento y otras bases, pues nos movemos ahora estrictamente en el campo de la autonomía de la voluntad—. Ahí están como pequeña muestra de aquellos actos, el contrato en nombre de otro sin poder, la extralimitación en el mandato o en el poder (cosas distintas), la gestión de negocios ajenos sin mandato, el contrato en favor de tercero. Mas, con objeto de no distorsionar el principio de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista ya aludido, ni su fundamento, para que los efectos del negocio alcancen directamente al tercero no interviniente es preciso concederle cierta audiencia, hay que alcanzar su consentimiento en unos casos, debe reunirse el negocio o la actuación determinados caracteres en otros...

En todo caso, debo destacar ya desde ahora que es ésta una zona jurídica particularmente polémica, donde se interfieren temas tan delicados como el de la representación y negocio representativo (en constante reelaboración), el consentimiento y el negocio jurídico, las categorías de validez, nulidad, ineficacia y demás, gestión de negocios ajenos, mandato, y otros que veremos.

De otro lado, como puede adivinarse, es muy amplio el haz de consecuencias, y de problemas jurídicos que pueden derivarse de tales situaciones de invasión de la esfera jurídica ajena por persona no habilitada para ello: posible responsabilidad del invasor frente al interesado cuya esfera ha quedado afectada; responsabilidad del mismo frente al tercero con quien ha contratado a nombre del *dominus* (interesado); posibilidad del *dominus* de aceptar o rechazar lo hecho en su nombre y para él; posibilidad del tercero de desvincularse de ese negocio antes de que adquiera plena eficacia y vinculación; hasta cuándo y en qué circunstancias puede ser aceptado o rechazado el negocio por el *dominus* (representado), y revocado por el tercero desvinculándose de esa relación; naturaleza y situación de aquel negocio antes de la ratificación por el *dominus* o de la revocación por el tercero; efectos de la ratificación por el *dominus* en el orden jurídico, y su posible retroacción, y hasta cuándo...

De todos esos problemas, hay uno particularmente interesante: el

(4) «Istituzioni di Diritto Privato» (ed. 1917), p. 320 (citado por TRAVIESAS, «La gestión de negocios», *Rev. Derecho Privado*, 1919, p. 129; y por CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil Español, común y foral», t. IV, 7.<sup>a</sup> ed., 1952, p. 768).

de la naturaleza y situación (qué es jurídicamente, hasta dónde y qué vale, cómo se encuentra y se explica) de ese «complexum», ese complicado «quid» jurídico que tiene toda la apariencia de contrato, de negocio jurídico en términos más generales, y que sin embargo no lo es del todo, o no lo es perfecto, o todavía no «es», pues entre todas las dudas e interrogantes que plantea, una sola cosa es segura: que lo hecho por el falso representante, o por la persona que no tiene poder suficiente para hacer lo que ha hecho, no es eficaz ni puede comprometer el patrimonio del interesado mientras éste no consienta y dé su «placet». Bien; pero mientras tanto ¿qué es todo eso hecho por y para el *dominus*?

He ahí el objeto de este trabajo: la cuestión más debatida de todas las apuntadas más arriba, y al propio tiempo quizá la llave maestra que nos permita penetrar con un poco de luz en todas, o en alguna de las restantes —si es que llegamos a encontrar luz, e iluminar en alguna forma tan conflictivo terreno— (5).

## 2. CASOS DE INGERENCIA SIN PODER SUFICIENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Dejando aparte el caso del contrato con estipulación a favor de tercero, del artículo 1.257-2.º C. c., que es institución y tiene fundamento y mecánica jurídica diferente de lo que aquí interesa, los demás casos de ingerencia no autorizada en la esfera jurídica ajena están ya aludidos más arriba, y en nuestro Código se hallan regulados en zonas bien distintas y distantes entre sí; artículo 1.259 párrafo 2.º, referente a la contratación a nombre de otro sin autorización de éste o sin representación legal, y la ulterior ratificación por la persona a cuyo nombre se contrató; artículo 1.727 párrafo 2.º, que contempla el caso de extralimitación por el mandatario de los límites del mandato, y ratifi-

(5) Por lo demás, apenas parece necesario ponderar la importancia del tema, no sólo desde un punto de vista doctrinal o teórico —ahí quedan de manifiesto la larga serie de problemas esbozados poco ha, y de campos o zonas de interés jurídico que entran en conflicto, también sugeridas—, sino práctico, en cuanto expresión de la abundancia de casos en que puede presentarse, y se dan en la realidad, lo que antes presentaba yo como mero planteamiento de hipótesis y posibilidades poco menos que imaginadas: estoy pensando no ya en actuaciones de favor por otro, o de contratos ventajosos que uno hace en nombre del hermano o amigo en la bien fundada creencia de que el representado habría hecho lo mismo y aprobará cuanto se hace para él, sino también en la actuación, por ejemplo, del abogado que, conecedor de un problema o negocio que se le ha confiado profesionalmente, llegado cierto momento y tras el tira y afloja correspondiente, resuelve el asunto del cliente, en defensa de sus intereses y con el mejor criterio e intención, por supuesto, celebrando precipitadamente (aprovechando la oportunidad antes de que se escape, y sin posibilidad de consultarlo al cliente) un contrato con la parte contraria —para el que no tiene poderes, sin embargo— clausurando así, resolviendo ya, el negocio confiado; situación relativamente frecuente, problema y conflicto (pues al resolver uno dejan abierto otro) no desusado en la práctica de tan «jurídicos» profesionales...

cación por el mandante; artículo 1.892, sobre la ratificación de la gestión de negocios ajenos por el dueño del negocio; y artículo 1.893, que se refiere al aprovechamiento por el dueño del negocio de las ventajas de éste, y su trascendencia. Preceptos todos donde, además, como se ha visto, se hace alusión en una y otra forma a la ratificación (6).

Ahora bien: ¿es posible inducir de esos preceptos desperdigados por nuestro Código y en lugares tan apartados y distintos, una doctrina unitaria al respecto? (7). En todos esos casos, el acto de ingerencia resulta ineficaz para la persona cuya esfera jurídica ha quedado invadida sin su consentimiento, y, por tanto, ésta puede desconocerlo; pero una vez ratificado ese acto, resulta de esa forma y gracias a la ratificación eficaz para el ratificante: hace que entre en la esfera jurídica de éste un acto que antes le era extraño. Mas frente a esa nota común para aquellos casos, diferéncianse luego cada uno de ellos. Las diferencias, y aun los criterios de distinción, es cuestión poco clara.

En nuestro ordenamiento jurídico, la filosofía que preside esta materia radica fundamentalmente en el artículo 1.259 C. c., es decir, en la parte general del contrato, a falta de una teoría general del negocio jurídico y de una doctrina de la representación como institución autónoma. En defecto de éstas, no cabe duda que el lugar más apropiado es aquel, evidentemente. La doctrina subyacente en ese precepto, brevemente sintetizada y en sus líneas fundamentales, viene a decir (8):

— Nadie puede invadir la esfera jurídica ajena sin estar autorizado por el interesado (9), o por la ley: en defecto de tal autoriza-

---

(6) Hay algún otro caso en nuestro Código en que se contempla la actuación de una persona en nombre de otro aunque sin poder suyo, o sin mandato, como gusta más de usar nuestro legislador por razones y una confusión frecuente conocidas. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 439 C. c. cuando se refiere a la adquisición de la posesión «por un tercero sin mandato alguno» («pero en este último caso —continúa ese artículo— no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique»). No recojo este precepto, ni el supuesto fáctico a que se refiere, en el texto, por tratarse aquél de un hecho jurídico, no negocial, y centrarse este trabajo en el estudio del contrato (y en general, del negocio) del *falsus procurator*.

(7) Creo que la razón de esa dispersión de preceptos obedece a razones históricas (las de la gestación y nacimiento de nuestro Código civil) tanto como a la falta de tecnicismo de ese Cuerpo legal en esta materia. De esos cuatro artículos citados en el texto, el 1.892 no tiene precedente en el Proyecto de 1851 ni en el «Code Napoleon»; el 1.259 sí aparece en el Proyecto, pero no en el «Code»; los otros dos tienen cierto precedente en ambos, pues nuestro Código de 1889, como el Proyecto isabelino, siguieron con bastante fidelidad las líneas generales del «Code» tanto en materia de mandato como de «negotiorum gestio». Lo relativamente original (respecto del modelo francés) fue llevar a la parte general del contrato el tema de la representación con o sin poder y la ratificación (art. 1.259 C. c.). Ello suponía un avance respecto de ese modelo; demasiado pobre, sin embargo, a aquellas alturas del siglo XIX, y un tanto inconsecuente cuando mantenía desperdigadas, y sin verdadera unidad de criterio, las otras referencias al tema.

(8) Véase en este punto NÚÑEZ LAGOS, «La ratificación», loc. cit., p. 31-32, y t. XXX de «Mucius Scaevola», p. 372-373, algunas de cuyas ideas recojo.

(9) Es ésa quizá la más clara expresión dentro de nuestro ordenamiento jurídico de la llamada «autonomía privada» dentro del campo negocial, cuya regla fundamental (que modernamente se hace coincidir con la llamada legitimación ordinaria o normal) es, en palabras de BERTI, la de «la identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y

- ción el negocio correspondiente es inoponible al *dominus*, es ineficaz (el artículo 1.259-2.º habla de «nulo»: en su momento veremos que este término no es el más adecuado técnicamente).
- A falta de justificación previa de la ingerencia, es posible una justificación «a posteriori»; es decir, que el consentimiento del *dominus* al negocio hecho a su nombre y para él, puede darse indistintamente antes o después de éste.
  - En cuanto a esa justificación «a posteriori» ¿a qué se refiere? ¿a la ingerencia en cuanto actuación, o al negocio «in concreto»? Diré por ahora solamente que en mi opinión se ratifica un acto, y no una actuación.
  - El artículo 1.259 C. c., y la ratificación a que aludo, se refieren al contrato hecho en nombre de otro, y autopresentándose el autor de la ingerencia como representante del titular de los intereses negociados: se trata, pues, de un negocio representativo (con «contemplatio domini» y demás caracteres definidores del mismo). Esa nota ha permitido a algunos excluir de este campo, y de la ratificación propia o técnica, el supuesto del artículo 1.893 C. c., llevándolo al terreno de la aprobación (figura distinta de aquella).
  - La ratificación sólo es posible antes de la revocación «por la otra parte contratante», dice el precepto comentado. Esto quiere decir que la eficacia del contrato depende no de una condición, o «conditio iuris», como gusta de decir cierta doctrina, pensando en la ratificación, sino de dos condiciones: la segunda será la no revocación «por la otra parte contratante» antes de la ratificación. Eso nos indica también: de un lado, la débil situación de ese contrato; de otro, que en la regulación de esa compleja situación no han estado presentes sólo los intereses del *dominus*, sino también los de «la otra parte contratante», llamado impropiamente y con frecuencia «tercero».
  - El artículo 1.259 contempla tanto los casos de representación voluntaria como la legal; y esto tiene más importancia de la que habitualmente se le da (que no es demasiada, porque suele pasar desapercibida la referencia a la representación legal), pues la ratificación —que tanto puede darla el *dominus* de quien el *falsus procurator* se arrogaba poder y representación, como el incapaz mal representado cuando deviene capaz— produce entonces efectos que van más allá que los del poder, al que suele ser asimilado (diciendo que es un poder «a posteriori»).

Sigue en pie la pregunta antes formulada, que ahora puede plantearse en estos términos: esa doctrina del artículo 1.259 C. c. ¿es extensible a los demás casos de ingerencia, en que es posible la ratificación, es decir, a los del artículo 1.892 y del 1.727-2.º? En principio, creo que

el sujeto de los intereses, y por ello, de las relaciones jurídicas sobre las que vierte el negocio» («Teoría general del negocio jurídico», trad. esp. citada, p. 177). En otros términos y con referencia a la acción directa, viene a decir lo mismo MENGONI: «por regla general, legitimado para disponer es el titular del derecho de que se trata» («Acquisto "a non domino"», Milán, 1949, p. 38).

sí. Pero ello nos deja planteadas ya desde ahora dos cuestiones, que hemos de ver, aunque sea someramente, antes de pesar adelante: la de las relaciones existentes entre la representación sin poder y la gestión de negocios ajenos sin mandato, y la de si es posible identificar, o equiparar al menos, a efectos de nuestro estudio, el caso de la representación sin poder alguno y el del apoderado que traspasa los límites del poder conferido (es decir, si cabe asimilar el «tat-bestand» del artículo 1.259 y el del 1.727-2.º C. c.).

### 3. REPRESENTACIÓN SIN PODER Y «NEGOTIORUM GESTIO»

Es tema poco estudiado, desde luego, en nuestro país este de las relaciones entre esas dos instituciones, y la frontera que las separa; cuestión que ha atraído más la atención fuera, sobre todo en Italia.

Para nosotros tiene ahora no sólo un interés teórico o doctrinal, sino sobre todo práctico y de tipificación legal de ciertas conductas. Si en ausencia de mis vecinos vendo en su nombre, aunque careciendo de apoderamiento alguno, su caballo, sabedor como soy de que quieren desprenderse de él, antes de que el animal muera de hambre..., ¿cómo deberá calificarse esa actuación mía: como contrato llevado a cabo por representante sin poder (artículo 1.259), o como un caso de gestión de negocios ajenos sin mandato (artículos 1.892-1.893)? Porque no cabe duda de que estamos ante un caso claro de invasión de la esfera jurídica ajena, contrato otorgado por quien se presenta como representante de otro y actúa careciendo de poder (típico contrato de «*falsus procurator*», en terminología ya clásica, por antigua y por generalizada). Pero al propio tiempo, nadie negará que en esa actuación se dan con plena adecuación todos los requisitos que la doctrina más extendida y común exige para la «*negotiorum gestio*» (Castán [10], por ejemplo); que se trate de un acto puramente voluntario y lícito, que el asunto gestionado sea ajeno, que no se exija por la ley que dicho negocio lo concluya un determinado sujeto, que el gestor obre sin autorización y a la vez sin contradicción del dueño, que haya intención de gestionar negocios ajenos, que haya «*utiliter gestum*»... Obsérvense uno a uno estos requisitos, y podrá comprobarse que todos ellos se dan, o pueden darse en nuestro ejemplo.

Y sin embargo, no es indiferente el que se aplique a ese supuesto de hecho un precepto u otro. Desde luego, si al regresar los dueños del caballo ratifican mi venta, no hay problema: ese negocio surte plenos efectos y el caballo está bien vendido. Pero si no ratifican la venta, resulta que si fuera de aplicar el artículo 1.259, ese contrato deviene totalmente ineficaz, no hay verdadera y perfecta venta, el caballo continúa siendo de su antiguo dueño (sin perjuicio de lo que pueda haber entre mí, supuesto vendedor, y el tercero, comprador que no ha llegado a serlo del todo); y si en cambio fuera calificable como «*negotiorum gestio*» y aplicables sus preceptos, es posible que en determinadas circunstancias (en ese ejemplo, o en otro mejor buscado) —aprovecha-

(10) «Derecho civil español, común y foral», t. IV (7.ª ed., 1952), p. 769 y ss.

miento por el *dominus* de las ventajas de la operación, o cuando ésta hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto—, el contrato fuera eficaz o dejara vinculado al *dominus* («responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará...», dice el artículo 1.893).

Véase, pues, la importancia de aquella distinción, que sobrepasa en mucho a la de simple curiosidad doctrinal o científica —con ser ésta suficiente para justificar cualquier gimnasia mental al respecto—. Merece la pena, por tanto, detenerse brevemente en este punto, aunque sea sólo a los limitados efectos de diferenciación y tipificación antes apuntados —pues el tema, de por sí, es sugerente y digno de mucha mayor atención y más detenido estudio, que excede del alcance concreto de este trabajo—.

Frente a posiciones de signo contrario de otro tiempo, es hoy idea predominante la de la proximidad y hasta parentesco entre representación y gestión de negocios ajenos. Sin embargo, parece más difícil concretar luego en qué sentido se relacionan —pues su gran relación es indiscutida—: si son especies del mismo género, o se hallan en situación de género a especie, y en qué orden; si son círculos concéntricos o secantes; zonas comunes, notas diferenciales... El punto de vista que se adopte depende, en última instancia, de la idea que se tenga de cada una de esas figuras, sobre todo de la representación, que es la más debatida y conflictiva.

No deja de sorprender cómo la mayor parte de las ideas matrices en que la más moderna y acreditada doctrina pretende fundar el concepto de representación, son igualmente válidas para explicar la «negotiorum gestio», sobre todo cuando se pone el acento en lo funcional más que en lo estructural, como viene ocurriendo últimamente. Así, las ideas de legitimación o de sustitución en la actividad jurídica (que han venido a desplazar a las más clásicas del «agere nomine alieno», o de la eficacia para tercero, ante lo insatisfactorio de éstas) y la idea de cooperación al hecho jurídico ajeno, pueden explicar en idéntica forma y con no menos fecundidad aquellas dos instituciones jurídicas (11).

Para García Valdecasas (Guillermo), «gestión y sustitución son una misma cosa»; y «cualquiera que sea el fundamento de la gestión (mandato, gestión sin mandato, tutela, etc.), la idea de que el gestor obra en sustitución del *dominus* se ve siempre reflejada en el régimen jurídico de la gestión» (12). Pero llega más lejos: «la representación no es, en efecto, sino una especie de la gestión. Tanto el simple gestor como el representante actúan en sustitución del *dominus*. Pero la representación es una gestión que tiene un campo de aplicación definido»

(11) Véase, por lo que afecta a la representación, el importante trabajo de DÍEZ-PICAZO, «El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado», *Anales Academia Matritense del Notariado*, t. XVI (Madrid, 1968), p. 134 y ss.; v. GIORGIO DE SEMO, «La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica», trad. esp. de RODRÍGUEZ DEL BARCO, Madrid, 1961; y SIGFRIDO FERRARI, «Gestione di affari altrui e rappresentanza», Milán, 1962.

(12) «La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)», *Rev. Derecho Privado*, 1957, p. 622.

(los negocios jurídicos) y una virtualidad específica: los efectos de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del *dominus* se atribuyen directamente por la ley a este último...». Distingue más adelante «gestión representativa», equivalente a representación propia o directa, de la gestión sin representación, o gestión de negocios ajenos sin representación: «mientras la representación despliega su eficacia en las relaciones del representado con los terceros, la gestión de negocios ajenos sin representación sólo tiene trascendencia jurídica entre las partes, gestor y dueño del negocio» (13).

En la doctrina italiana, donde el tema ha preocupado, distinguía Saggese la «*negotiorum susceptio*» (variedad de la «*negotiorum gestio*», de la que la separaba (14)), de la actividad negocial del «*falsus procurator*», poniendo la nota diferenciadora en la forma en que se autopresenta el gestor: si actúa declarando estar desprovisto de facultad o poder del *dominus*, será «*negotiorum susceptio*», mientras que en el negocio del *falsus procurator* éste actúa simulando un poder que en realidad no tiene. Y aun encuentra una situación intermedia entre la figura de la «*negotiorum susceptio*» y el contrato del *falsus procurator*: la del que estando provisto de poder, contrata traspasando los límites del mismo, situación que reconduce a una u otra de aquellas dos antes vistas, según que lo haya hecho saber, o no, al tercero con quien contrata (15). Creo que no hace falta dar muchas explicaciones para concluir cuán insatisfactoria es la posición de Saggese y su criterio de distinción, que se basa en una confusión de términos.

Para Biondi, en la gestión no hay representación verdadera y propia, análoga a la que nace del poder, y basta el «*utiliter coeptum*» y la actuación unilateral del gestor en interés del *dominus* para que éste pueda quedar obligado; llega a hablar incluso de una gestión representativa donde hay actuación en interés de otro al modo como se da en la llamada representación indirecta todo lo más, pero distinguiéndola en todo caso de la representación directa o propia, caracterizada para Biondi por la «*contemplatio domini*» y el poder, o en su defecto la ratificación ulterior (16).

Giorgio de Semo, al estudiar esta cuestión en el Código italiano de 1942 y ante el artículo 2.031, concurriendo los requisitos para una válida «*negotiorum gestio*», distingue dos hipótesis, según que el gestor haya obrado en nombre del interesado, o en nombre propio: «en el

(13) Op. loc. cit., p. 623. Y termina GARCÍA-VALDECASAS su trabajo con las siguientes palabras: «Finalmente, la idea de la sustitución, además de servir de criterio para diagnosticar la existencia, en el caso concreto, de una gestión de negocios ajenos, facilita la mejor comprensión de las disposiciones jurídicas referentes a la gestión, y permite establecer la relación existente entre ella y la representación, señalando los puntos de coincidencia y de divergencia» (p. 626).

(14) «La rappresentanza nella teoria e nella pratica nel Diritto privato italiano», Nápoles, 1933, p. 224.

(15) Op. cit., p. 226.

(16) BIONDI, «Gestione rappresentativa e ratifica», Foro italiano, 1954, I, 98: y ss. (especialmente columna 99). Añade este autor, a la hora de deslindar gestión y representación, que el *utiliter coeptum* que caracteriza a la primera puede ser requisito para que surjan obligaciones a cargo del interesado, pero no es título de representación.

primer caso la ley consagra los efectos de una representación verdadera y propia, o sea, de representación directa; en el segundo se refiere a una relación de representación que podemos calificar indirecta, o interna, o impropia...»; reserva para ésta la categoría de verdadera gestión de negocios ajenos, y construye la primera como un caso de representación sin poder (17). Y más adelante, a la hora de separar la naturaleza de la actividad del gestor frente a figuras afines, la distingue de la del *falsus procurator*: insiste en que «mientras en éste es cierta la aparente representación, en la gestión de negocios, por el contrario, puede el gestor obrar en nombre propio, de suerte que extrañaría en este caso una relación de representación frente al tercero» (18).

Más recientemente, Ferrari ha vuelto a abordar el problema con detenimiento, y desde su personal concepción de la representación (19). Para este autor, la esencia de la representación está en la cooperación al hecho jurídico ajeno, y su centro de gravedad está en el interés del *dominus*, al que el representante pretende servir (20); para él, tan representación es la directa como la indirecta, pues en ambas se dan aquellas ideas centrales. Pues bien: sobre esas bases, la delimitación de la «negotiorum gestio» ha de ser frente a representación directa e indirecta, con lo que el campo de aquélla queda mucho más constreñido: «el ámbito de autonomía de la gestión de negocios ajenos respecto de la representación resulta señalado exclusivamente por las hipótesis en que la gestión se concreta en la realización de una actividad material que no implica relación alguna con terceros» (21).

Esta es también la posición de Díez Picazo, en nuestro país, que acepta la tesis de Ferrari: «Aceptando estas ideas —dice—, podríamos

(17) «La gestión de negocios ajenos...», cit., trad. esp., p. 40-41.

(18) Op. cit., p. 50. Añade luego, en la misma línea de distinción de las dos figuras: «Del lado psicológico, en fin, la diferencia es evidente, puesto que el *falsus procurator* obra como representante a sabiendas de que carece de poderes, mientras el gestor es inducido a obrar con el ánimo de administrar útilmente el negocio del *dominus* y por ello en interés de éste. Mirando, por último, a los efectos, el negocio concluido por el pseudorrepresentante es nulo respecto del representado aparente (arg. art. 1.318 C. c. ital.), salva la responsabilidad de éste por el daño que el tercero contratante de buena fe haya sufrido; y por el contrario, válido el negocio realizado por el gestor con el tercero, siempre que concurren los presupuestos establecidos por la ley, y de ahí que refleje su eficacia también sobre el administrado».

(19) «Gestione di affari altrui e rappresentanza», cit., p. 70 y ss. (74).

(20) Op. cit., p. 74 y 118-119, donde saca las siguientes consecuencias de su anterior razonamiento: «1) que la representación no puede ser construida sobre bases autónomas, sino que constituye el esquema funcional típico de la "fattispecie" mandato... que se caracteriza como el típico instrumento de actuación de la cooperación al hecho jurídico ajeno; 2) que el núcleo conceptual de la representación no puede apoyarse sobre el elemento formalístico de la *contemplatio domini*, sino que debe girar alrededor del interés del *dominus*, que constituye el centro de propulsión y de gravitación del fenómeno representativo».

(21) Op. cit., p. 133. Añade a continuación: «Puesto que es difícil que en el curso de un asunto puramente material no se incida en contratos estipulados por el gestor con terceros, puede afirmarse que sólo en hipótesis completamente marginales el supuesto de hecho de gestión se consume en el ámbito de la relación interna de gestión que se instaura entre *dominus* y gestor, mientras que generalmente está destinada a producir efectos representativos, sea con el mecanismo de la representación directa, ya con el de la representación indirecta».

llegar a la conclusión de que la gestión de asuntos ajenos puede dar lugar a dos tipos distintos de actividades: uno, formado por aquellos actos en los cuales el cuidado de los intereses ajenos no exige relacionarse con los terceros; otro, en cambio, probablemente el más frecuente, en el cual esta relación con terceros es necesaria. Pues bien: la representación se encuadra en esta última rúbrica» (22).

Y para Lacruz Berdejo, la *negotiorum gestio* nace de una intrusión en la esfera jurídica o patrimonio ajeno, entendida como actuación eminentemente material («intrusión en bienes ajenos», dice), y si los actos no son de esa clase (cita el ejemplo de «compra de abonos para la finca del *dominus*»), dependen de la intrusión inicial (si pueden relacionarse con ella), y se juzgan en función de la misma; en cambio, cuando se trate de «un contrato aislado, celebrado con tercero a nombre de un supuesto mandante que en realidad no lo es, no podría, a falta de inmisión [material, creo entender de nuevo] en la esfera de ese supuesto mandante, calificarse de *negotiorum gestio* en sentido estricto, no se hallaría sometida a la correspondiente regulación del C. c.» (23): quedaría, por tanto, tipificado ese supuesto en el artículo 1.259 C. c.

Por mi parte, antes de pronunciarme sobre el punto concreto de que ahora trato, debo dejar dicho que, en mi opinión, en el caso del artículo 1.259 C. c. el *falsus procurator* debe actuar en nombre ajeno, es decir, que debe haber representación directa, aun a falta de poder (cosa distinta, que no obsta a tal representación); y de otro lado, que la gestión de negocios ajenos no puede quedar circunscrita a los actos materiales de ingerencia en la esfera jurídica ajena: ni histórica, ni legal ni conceptualmente puede quedar, ni ha quedado nunca, circunscrita la órbita de la clásica «*negotiorum gestio*» a los actos materiales realizados en interés ajeno y «*animo aliena negotia gerendi*», con exclusión de los negociales: una simple lectura de los textos romanos pertinentes, de nuestro Código, artículos 1.888 y ss., y de los autores clásicos en esta materia, nacionales o extranjeros, corrobora lo dicho, y pienso que huelga por ahora y aquí dar más precisiones al respecto (24).

Me detendré, en cambio, aunque brevemente, en la primera premisa: que la representación del *falsus procurator* debe ser directa —sin que ello comporte el dejar tomada posición en cuanto a la naturaleza de la indirecta, en cuyo tema no quiero pronunciarme ahora—.

Efectivamente: entiendo que el artículo 1.259 C. c. es claro en esta

(22) «El concepto jurídico de la representación...», cit., loc. cit., p. 173.

(23) Aborda esta cuestión LACRUZ BERDEJO en un trabajo todavía inédito sobre «La gestión de negocios sin mandato», que he conocido a través del original manuscrito amablemente cedido por su autor como primicia deferente que desde aquí agradezco.

(24) El propio LACRUZ BERDEJO, en el trabajo antes citado, comentando el art. 1.888 C. c. dice que «la palabra *negocios* ha de entenderse aquí, conforme a la tradición y la doctrina, en su más amplio sentido, de modo que la gestión lo mismo puede consistir en un acto jurídico (contrato celebrado por el gestor con un contratista para la reparación del inmueble de un ausente; pago de la deuda de otro) como en uno material (reparación del inmueble que ejecuta el propio gestor; servicios médicos prestados a una persona que se halla en la vía pública en estado de inconsciencia)».

cuestión: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...», dice. Se refiere, pues, a la contratación, no en nombre propio y por cuenta de otro, que es lo característico de la representación indirecta, sino al contrato «en nombre de otro», donde la «*contemplatio domini*» sea expresa y evidente: representación directa. El nombre del «dominus» debe haberse manejado en la preparación del negocio del falso representante; éste ha actuado en nombre de aquél, y el tercero lo sabe (24 bis). Pues bien: mal podría ratificar el *dominus* el negocio hecho para él, pero no en su nombre, sino en el del representante, si la identidad y el interés de aquel no eran conocidos por el tercero: podrá oponer éste, ante la pretensión de ratificación del otro, que el ratificante no tiene nada que ver en esa operación, que ya es firme, pues la contraparte (el representante) ha actuado en nombre propio y no ha dado a conocer su calidad de representante. Sólo cabe ratificación, en el supuesto de hecho del artículo 1.259, si el representante ha actuado en nombre ajeno, y ello por la razón conceptual alegada como por la legal previsión de dicho precepto.

Sentadas esas «premisas» como puntos de partida, fácilmente se adivina, tanto como se comprende, mi posición personal en la cuestión que dejé planteada más arriba: la de la relación existente entre representación sin poder y gestión de negocios ajenos, a efectos de tipificación de ciertas conductas o actuaciones de difícil calificación. Pienso que ambas son formas de ingerencia no autorizada en la esfera jurídica ajena, y formas de cooperación al hecho jurídico de otro (25); que tienen no pocos rasgos comunes, y que muy probablemente —no me atrevo por ahora a decirlo con más contundencia, por el temor que infunde todo dogmatismo— son dos ramas próximas de un tronco común. No creo que estén en una relación de género a especie, pues en ese caso estaría más cerca de lo genérico la «*negotiorum gestio*» (25 bis) y yo la veo más como especie; el tronco común antes aludido podría ser una más genérica «gestión de asuntos ajenos», del que a distintas alturas y en diferentes direcciones saldrían, además de aquellas dos ramas, varias:

(24 bis) Cosa que no ocurre, o no tiene por qué ocurrir en la representación indirecta, donde el representante, por actuar en nombre propio, puede ocultar la identidad de la persona en cuyo interés y para quien actúa (pues compra, por ej., el representante como para sí, sin perjuicio de trasladar luego el efecto del negocio al *dominus*).

(25) Llegado este punto, y al hacer referencia a la relación entre representación y cooperación al hecho jurídico ajeno, me parece ineludible citar a IHERING, quien en su importante trabajo «*Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*» con que abrió su colaboración en el no menos celebrado «*Jahrbücher für die Dogmatik*», t. I (1857), p. 273-350, y t. II (1858), p. 67-180, aludía a la idea de la cooperación como antecedente de la representación, en la que ponía especial acento y de la que hizo amplio desarrollo.

(25 bis) La idea de una relación de género a especie entre «*negotiorum gestio*» y representación no es nueva. Ya la mantuvo ISAY («*Das Geschäftsführung nach dem B.G.B.*», Leipzig, 1900, p. 166 y ss.), para quien la «*negotiorum gestio*» es una institución general que comprende todas las actividades relativas a asuntos pertenecientes a una esfera de intereses ajenos, y la representación no es sino una especie de aquella gestión de negocio; y después ha seguido a ISAY el italiano GUGLIOLLO («*Scritti vari di Diritto privato*», Torino, 1917, t. II, p. 336 y ss.: citado por PUGLIATTI, «*Studi sulla rappresentanza*», Milán, 1965, p. 60, nota 21), en términos muy parecidos.

más: el mandato, ciertos arrendamientos de servicios... Pero quede el problema ahí, pues ni me atrevo ni interesa ahora llevarlo más allá.

Volviendo a la separación del negocio del *falsus procurator* y la «negotiorum gestio», a modo de conclusión, entiendo que el primero, como (y a causa de) la representación directa que comporta, es más específico (requiere mayores especificaciones) y concreto: exige, por tanto, ser delimitado en primer lugar; lo demás será «negotiorum gestio».

Por las razones antes aludidas, y sobre todo por exigencia del artículo 1.259 C. c., en nuestro sistema jurídico creo que la actuación del falso representante tipificable en el mencionado precepto queda limitada al caso de representación directa en el área del negocio jurídico, o contratación a nombre de otro sin autorización..., como dice el 1.259. Los restantes casos de ingerencia en la esfera ajena —de entre los que son incluibles, disyuntivamente, en uno u otro grupo, dejando aparte, obviamente, las ingerencias distintas, ajenas a nuestra atención— deben quedar catalogados en la gestión de negocios ajenos y preceptos correspondientes. Quedan entonces para esta última, tanto la representación indirecta en el campo comercial (no tipificable en el artículo 1.259 por no ser «contratación a nombre de otro»), como los hechos jurídicos y actos no negociales (la actividad material que no implica relación con terceros, de que hablan Ferrari y Díez-Picazo).

#### 4. REPRESENTACIÓN SIN PODER, O CON EXTRALIMITACIÓN DE PODER

Son dos situaciones distintas, en principio, la del *falsus procurator*, que actúa sin poder alguno, y la del apoderado que en su actuación y en tal calidad traspasa los límites del poder que se le ha conferido. Son dos situaciones distintas, digo, porque en un caso no hay relación previa entre pseudo-representante y representado, y el primero no contraviene las instrucciones recibidas ni va más allá de la voluntad conocida del *dominus*, ya que sólo hace lo que supone haría el interesado; mientras que en el otro caso, conoce la voluntad de éste, y no adecúa su actuación a esa voluntad, sino que va más allá, incumpliendo en ciertos casos las instrucciones recibidas y hasta sus obligaciones (cuando el apoderamiento y esas obligaciones deriven de un contrato: tal, el caso del mandato). Pero partiendo de ahí, todavía podemos preguntarnos si cabe asimilar esas situaciones por lo que respecta a la naturaleza del contrato, alcance y efectos del mismo, su situación antes, y aún después de la ratificación de que es susceptible (26).

En nuestro ordenamiento positivo, por defectos que ya nos son conocidos, salvo el artículo 1.259 C. c., toda la problemática de la representación y del apoderamiento ha sido llevada al terreno del mandato.

(26) Posibilidad de asimilación sólo a esos efectos, que es lo único que nos interesa aquí y por ahora, pues en lo demás, y sobre todo en lo que viene llamándose relaciones internas, o entre representado (a veces, mandante) y representante (a veces falso), no se nos oculta que se trata de situaciones diferentes, en el sentido a que aludo en el texto.

De ello resulta que la actuación del apoderado que traspasa los límites del poder sólo es contemplada en función de un mandato subyacente, que institucionalmente no es imprescindible (ya que en principio es perfectamente posible que haya apoderamiento sin mandato y, por tanto, apoderado no mandatario que traspase los límites del poder sin faltar a unas obligaciones de mandatario), y lo que a nosotros afecta sólo se halla regulado legalmente en el artículo 1.727-2.º C. c. (en relación con el 1.714 y 1.715, que aquí interesan menos). Y ello nos lleva de la mano a lo que ya dejé planteado, preguntado, en otro momento anterior: si cabe identificar o equiparar, a los limitados efectos de nuestro trabajo (naturaleza y situación del contrato correspondiente) el negocio del *falsus procurator*, que carece en absoluto de poder, y el del apoderado que traspasa los límites del poder conferido, es decir, las situaciones contempladas por los artículos 1.259-2.º y 1.727-2.º de nuestro Código.

Esta cuestión, como la anterior, ha sido estudiada por la doctrina extranjera con tanta o más atención que en nuestro país. En Italia, hoy quizá por influjo del artículo 1.398 de su Código civil de 1942, que las equipara (27), e incluso antes de 1942, la doctrina es casi unánime en asimilar ambas situaciones y estudiarlas al mismo tiempo, con ocasión del negocio del *falsus procurator*, o con más frecuencia, de la representación sin poder en obras de carácter general (28); son excepcionales las posiciones un tanto matizadas de Saggese y Pugliatti (29), y más aún la contraria, de Vivante, que en ello sigue a Laurent, quienes distinguen y oponen las dos situaciones hasta el punto de negar la posibi-

(27) Dice el art. 1.398 C. c. ital.: «El que ha contratado como representante sin tener poderes para ello o excediendo los límites de las facultades que se le han conferido, es responsable del daño que el tercero contrayente ha sufrido por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato».

(28) Pueden citarse en ese sentido, desde TARTUFARI («Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale», Turín, 1892, núm. 357), y COVIELLO («Manuale di Diritto civile italiano», Milán, 1924, p. 404), y mercantilistas como ROCCO («Corso di Diritto commerciale», Padua, 1921, p. 394), hasta GRAZIANI («La rappresentanza senza procura», aparecido primero en *Annali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia*, 1927, y en sus «Studi di Diritto Civile e Commerciale», Nápoles, 1953, p. 2); RUGGIERO («Instituciones de Derecho civil», t. I, p. 276-277, trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJJEIRO); CARIOTA FERRARA («Il negozio giuridico», Nápoles, 1949, p. 666); BETTI (op. cit., p. 450); SANTORO-PASSARELLI («Doctrinas generales del Derecho civil», tra. esp. de LUNA SERRANO, Madrid, 1964, p. 359); MESSINEO («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente [*falsus procurator*]», *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1956, p. 294-295, y en «Il contratto in genere», t. I, p. 248, Milán, 1973); DE MARTINI («Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione di altri», *Giurispr. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 441), BARBERO («Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano», t. I, p. 374, Turín, 1955).

(29) SAGGESE, «La rappresentanza», Nápoles, 1933 (sitúa la actuación del apoderado que se extralimita como posición intermedia entre la «negotiorum susceptio» y la del «falsus procurator», más próxima a una u otra según como se autoproteste el apoderado, en los términos ya vistos); PUGLIATTI («Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 31-32) dice que desde el punto de vista funcional son equiparables ambas situaciones, al menos, en cuanto a lo actuado en exceso de poder, distinguiendo luego según ciertas circunstancias y añadiendo que «la actividad del representante, en el caso de exceso, se presenta exteriormente como actividad ligada a la esfera jurídica del representado».

lidad de ratificación del contrato en el caso de actuación sin poder y admitiéndola sólo para el caso de exceso de poder (30). Pero debo insistir en que esto es excepcional, y lo común la equiparación de ambos casos. Lo mismo puede decirse de la doctrina alemana que se ha ocupado de este tema (31).

También en nuestra doctrina es absolutamente predominante la opinión de equiparar ambas situaciones en cuanto al estado del contrato, dejando a salvo la cuestión de las relaciones internas entre representado y representante, a la que raras veces se hace alusión. En esa línea se encuentran autores de obras generales, desde De Diego, Castán, o Pérez González y Alguer y Espín Cánovas, hasta Díez Picazo y Gullón, o Lacruz Berdejo, y monografistas del tema como Roca Sastre, Hernández Gil, Albaladejo y Soto Nieto (32). En el mismo sentido y con idéntica uniformidad, nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias a partir de 1940 (Ss. de 14 diciembre 1940, 7 julio 1944, 29 enero 1945, 5 abril 1950, 10 octubre 1963...), y la Dirección General de los Registros, en su importante resolución de 3 marzo 1953.

Excepcional también, y prácticamente aislada en nuestra doctrina, es la posición disidente de Núñez Lagos. Para este autor, al estudiar la ratificación que prevé el artículo 1.727 C. c., el problema está en saber si estamos en el área de la ratificación propia (la de los artículos 1.259 y 1.892) o en un supuesto análogo con el 1.893, es decir, si se trata, en sus propias palabras, de «una posición extrovertida hacia el tercero que contrató con el mandatario, confluyendo así con los artículos 1.892 y párrafo 2.º del 1.259 C. c.», o de «una posición introvertida hacia el gestor a efectos de la actio mandati contraria, equiva-

(30) VIVANTE, «Trattato di Diritto Commerciale», t. I, núm. 265 y 265 bis. Se basan VIVANTE y LAURENT, para llegar a aquellas conclusiones, en que en el caso de extralimitación de poder, hay efectivamente algún poder que no deja de ejercer influencia en el negocio llevado a cabo por el representante, quien no es ya un extraño, sino una persona que el representado ha elegido para la negociación en su nombre y con esa calidad se presenta ante el tercero; sobre ello se apoya, para esos autores, la ratificación, sólo posible en ese caso, y no en el de total falta de poder, precisamente porque no hay aquella apoyatura previa. Para una crítica de esa posición, vide GRAZIANI, op. loc. cit., p. 4.

(31) LABAND, «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutsch. Handesgesetzbuch», en *Zeitschrift für das ges. H. R.*, vol. 10, p. 299; HUPKA, «Die Haftung ohne Vertretungsmacht», Leipzig, 1903, p. 139 (citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 3); VON THUR, «Tratado de las obligaciones», t. I, p. 258 (trad. esp., Madrid, 1934) En la doctrina alemana es menos frecuente ver estudiadas juntas esas dos situaciones al no asimilarlas el B.G.B., y tratar completamente separados la representación y el mandato.

(32) DE DIEGO, «Curso de Derecho civil español», t. 2.º, p. 727, Madrid, 1923; CASTÁN, «Derecho civil español», t. I, vol. 2.º, p. 582, 8.ª ed., 1952; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas al "Tratado" de ENNECERUS-NIPPERDEY», t. II, vol. 2.º, p. 402, 2.ª ed.; ESPÍN CÁNOVAS, «Manual de Derecho Civil Español», t. I, p. 397, Madrid, 1968; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Instituciones de Derecho Civil», vol. I, p. 295, Madrid, 1975; LACRUZ BERDEJO, «Elementos de Derecho Civil», t. I, p. 283, Barcelona, 1974; ROCA SASTRE, «La gestión de negocios ajenos sin mandato», en sus *Estudios de Derecho Privado*, t. I, p. 470 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la sentencia T. S. de 29 enero 1945», *Rev. Legist. y Jurisprud.*, 1945, p. 613 y ss. (616); ALBALADEJO, «La representación», ANUARIO DERECHO CIVIL, 1958, p. 792-793; SOTO NIETO, «Aspectos fundamentales de la representación», *Rev. Jur. Cataluña*, 1974, III, p. 543 y ss. (586).

liendo a aprobación de gestión (1.893 C. c.)». Y en ese dilema, Núñez Lagos opta por lo segundo: «una primera consideración exegetica nos lleva a situar la ratificación del 1.727 del Código civil en el paralelo al 1.893 del mismo Código», deducción que hace de la situación del artículo 1.727 en el capítulo III; tít. IX, libro IV C. c. («De las obligaciones del mandante») (33). Añade luego, en la misma línea argumental, que «la previa existencia de un contrato de mandato comporta, ineludiblemente, el problema de su extensión, que sitúa, de modo automático la actuación del mandatario dentro o fuera de fronteras; existencia y extensión del mandato constituyen la hipótesis inmutable de nuestro problema»; y que «en los supuestos del 1.727 no entra para nada la «contemplatio domini»: la ratificación de 1.727-2.º es igualmente aplicable al mandato representativo (1.725) que al mandato puro, sin apoderamiento (1.717 C. c.); en uno y otro se plantea el mismo problema «ultra vires mandati»» (34).

No puedo compartir la posición de Núñez Lagos, de quien pienso que sólo observa el problema parcialmente, y aunque dice verdades, son incompletas y dejan irresueltas ciertas cuestiones, entre otras la que aquí nos interesa.

Cierto, efectivamente, que la ratificación del 1.727-2.º es aplicable igualmente al mandato representativo que al puro o sin apoderamiento; pero si hay mandato representativo —que es el único que nos interesa a nosotros por ahora—, el negocio celebrado por el mandatario es igualmente representativo, con lo que debe haber habido «contemplatio domini» (y entonces resultan incomprensibles las palabras de ese autor de que ésta no entra para nada en los supuestos del 1.727).

De acuerdo también con Núñez Lagos en que el mencionado precepto contempla fundamentalmente el problema de las obligaciones del mandante, y que estamos en el área de la extensión y límites del mandato y la actuación del mandatario dentro o fuera de esas fronteras. Pero no se olvide que el mandatario presta servicios o hace alguna cosa por cuenta o encargo de otro, y si el mandato es representativo y la cosa hecha es de tipo negocial, lo que aquel ha realizado es un negocio jurídico en nombre y representación del mandante, aunque excediéndose, en punto a lo que ahora estudiamos, de los límites del poder conferido. Nuestro problema era, es, el de conocer la naturaleza y situación de ese negocio antes de la ratificación del mandante, y cómo incide en él la ratificación a que alude el 1.727-2.º. Entiendo que no

(33) «La ratificación», loc. cit., p. 67, donde dice también: «A diferencia, pues, del 1.259 C. c., estamos en el territorio de las fuentes de las obligaciones y no en el de la validez o nulidad de los contratos celebrados en nombre de otro. La actuación extraterritorial del procurator en el 1.259 acarrea la ineficacia relativa del negocio jurídico entre «dominus» y tercero; en el 1.727, al margen de todo problema de eficacia negocial, la no vinculación del «dominus» respecto del gestor».

(34) Op. loc. cit., p. 67-68. Parecida a la de NÚÑEZ LAGOS es la posición de MIRABELLI en Italia al comentar el art. 1.711 de su Código, homólogo de nuestro 1.727. «El ratificante —dice MIRABELLI— no atribuye una eficacia externa al acto, de la que ya estaba provisto, y no asume relación alguna respecto de los terceros, que son extraños a la relación de mandato: aquél atribuye solamente al acto una eficacia relativa e interna, en el ámbito de la relación entre él y el mandatario» («Ratifica», *Diritto Civile*», en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIV, p. 881).

ha acertado Núñez Lagos cuando dice que ésa no es verdadera o propia ratificación, sino mera aprobación de la gestión, con posición introvertida hacia el gestor a efectos de la «*actio mandati contraria*».

El párrafo 2.º del artículo 1.727 C. c. dice textualmente que «en lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifique expresa o tácitamente». El mandante, pues, sólo queda obligado dentro de los límites del mandato (o del poder, cuando lo haya). De aquellas palabras podría deducirse que en algunos casos, cuando la naturaleza del negocio lo permita (35), podrá escindirse de forma que en la parte que quede dentro de las fronteras autorizadas el mandante queda obligado (y el negocio válido y eficaz), y la parte en que se haya extralimitado no perjudicará al mandante, y éste no quedará obligado: esa parte será ineficaz, a menos que haya ratificación. Mas tal escisión no siempre será posible. Casi me atrevo a decir que muy excepcionalmente lo será: a primera vista apenas encuentro otros casos que los de negocio gratuito cuyo objeto sea cosa divisible (por ejemplo, una donación de 100, cuando el mandatario sólo estaba autorizado a donar 50: el mandante únicamente queda obligado a entregar 50, resultando la donación ineficaz para el mandante o *dominus* en cuanto al resto). Esa escisión horizontal del negocio es imposible cuando se trata de los onerosos y su objeto sea indivisible: el mandatario compra una finca de 50 Has. por cinco millones cuando sólo estaba autorizado para comprar otra más pequeña hasta por un millón. Nuestra pregunta sigue en pie: ¿cuál es la situación y naturaleza de ese contrato?; ¿cabe asimilarlo al del representante sin ningún poder? ¿la ratificación de aquel contrato por el mandante equivale a la del *dominus* en este segundo caso?

Pienso, por mi parte, que la contestación debe ser afirmativa. Ya dije anteriormente que no ignoro la diferencia que hay entre un caso y otro en cuanto a las llamadas relaciones internas (a las que trata de proveer primariamente el artículo 1.727 C. c.). El haber traspasado el mandatario los límites del mandato no deja de ser un deficiente cumplimiento de ese contrato que está en la base del negocio representativo que constituye el objeto del encargo; de otro lado, el 1.727 no resuelve nada más que una de las consecuencias de la extralimitación (en qué términos obliga al mandante). Puede haber otras consecuencias de índole interna, pero a nosotros no nos preocupan ahora ésas. Nos interesa la situación del contrato, del negocio llevado a cabo por el mandatario. Y en cuanto al mismo, sabemos que, a menos que sea escindible (y en ese caso sólo en una parte), no obliga al mandante en principio (y antes de la ratificación): es ineficaz para él, puede ignorarlo. Pero si hay ratificación, los efectos del acto ratificado revierten ya íntegramente en la esfera jurídica del mandante, éste queda obligado plenamente, y el acto, ratificado ya, resulta ser igual que el hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato: adquiere plena eficacia en todos los órdenes, y directamente para el *dominus* (en el mandato representativo, con re-

(35) Debo insistir en que a nosotros sólo nos interesa por ahora la actuación negocial y representativa del mandatario, que sigue quedando, aunque más restringida, dentro del ámbito de aquel precepto.

presentación directa, que es en el que estamos pensando reiteradamente, ya que intentamos hacer cierto paralelismo entre el 1.727 y el 1.259).

La ratificación del 1.727-2.º trasciende, así, más allá de las relaciones mandante-mandatario (frente a lo que piensa Núñez Lagos), y vincula de esa forma a *dominus* y tercero que contrató con el mandatario, de la misma forma —en su día veremos si con el mismo alcance y demás consecuencias: por ahora y en principio parece que sí— que la ratificación hecha al amparo del artículo 1.259-2.º vincula a *dominus* y al otro contratante con quien ha negociado el *falsus procurator*, carente de todo poder. Si no hay, pues, plena identidad entre el caso del artículo 1.259-2.º y del 1.727-2.º, por las razones también dichas, creo que no puede desconocerse su gran proximidad, ni la posibilidad de su asimilación a los efectos que aquí interesan, que miran fundamentalmente a lo que viene llamándose relaciones externas, o entre *dominus* y tercero.

##### 5. ESTRUCTURA DEL NEGOCIO DEL «FALSUS PROCURATOR»

El negocio realizado por el gestor o representante sin poder, o con poder insuficiente, en nombre y para el *dominus* a quien dice representar o por quien actúa —es decir, el negocio o contrato a que se refiere el artículo 1.259-2.º C. c., en cuanto caso tipo, así como el 1.727-2.º y el 1.892, en general, en cuanto asimilados—, no difiere sustancial ni estructuralmente del negocio que lleva a cabo para su representado cualquier representante con poder suficiente: la única diferencia radica, obviamente, en la ausencia o insuficiencia de poder. Se trata, en ambos casos, de un «negocio representativo», por cuanto que tanto el verdadero representante como el *falsus procurator* actúan en nombre de y para otro, no para sí, «alieno nomine»; gestionan un interés ajeno, hay una sustitución en la actividad jurídica: ideas todas ellas alrededor de las cuales gira (según opiniones y puntos de vista) la de la representación y el negocio representativo. Así lo entiende la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión (36).

(36) La única salvedad que habría que hacer en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar nuestra amplia perspectiva (por asimilación a nuestro estudio del caso del apoderado que se excede del poder conferido) a la regulación legal del mandato en nuestro Código, sería la del caso del art. 1.727-2.º en que el mandatario obrara en nombre propio, pues este precepto no distingue, y sabido es que en el mandato de nuestro primer Cuerpo legal civil tiene cabida tanto el representativo como el no representativo (argumento art. 1.717 C. c.). Por quedar limitado nuestro estudio al caso del representante sin poder suficiente, o dicho con palabras del art. 1.259, el de quien «contrata en nombre de otro sin estar por éste autorizado...», no podrá quedar incluida entre las hipótesis fácticas a que alcance nuestra atención esa apuntada de representación indirecta que cabe dentro de la previsión normativa del 1.727-2.º. Todo ello dejando aparte la cuestión de si es propia y verdadera representación la llamada indirecta —en cuyo debatido tema no quiero detenerme ahora—, sobre la que si bien es cierto que se pronuncia en sentido negativo una buena parte de la doctrina, incluso hispana, no lo es menos que no es cuestión pacífica y que últimamente disienten, por considerarla también auténtica representación, autores tan calificados como Díez-Picazo, uno de los últimos en estudiar

Sería vana e inútil presunción intentar abordar ahora, ni siquiera superficialmente, los principales problemas de la representación voluntaria y el negocio representativo en su relación con el negocio ratificable, cuestiones a las que hay que hacer remisión, sin perjuicio de tomar partido, inevitablemente, en algún momento por tal o cual salida o solución en ciertos temas particularmente polémicos o donde es obligado tomar uno u otro camino en la encrucijada. Debe quedar constancia, sin embargo, de algo importante: que se reflejan aquí, en este nuestro campo del negocio del *falsus procurator*, todas las dudas, discusiones, soluciones y hasta construcciones, sometidas a constante revisión y reelaboración, de la doctrina de la representación. Ya no son indiscutibles la vieja y gran conquista de Laband con la neta distinción entre mandato y poder (distinción que ya había visto Windscheid, y en ello se anticipó a Laband, que lo cita); ni el de la independencia y separación total entre negocio de concesión del poder y negocio representativo, criticado a fondo recientemente por Müller-Freienfels; ni la llamada teoría de la representación, que pareció definitiva, entre y frente a muchas otras para explicar en el negocio representativo la participación de voluntades y cómo los efectos se producen en el representado y no en el representante; y se discute si el «ager proprio» o «alieno nomine» es criterio suficiente de distinción, y si puede considerarse verdadera representación legal, y la incidencia del interés gestionado por el representante en la doctrina de la representación, y hasta la clásica distinción entre representante y nuncio, distinción que no es ya tan neta ni decisiva en este campo como se creía (37). Y así, puede verse que la idea de sustitución en la actividad jurídica y la idea de legitimación, traídas para explicar la representación, ha sido recogida por Núñez Lagos en España, y por F. Romano en Italia, para explicar el juego de la ratificación en el negocio en nombre de otro sin poder.

En el negocio representativo o en el contrato de otro, en aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos —palabras éstas, e idea esa misma, con las que Díez Picazo (38) define la representación—, cabe distinguir estructuralmente, siguiendo a Núñez Lagos (39):

- a) Un elemento representativo: la «contemplatio domini».
- b) Un negocio representativo o contrato en nombre ajeno (entendido como actividad negocial por y para otro, para distinguirlo del negocio representativo como «complexum» comprensivo de los varios

---

con detenimiento esa discutida figura en el trabajo ya mencionado «El concepto jurídico de la representación...», cit., loc. cit., pág. 153 y ss. en lo que afecta a representación indirecta; F. DE CASTRO, «Temas de Derecho Civil», Madrid, 1971, p. 125-126; y ALBALADEJO, «Compendio de Derecho Civil», 2.<sup>a</sup> ed., 1974, p. 152 y ss., cambiando con ello su posición anterior («Derecho civil», p. 608, ed. 1970), en sentido contrario.

(37) Pueden verse sobre algunos de esos extremos muy interesantes precisiones en el trabajo ya citado de Díez-PICAZO «El concepto jurídico de la representación...», a lo largo de todo él, por lo que es innecesario hacer citas más concretas.

(38) Op. loc. cit., p. 175.

(39) Op. cit., p. 371.

elementos aquí desglosados), al que se incorpora, con carácter constitutivo, el elemento representativo dicho; y

c) Un elemento justificativo, previo o sucesivo, que contiene el consentimiento y asunción o aceptación del negocio por el *dominus*. Este último elemento queda perfectamente diferenciado de la «*contemplatio domini*», y es de él de donde emanan las facultades del gestor o representante, o el que convierte en correcta la actuación de éste, que quizá se inició incorrectamente, por una invasión de la esfera jurídica ajena para la que no estaba autorizado; de ahí que pueda ser inicial —la autorización (poder, mandato, sociedad)—, o posterior —ratificación—. En todo caso, puede decirse que no es imprescindible que la acoja al contrato representativo directa o expresamente en su texto, ni siquiera cuando es inicial.

De estos tres elementos, es el último el que más afecta a nuestro estudio. Su ausencia inicial es lo que tiñe de especial color esa variedad del negocio representativo que es el llevado a cabo por el *falsus procurator*. Mas no es sólo esa ausencia, sino su posibilidad de posterior advenimiento, lo que lo caracteriza. Es más: si el negocio o contrato del que actúa en nombre de otro sin poder es jurídicamente algo y nos interesa aquí, es sobre todo en función de la ratificación de *dominus* y porque ella es posible; porque tal expectativa es reconocida y protegida por el Derecho; porque su mera posibilidad, potenciada por su necesidad para que todo lo hecho por el sedicente representante sea efectivo y eficaz, mantiene a aquel negocio en una situación que se sale por completo de todos los moldes jurídicos habituales y está reclamando una atención y una protección particulares.

He ahí el interés que ofrece el estudio del negocio o contrato de quien actúa como representante y en nombre de otro sin poder suficiente, antes de su ratificación por el *dominus*, de cuya especial situación y naturaleza vamos a ocuparnos.

## II.—NATURALEZA Y SITUACION DEL NEGOCIO DEL «FALSUS PROCURATOR»

### 1. DIFERENTES POSICIONES Y TEORÍAS: CLASIFICACIÓN

Uno de los temas que han atraído con mayor insistencia y persistencia, desde el último tercio del siglo pasado, la atención de los juristas, uno de esos clásicos temas polémicos que desde siempre han tentado al jurista teórico, es precisamente éste: de la naturaleza del contrato llevado a cabo por representante sin poder suficiente (donde incluimos, asimilándolos, como tengo dicho reiteradamente, tanto el caso de total ausencia de poder como el de poder insuficiente), antes de su ratificación (39 bis).

(39 bis) Frente a la abundancia de trabajos y citas de autores alemanes, primero, y luego de italianos, sorprende un poco la parquedad y pobreza que se observa en nuestra doctrina, y aun su tardía aparición —que apenas data de los años cuarenta hacia acá—, casi siempre tratado el tema en obras de carácter general o

La cuestión no es baladí, ni debe verse en esa vieja y siempre renovada polémica sobre el tema un mero afán de teorizar vanamente o de gimnasia mental. La cuestión surgió, como casi siempre, ante problemas prácticos o concretas situaciones de la vida real que reclamaban soluciones jurídicas, agravado por una total o casi total ausencia de preceptos positivos aplicables al caso. Y de ahí que, amén de cuanto tiene de aportación científica, aquellos estudios, muy brillantes algunos, alumbrados por la doctrina alemana e italiana, han permitido madurar la institución, que ha adquirido carta de naturaleza y ha encontrado regulación legal en los respectivos Códigos civiles (parágrafos 177 a 185 del B. G. B., y artículos 1.398 y 1.399 del Código italiano de 1942). Esa regulación legal, fruto de aquella preocupación doctrinal, ha engendrado luego nueva doctrina sobre más seguras bases. Nótase, en cambio, una casi total ausencia de trabajos franceses sobre este tema específico, verosímilmente por culpa de un idéntico silencio del «Code» en ese punto, con lo que no dio lugar a comentario de sus numerosos exégetas, que abrieron brecha en tantos otros temas. En nuestro país y en el orden legal ocupamos una posición intermedia: tenemos un artículo 1.259 C. c. de que carece el Código francés, insuficiente, sin embargo, desde luego, para abordar y resolver los numerosos problemas que plantea el contrato del *falsus procurator* y la ratificación, pero digno, en todo caso, de mejor suerte y mayor atención doctrinal.

La cuestión de la naturaleza y situación de tal contrato antes de su ratificación es importante, apuntaba poco ha. Efectivamente: de cómo se explique o construya ese contrato, de cuál sea su naturaleza o situación jurídica, dependerán cuestiones tan importantes como las de la posibilidad de revocación o modificación del contrato unilateralmente por el tercero o de acuerdo con el falso representante, la naturaleza de la ratificación, personas legitimadas, objeto y forma de la ratificación, sus efectos y los de su falta, y otros extremos no menos interesantes y relacionados con ese negocio en cuestión.

La actuación del *falsus procurator* se caracteriza por su intromisión en la esfera jurídica, ajena como se dijo antes de ahora; por disponer de bienes o derechos de un *dominus* de quien no tiene poder suficiente para ello. Primera e importante consecuencia es que hasta tanto ese *dominus* dé su consentimiento a tal disposición —ratifique el negocio—, éste es para aquél «res inter alios acta», irrelevante jurídica y efectualmente; es decir, ineficaz, privado de los efectos propios del tipo o reglamentación negocial puesta en juego: en ello está de acuerdo toda la doctrina (40). Ahora bien: lo difícil y controvertido es explicar cuál sea la naturaleza y situación de ese negocio que es todavía irrelevante o ineficaz, y que con la sola ratificación del *dominus*, con su solo «sea», adquiere plena eficacia, y hasta puede ser ésta retrotraída a un momento

---

con motivos de comentario a alguna sentencia, por donde nos ha llegado, precisamente, alguna valiosa aportación.

(40) «Was noch ungewiss unvollkommen ist, sind lediglich die rechtlichen Wirkungen» (ZIMMERMANN, «Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio», Strassburg, 1876, p. 138).

anterior a la ratificación, al del acuerdo de voluntades entre el falso representante y el tercero.

Prima facie, aparecen dos posiciones extremas a la hora de valorar ese extraño negocio, ineficaz antes de la ratificación. En un extremo, la de quienes ponen de relieve su inexistencia o nulidad. En el otro, la que sostiene una integridad negocial (el negocio sería completo o perfecto en cuanto tal, «per se»), explicando aquella ineficacia como dependiente de la falta de un elemento externo al negocio. Entre esas dos posiciones extremas, y al socaire de influencias metodológicas en unas ocasiones, o como expresión y reflejo de la evolución doctrinal en materia de teoría general del negocio jurídico, y aun según sea el enfoque de ese fenómeno complejo (muchos son posibles, según se fije la atención en lo estructural, lo funcional y hasta lo etiológico), se han ido perfilando variantes, teorías, y hasta direcciones intermedias, que han ido enriqueciéndose con nuevas y progresivas conquistas doctrinales —unas veces basculando hacia lo complejo, y otras buscando nuevos planteamientos—, de modo que si no todas (quizá ninguna) ha supuesto una conquista definitiva —algo casi inasequible en nuestro muy relativo mundo de lo jurídico—, no han dejado de enriquecer también la Ciencia y el Derecho (41).

Ante la variedad de teorías y profusión de opiniones al respecto, parece indicado, para simplificar y clarificar un poco la situación, clasificarlas o agruparlas según sus afinidades. Con esa sola finalidad y sin otra pretensión de mayor alcance, creo que pueden ser agrupadas del siguiente tenor: A) teorías que podríamos llamar negativas, para las que el negocio antes de la ratificación es algo nulo, en sus distintas formas o categorías; B) las que predicen la existencia y validez del negocio antes incluso de la ratificación, aunque ineficaz hasta que llegue ésta, que para algunos actúa a modo de una condición o «conditio iuris» de cuyo advenimiento depende la eficacia de aquel; C) teorías que lo asimilan a la contratación entre ausentes, donde la ratificación viene a ser la aceptación de una oferta o de un negocio que le es ofrecido al *dominus*: antes de la ratificación su situación es semejante a la del negocio en el que sólo hay oferta, pendiente de aceptación por la otra parte; D) las teorías que entienden que el negocio del *falsus procurator* antes de la ratificación es algo incompleto, le falta algo que legalmente puede llegar todavía: es un negocio en vías de formación; y E) la de la ineficacia de ese negocio por falta de legitimación del *falsus procurator*.

Veamos ahora separadamente esas teorías y posiciones doctrinales.

#### *Grupo A) Teorías de la nulidad.*

Tienen diferentes versiones. En Alemania, y centro de esta dirección o por quienes se sitúan en sus proximidades, suele calificarse con

(41) Véase en este punto la referencia que a enfoques, influencias de evolución doctrinal y riqueza de matices de toda esta cuestión, hace F. ROMANO, «La ratifica nel Diritto Privato», Nápoles, 1964, p. 15-16.

frecuencia el negocio del *falsus procurator*, como de claudicante (42) por estar en trance de morir en defecto de ratificación del *dominus* o por revocación de la otra parte.

Para algún autor, como Murgeaud-Larion (43) y con carácter prácticamente aislado en la doctrina, nuestro negocio antes de la ratificación es inexistente, a falta de consentimiento del *dominus*, que es la auténtica parte contractual (y no su representante). Pero esta dirección se ha adoptado más a efectos dialécticos que como posición definitiva, y no ha encontrado eco alguno, como no sea para refutarla. Efectivamente: qué duda cabe que lo realizado por el *falsus procurator*, no obstante su frágil situación, es «algo» jurídico, produce ciertos efectos, hasta el punto que basta el sí del *dominus*, su ratificación, para que produzca los plenos efectos de un contrato; la inexistencia, la nada jurídica, no podría convertirse con la sola ratificación en esa plenitud jurídica que es el contrato ratificado, eficaz como cualquier otro normal de su tipo; la ratificación no podría dar existencia a algo que antes era «nada»; la ratificación se refiere a un «quid» jurídico ocurrido antes, y por tanto existente (44).

En realidad, las únicas posiciones que se han sostenido con seriedad y dentro de cierto rigor jurídico, aunque haya sido con mayor o menor acierto, dentro de este campo, son las que han considerado el negocio del *falsus procurator* bien como anulable, ya como nulo (nulidad absoluta o radical). Teorías esas bastantes alejadas entre sí tanto en su planteamiento como en su desarrollo, que merecen ser estudiadas detenidamente.

#### a) *Teoría de la anulabilidad*

Pasa por ser ésta la más antigua de las que han pretendido explicar, dentro de la técnica jurídica moderna, la naturaleza y situación del contrato de que venimos ocupándonos. Hoy apenas tiene seguidores.

Labbé, a mediados del siglo pasado (45), explicaba o entendía el

---

(42) Vide NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 391, y «La ratificación», *Rev. Dcho Notarial*, 1956, enero-marzo, p. 36.

(43) Para este autor, antes de la ratificación los contratos no son anulables, «mais inexistantes en droit, puisque un élément nouveau est nécessaire pour leur efficacité» (citado por PACCHIONI, «Della gestione degli affari altrui», Padua, 1935, p. 402).

(44) «Es inconcebible que la ratificación por sí sola dé existencia a algo acontecido antes —dice NÚÑEZ LAGOS (op. cit., p. 393), a este respecto—. La ratificación se refiere a un «quid» advenido física y moralmente con anterioridad y, por tanto, existente. Que este «quid», con intervención de personas (del gestor y contratante) y de sus consentimientos, tenga mayor o menor eficacia es cosa distinta de que sea inexistente. Una cosa es la existencia y otra muy distinta el ámbito, mayor o menor, de su eficacia».

Sobre lo inoportuno e invariable de esta dirección que califica a nuestro contrato de inexistente, véase también SAGGESE, «La rappresentanza», Nápoles, 1933, p. 227, y PACCHIONI, op. cit., p. 408 y ss. (411).

(45) «Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires», París, 1856. En el mismo sentido, al parecer, POLIGNANI, «Dottrina della ratihabitio», Nápoles, 1869, p. 7 y 8, citado por NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 394, y

negocio del *falsus procurator* como un negocio anulable, o al menos, equiparable al anulable, y susceptible, como éste, de sanación, de forma que la ratificación de aquel por el *dominus negotii* quedaba equiparada a la confirmación del negocio anulable. «Il y a plus d'analogie —decía Labbé (46)— entre la confirmation d'un acte annulable et la ratification d'une gestion accomplie pour nous sans mandat. Dans les deux cas, l'acte primitive n'est pas entaché d'une nullité absolue; il peut avoir un effet, porvue qu'il soit complété ou corrigé. L'acte posterior de ratification se rattache par un lien intime et nécessaire à la convention qu'il confirme» (47).

Esta teoría apenas ha tenido continuadores o adictos entre los que se han preocupado de esta cuestión más recientemente, si se exceptúan Betti, sólo temporalmente (48) (pues hoy no opina así, rectificando su propia posición anterior), y el particular enfoque de Minervini para el caso de exceso o abuso de poder (en cuyo caso ve este autor una desviación del representante, en su cualidad de nuncio o portador de la declaración de apoderamiento al tercero, respecto de la exacta transmisión de la misma), para quien en tal situación derivaría una acción de anulabilidad por parte del *dominus* por error obstativo, en el sentido del artículo 1.433 C. c. italiano, subordinada a los presupuestos de la esencialidad y reconocibilidad del error (49). Podría citarse también, con el mismo carácter excepcional, cierta jurisprudencia italiana, muy oscilante en este debatido tema, que durante una época ya superada y sólo aisladamente consideró también anulable el contrato de constante referencia (50).

La tesis de la anulabilidad no se yergue tanto sobre los presupuestos doctrinales o legales propios de esta categoría jurídica, cuanto sobre la confusión existente (sobre todo en Labbé; otra parece ser la orientación e incluso los errores de Minervini) entre confirmación y ratificación: si éstas son iguales o equiparables —viene a decirse—, el negocio ratificable será de idéntica naturaleza, o equiparable al menos, al ne-

---

GRAZIANI, «La rappresentanza senza procura», *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Napoli, 1953, p. 6.

(46) Op. cit., p. 8.

(47) «Il n'est pas efficace par lui même, isolément —continúa LABBE, op. loc. cit.—. Il n'a toute sa valeur qu'en s'appuyant sur un contrat antérieur auquel il ajoute un élément de force et de validité». «La ratificación —dice PACCHIONI, op. cit., p. 400, comentando la opinión de LABBE— no sería, pues, sino un medio ofrecido al dominus mediante el cual podría sanar la anulabilidad de un acto para él, y en su nombre, concluido con el tercero por un gestor.»

(48) BETTI, «Teoria generale del negozio giuridico», ed. 1943, p. 299 y 381. Con posterioridad, y a partir de la edición de 1950 de esa misma obra (p. 583, ed. italiana; trad. esp. antes citada, p. 450), se inclina por la invalidez del negocio en cuestión, invalidez pendiente de la ratificación del interesado para que adquiera aquél plena eficacia.

(49) MINERVINI, «Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus», *Foro Italiano*, 1947, I, 380 y ss. (citado por DE MARTINI, «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, 832).

(50) Ss. Cass. civ. 28 dic. 1948 y 14 marzo 1949 (citadas por DE MARTINI, op. loc. cit., 830).

gocio confirmable, lo que sólo cabe para el negocio anulable; «ergo» el negocio del *falsus procurator* será un negocio anulable.

Pero hoy es ello insostenible, cuando la doctrina moderna tiene bien esclarecido, a partir de Windscheid sobre todo (51), la neta diferencia que hay entre ratificación y confirmación, y en su consecuencia, entre negocio anulable (confirmable) y negocio del representante: sin poder suficiente (ratificable) (52).

Efectivamente: las notas características del negocio anulable no concurren en el ratificable, y sus diferencias son claras y numerosas. El negocio anulable nace completo desde su celebración, no le falta ningún elemento, produce todos sus efectos desde que surge a la vista jurídica como cualquiera otro. Está afecto, sin embargo, de un vicio, de un defecto de origen (es un negocio enfermo, podría decirse) que hecho valer por persona legitimada para ello, puede dar lugar a la anulación del negocio, con lo que éste dejará de producir a partir de entonces los efectos propios del mismo, normales hasta tal anulación. El vicio puede, además, ser sanado, y confirmado el negocio anulable, pero sólo es confirmable por la misma parte, por el mismo contratante en quien radicaba el vicio que afectaba al contrato: la confirmación supone una renuncia a la anulación del negocio y sus efectos, y a partir de entonces deviene inimpugnable (por esa causa, claro) y perfecto, mas no más o diversamente eficaz de lo que era antes de la confirmación (53).

Bien distinto es el negocio del *falsus procurator*. Este nace imperfecto, a falta de algo imprescindible: la voluntad o consentimiento del *dominus*; no puede producir efecto alguno antes de la ratificación; ni para el *falsus procurator*, que no es parte negocial, ni para el *dominus*, en cuya esfera jurídica se ha entrometido aquel sin su autorización. La ratificación es obra de persona distinta de quienes habían intervenido con anterioridad en ese negocio, a diferencia de lo que ocurre en la confirmación (obra de uno de los contratantes, de aquel, precisamente, de quien provenía el vicio). El negocio del *falsus procurator* no se sana por el mero transcurso del tiempo, a diferencia del anulable, respecto del que la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un plazo determinado, y la inactividad (prescripción sanatoria) comporta confirmación. El contrato anulable, en suma, es inicial y provisionalmente válido, eficaz hasta su anulación; el ratificable es ineficaz antes de la ratificación, y sólo después de ésta deviene eficaz y completo o perfecto, a falta como estaba del consentimiento de uno de los contratantes o parte verdadera del negocio (que lo es el *dominus*, y no el *falsus procurator*, en ello no hay duda) (54).

El contrato ratificable no existe cumplida y realmente hasta la ratifi-

(51) «Pandette», trad. ital. cit., t. I, § 83, notas 2 y 8.

(52) Tales diferencias entre ratificación y confirmación, hoy claras, pueden verse en cualquier obra general o especial que aborde esta materia. Vide, a título de ejemplo, SAGGESE, «La rappresentanza...», cit., p. 228-229. Es muy interesante en nuestra jurisprudencia, a este respecto, la sent. T.S. 25 junio 1946, a la que me referiré ampliamente más adelante.

(53) Vide SAGGESE, op. cit., p. 228-229, algunas de cuyas ideas recojo.

(54) Véase a este respecto HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la sent. T.S. 29-enero 1945», en *Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.*, 1945, p. 613 y ss. (617-618).

cación, y el anulable, en cambio, existe hasta la anulación, la cual deja de ser posible con la confirmación. El contrato anulable tiene una validez provisional, mientras que el del *falsus procurator* tiene una posibilidad de validez que no entraña validez provisional. Si este segundo fuera anulable, para que no le afectara precisaría el *dominus* ejercitar la acción de nulidad, y en realidad no ocurren las cosas así, pues el *dominus* nada tiene que hacer para eludirlo, y le basta con no ratificar para que el negocio hecho en su nombre y sin poder suyo suficiente no le afecte.

Son, pues, demasiadas diferencias las apuntadas (55) para que pudiera prosperar la tesis de la anulabilidad, sin más valor hoy casi que el puramente histórico. Sólo nos es útil en cuanto ha puesto de manifiesto errores pasados, y deslindado nuestro campo por un lado, en esa frontera que nos es ya bien conocida (más por dejar demostrado lo que no es, que lo que es).

#### b) Teoría de la nulidad (absoluta)

Parece que surgió esta teoría como réplica a la precedente, a la hora de la crítica de la tesis de la anulabilidad.

Brugi ya no asimila ratificación a confirmación, sino que las contrapone, y así como ésta presupone un acto anulable, la ratificación presupone un acto que «es nulo, no solamente anulable» (56).

Y Rocco considera el negocio del representante sin poder suficiente como inválido, y luego, con objeto de dar mayores precisiones, ante la imposibilidad de catalogar dicho negocio entre las dos categorías de negocio anulable y negocio absolutamente nulo, habla de una categoría intermedia de negocios «relativamente nulos», entre los que incluye el del *falsus procurator* (amén de algún otro caso o tipo). Pero lo que es claro en Rocco a este respecto es que nuestro contrato es para él: en primer lugar, nulo, no anulable, en cuanto que es inmediatamente ineficaz sin que sea preciso impugnación del *dominus* para que no le afecte; y de otro lado, nulidad relativa (en la concepción y sentido que él mismo le da), no absoluta, en cuanto que la invalidez depende de la falta del concurso necesario de la declaración de voluntad del interesado, no en el sentido de que el negocio sea válido respecto de uno y nulo respecto de otros. Para Rocco, la ineficacia de este negocio es frente a todos (y no sólo respecto de la persona, *dominus*, cuya falta de intervención determina el defecto); ineficacia relativa en cuanto a la causa, no en cuanto a los efectos del negocio (57).

(55) Lo que no impide que haya también algún punto o elemento en común entre un contrato y otro, así como entre la ratificación y la confirmación: ambas coinciden en hacer eficaz un negocio que de otra forma no podría serlo; mas la causa de esa ineficacia es distinta en uno y otro caso, y de ahí aquellas diferencias aludidas en el texto.

(56) «Un atto il quale sia stato conchiuso per noi da chi non ne aveva mandato, è nullo, non solamente annullabile» (BRUGI, «Ratifica di atti annullabili e rappresentanza», *Riv. Dir. Comm.*, 1905, II, p. 78).

(57) Rocco, «La convalescenza dei negozi giuridici e l'art 137 Cod. Comm.», *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II, p. 181 y ss. (185-186). Mantiene la misma tesis en su «Corso di Diritto Commerciale», Padua, 1921, p. 396.

Posición muy semejante a los anteriores adopta Navarrini, para quien «si el poder de representación no existe, los contratos estipulados por el falso representante, los negocios jurídicos en general llevados a cabo por él, son afectos de nulidad, siquiera sea nulidad simplemente relativa, no absoluta» (58).

Tampoco es satisfactoria esta teoría, cuyos defectos, en varios terrenos, han atraído una severa crítica.

«La nulidad —dice Hernández Gil (59)— constituye el grado más intenso de la invalidez; el contrato nulo es, como tal contrato, jurídicamente inexistente, inválido e ineficaz; no puede producir en modo alguno el efecto jurídico a que se dirige; tiene una existencia exterior, una trascendencia jurídica, pero no como tal contrato... Y rige inexorablemente el viejo axioma: «quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere», que viene a significar la imposibilidad de que recobre existencia o validez el contrato. Quienes han celebrado un contrato nulo, podrán celebrar un nuevo contrato. A lo sumo el contrato nulo podrá ser susceptible de conversión... Pues bien, todo ello contrasta con la posibilidad de validez y eficacia inherente en todo momento a los contratos de los artículos 1.259 y 1.727 y a su efectiva validez y eficacia, una vez que se produzca la ratificación. Esta no sólo determina que a partir de ella exista el contrato y que entonces se reputa que ha existido desde el principio (efectos retroactivos), sino que, además, determina que ya antes, aún desconociendo si se producirá la ratificación, haya de reconocérsele un principio de existencia.»

Poco cabe añadir a esas precisas palabras de Hernández Gil para refutar la tesis de la nulidad: aunque la cita sea un poco larga, merecía la pena. Quizá sólo cupiera traer aquí también aquello de «quod nullum est, nullum producit effectum», aplicable al negocio nulo en sentido estricto, mas no al del *falsus procurator*; insistir en cuanto se dejó dicho a la hora de argumentar contra la tesis del negocio inexistente, sobre la imposibilidad de que la ratificación puede dar vida y existencia a algo que antes era nada, «nullum» (60); y dejar constancia de una preocupación y un peligro: que en esta cuestión se interfirieran distinciones y sutilezas formales y terminológicas que vengan a sumar dificultades en lugar de arrojar alguna luz en nuestro no fácil problema. Creo que es eso, sustancialmente, lo que ocurre en la posición de Brugi, y sobre todo de Rocco, donde su confusión, y la necesidad de salir a buscar una categoría intermedia para «nuestro» contrato

(58) NAVARRINI, «Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale», t. II, número 481. Sin embargo, un poco más adelante parece matizar y aún rectificar esa posición y palabras transcritas para aproximarse a la tesis del negocio imperfecto más que nulo.

(59) Op. loc. cit., p. 616-617.

(60) Uno de los argumentos más eficaces para combatir la tesis de la nulidad —que ya apunta HERNÁNDEZ GIL en la larga cita transcrita—, en el que cabría también insistir, es precisamente éste de que la nulidad no admite convalidación o sanación de ninguna clase, argumento principal en que se basaba MIRREIS para rechazar que se pueda hablar de nulidad (absoluta) en el caso del contrato a que nos venimos refiriendo, en «Iherings Jahrbücher», XXVIII (1889), p. 101 (citado por PUGLIATTI, «Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, p. 28, nota 3, y en «Studi sulla rappresentanza», Milán, 1965, p. 298, nota 87).

(al que califica de «relativamente nulo», para distinguirlo de los absolutamente nulos y de los anulables, como hemos visto), radica en su especial y no clara idea de lo que sea o signifique negocio nulo o inválido, alrededor de lo cual gira la construcción de Rocco, no siempre demasiado consecuente consigo mismo (61).

Tras la crítica de Graziani, en 1927, a la tesis de la nulidad, pareció enterrada definitivamente, al menos en Italia. Sin embargo, no ha mucho parece haber renacido de sus propias cenizas, por la autoridad de cierto autor (Betti, que con ello rectificaba su propia posición anterior a favor de la anulabilidad), y por el calor y la insistencia con que la ha defendido algún otro (De Martini, en numerosos trabajos) y al socaire de una insegura y oscilante jurisprudencia italiana, que también ha tocado este palo y al pronunciarse en alguna ocasión por la tesis de la nulidad (Ss. Cass. civ. de 28 junio 1935, 18 enero 1949, y Trib. Apel. Nápoles, de 1 julio 1946), ha sido citada como refrendo de tal posición doctrinal.

Betti, rectificando, como he dicho, su posición anterior, en la edición de 1950 su célebre «Teoria generale del negozio giuridico», se pronuncia por la invalidez del negocio en caso de ausencia de poder de representación, «invalidez pendiente mientras no sobrevenga la ratificación del interesado» (62).

---

(61) GRAZIANI, en su trabajo antes citado (que había sido publicado ya en 1927, en «Anuali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia»), hace un detenido e interesante comentario y aguda crítica de la posición e ideas de Rocco. Si con la expresión negocio nulo, dice GRAZIANI, se quisiera indicar sólo que el negocio antes de la ratificación no produce efectos para el «dominus», podría aceptarse esa afirmación, pero no nos llevaría en realidad a ningún resultado, porque el problema es precisamente saber cuál sea la naturaleza de esa relación que no produce todavía efectos para el «dominus». Pero si la idea que se tiene del negocio antes de la ratificación como negocio nulo se pone en relación con el concepto general de invalidez dado por Rocco, entonces habrá que disentir sustancialmente de su opinión, añade GRAZIANI, pues para aquél invalidez no es inexistencia del negocio como acto volitivo, sino ineficacia jurídica del negocio. Tras invocar a DERNBURG y sus ideas sobre el contrato nulo (que no es para él la «nada», pues siempre hay algo lanzado por las partes al mundo jurídico), dice GRAZIANI que incluso en el caso en que se puede hablar de nulidad derivada de inexistencia de voluntad (vis absoluta, por ej.), aún existe la forma externa de su manifestación, la declaración; pero en el negocio del *falsus procurator* falta incluso una declaración de voluntad necesaria para el nacimiento del negocio representativo: la del representado; por tanto, o se considera tal declaración como mero requisito de eficacia, como sostienen los partidarios de otra teoría, o se reconoce en ella un elemento esencial para el funcionamiento de la institución de la representación, y entonces no puede por menos deducir GRAZIANI que aquel negocio no es nulo, sino que no ha llegado todavía a completarse, a nacer. Podría decirse que es inexistente —añade— contraponiendo esa palabra a la de nulo, pero puesto que con frecuencia se confunden tales términos o se usan como equivalentes, es preferible abstenernos de emplear aquél.

Y también demuestra el mismo GRAZIANI que «nuestro» negocio no puede ser inválido en el sentido de relativamente nulo que tiene para ROCCO, con palabras y argumentos de este último. Para mayores precisiones, véase el trabajo mencionado de GRAZIANI, loc. cit., p. 19-20. SAGGESE, op. cit., p. 231-232, transcribe casi literalmente a GRAZIANI, solidarizándose en su crítica a BRUGI y ROCCO.

(62) Op. cit., p. 583, ed. ital.; p. 450, trad. esp. de MARTÍN PÉREZ (Madrid, 1959), que citaré en lo sucesivo en evitación de confusiones.

Esa invalidez, que en Betti equivale a nulidad, la basa en que la falta de poder implica ausencia del requisito de legitimación (pás. 454 y 369, ed. esp.), que ese autor contrapone a aquellos casos en que sólo hay vicio, no ausencia, de legitimación (tal, en los de abuso de poder o representación: contrato del representante consigo mismo sin estar autorizado, u otro caso de conflicto de intereses entre los de representante y representado), que para él adolecen de simple anulabilidad del negocio. No se olvide que para Betti la legitimación, en el concepto que tiene de ella (63), es presupuesto del negocio (presupuesto subjetivo-objetivo), requisito de validez, interno, no externo al negocio. El apoderamiento legitima al representante para disponer de los intereses del representado; a falta de poder, falta de legitimación, y por tanto, de un presupuesto del negocio, de un requisito inexcusable: el negocio del *falsus procurator* será inválido, no sólo ineficaz, como pretende la mayor parte de la moderna doctrina italiana.

A la misma conclusión de nulidad llega Angelo de Martini, aunque por otro camino distinto a Betti, con quien, curiosamente, se enfrenta con más energía y a veces cierta ironía. En sus varios trabajos destinados directa o indirectamente a este tema, sostiene De Martini que el contrato del *falsus procurator* es nulo, no por falta de legitimación (que para este autor es elemento o requisito extrínseco al negocio, que sólo podría determinar su ineficacia, pero no su nulidad), sino porque le falta el elemento «declaración de voluntad», médula o centro de gravedad de todo negocio. En su argumentación, parte De Martini de una afirmación para él incontrovertible: para la validez del contrato, del negocio en general, es esencial que la declaración sea de las partes. Ahora bien: en el negocio representativo, como es el de nuestro caso, y por obra y gracia de la «contemplatio domini», parte negocial—continúa— es el *dominus*, no el falso representante, quien no declara nada para sí; sin poder, y antes de la ratificación, no hay declaración verdadera a efectos negociales ni del *dominus*, que no se ha pronunciado todavía, ni del *falsus procurator*, pues éste no negocia para sí, ni su declaración sin poder vale tampoco como de su representado: no hay aún «declaración», y al ser ésta elemento esencial del negocio, su falta determina la nulidad del acto (64). Mas no quiere

(63) «La legitimación de la parte puede definirse como su competencia para adquirir o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. Problema de legitimación es el de considerar quién, y frente a quién, puede correctamente concluir el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conforme a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes» (p. 177, ed. esp.; p. 219 ed. ital. 1950).

(64) Tal es, sustancialmente, y muy resumida, claro está, la línea argumental de DE MARTINI en varios trabajos: «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, 295 y ss.; «Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione d'altrui», misma Revista, 1949, I, 437 y ss.; «Ancora sul difetto di poteri del rappresentante», idéntica Revista, 1949, I, 547 y ss.; y sobre todo «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl.*... 1951, III, 828 y ss., habiendo insistido sobre el mismo tema y posición en «Recesso unilaterale dal contratto concluso col rappresentante senza potere», *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II (julio-agosto), p. 266-280.

decir ello —añade este autor— que ese contrato, del que el artículo 1.399 C. c. italiano dice que puede ser resuelto o revocado, se halle privado de todo efecto: aquella nulidad puede ser sanada por la ratificación del *dominus*, lo que comporta —reconoce el propio De Martini— que algún efecto produce el negocio nulo; no se trata, evidentemente, del típico efecto negocial buscado, sino de un efecto muy particular que se desarrolla en dos direcciones: en el sentido de determinar entre «tercero» y *dominus* una cierta situación de expectativa, en la cual se concreta la aludida sanabilidad de la nulidad (situación que no es para este autor italiano una relación jurídica propia y verdadera); y de otro lado, en el sentido de determinar también una relación jurídica en sentido propio entre *falsus procurator* y «tercero», relación que no es ciertamente la contractual, sino la derivada como de mero hecho jurídico, ya que no la propia de la eficacia del negocio, que sabemos es nulo. A esas relaciones se refiere, para De Martini, la revocación o posibilidad de ruptura a que alude el artículo 1.399-3.º Código civil ital., y no al contrato, que es nulo —insiste— (65).

Aunque no ha tenido demasiada audiencia la posición y conclusiones a que llega el Prof. De Martini, tampoco ha pasado desapercibida ni dejado de encontrar algún seguidor. Nicola Distaso acepta sustancialmente las ideas de aquel, repite sus argumentos y llega a las mismas conclusiones, incluso en materia de revocabilidad del contrato de constante referencia, terreno donde se han prolongado en la doctrina y la jurisprudencia italiana las dudas y las discusiones que hemos encontrado hasta ahora (66).

No obstante la superioridad de la construcción y la línea argumental de Betti y De Martini sobre las de Brugi y Rocco en su común conclusión de la nulidad del contrato del *falsus procurator*, tampoco podemos acoger la tesis de aquéllos, ni parece que puedan tener más éxito en puridad de principios (67).

A las consideraciones hechas en su momento combatiendo la teoría de la nulidad, y las inconsecuencias a que lleva, podría añadirse ahora, frente a Betti, que es muy dudoso que el problema que nos ocupa pueda reconducirse sencillamente a un caso de falta de legitimación, y mucho más que ésta, en ese caso, deba considerarse como elemento

(65) Vide a este propósito, sobre todo, «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», loc. cit., p. 298.

(66) N. DISTASO, «Considerazioni in tema di vizio di validità del contratto del falsus procurator» (comentario a la sent. Trib. Roma, 19 mayo 1949, sobre este y otros extremos), *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, II, 869 y ss. (especialmente 874-875). Sigue también, al parecer, a DE MARTINI, CANDIAN («Nozioni instituz. di diritto privato», 1948), a quien no he podido consultar.

(67) Precisamente es en este terreno donde MESSINEO («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente [falsus procurator]», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 394 y ss.) crítica con más energía a BETTI al rebatir la tesis de éste: el que no sea consecuente con los principios generales, con sus propios principios generales mantenidos en otros lugares de su obra: véase especialmente página 415, donde termina: «por esto, en vez de oponer a dicho autor (BETTI) los argumentos que hemos opuesto a DE MARTINI, es el caso de exhortarlo a ser consecuente (consigo mismo)».

intrínseco del negocio cuya falta deba implicar necesariamente su nulidad, aunque fuera relativa, como parece entender ese autor. No se olvide que la legitimación en el orden sustantivo-negocial —tal como la entiende la doctrina moderna, y aun aceptando la idea y definición que de ella da Betti—, es una categoría no homogénea, que en unos casos puede dar lugar a nulidad, en otros a anulabilidad y en alguno a mera resolución (68), y sobre todo, que los problemas de representación (en cuyo campo nos movemos, aunque sea en su terreno negativo, por su ausencia) no se identifican plenamente con los de legitimación, ya que en el mejor de los casos la representación no es sino una variedad o especial situación de legitimación para contratar (69); quizá fuera mejor decir que ambas categorías o instituciones tienen zonas comunes, lo que no permite identificarlas y menos reconducir una a la otra. En todo caso, y volviendo a Betti, no se comprende cómo diciendo por un lado que el contrato nulo no es convalidable, habla luego de su sanabilidad, en nuestro caso, por la ratificación.

Lo mismo puede argüirse frente a De Martini, quien también habla de sanabilidad del negocio «nulo» del *falsus procurator*. Pero hay más: la nulidad es una especial situación de un negocio ya completo, terminado, aunque ineficaz por su grave mal de origen así sancionado «ope legis». ¿Es éste el caso del negocio del *falsus procurator*? De la propia construcción de De Martini parece deducirse otra cosa. Habla de que en ese negocio no hay *aun* declaración; de que el *dominus*, verdadera parte contractual para él, no se ha pronunciado todavía, pudiendo hacerlo después; da a entender hallarse incompleta, hasta tanto llegue la ratificación, la «declaración» de una de las partes, por quien actúa el falso representante;... Aunque combate la teoría del negocio en vía de formación, está apuntando en esa misma dirección sus argumentos. Si el negocio es «nullum», no es por nulo, de nulidad, como ahora la entendemos en cuanto categoría jurídica perfectamente acuñada y con un significado concreto, sino como algo que sin terminar de construirse, adolece de lo fundamental para ser lo que pretende ser; y por ello, por imperfecto o inacabado, no es, no existe aún. Pero creo que ello no nos permite decir que «eso», lo que sea, debe catalogarse dentro de la categoría de nulidad o de inexistencia jurídicas. Por lo demás, vale aquí cuanto dije, propio o ajeno (citado), frente a Rocco y demás, que doy por reproducido (70).

(68) Vide MESSINEO, op. loc. cit., p. 413.

(69) «En cuanto al sujeto —dice a este respecto ROMANO, op. cit., p. 198-199 refiriéndose al *falsus procurator*— es un representante. El defecto de su legitimación (es decir, su acción no legítima) se traduce en la falta de eficacia, pero ésta no integra el concepto lógico de representante ni aquél altera el carácter de la acción. La legitimación es un presupuesto para el ejercicio eficaz del poder, pero no puede confundirse obviamente con su sustancia; se puede actuar como representante aun sin estar legitimado, pero el valor de la acción como acción representativa, es decir, directamente eficaz para el representado, depende de la ulterior legitimación».

(70) Para una crítica a fondo de la tesis e ideas de DE MARTINI, particularmente en el contexto legal del Código italiano y en el juego de sus argumentos legales, véase MESSINEO, op. loc. cit., 401 y ss.

Grupo B) *Teorías de la eficacia sometida a condición*

En el terreno opuesto a las anteriores, para las que el contrato del *falsus procurator* era inexistente o nulo, es decir, casi la «nada» jurídica, se hallan las de este grupo, donde con varias justificaciones y razonamientos viene a decirse que el negocio llevado a cabo por el representante sin poder con un tercero es un negocio no sólo válido sino hasta perfecto, completo en cuanto negocio, aunque ineficaz hasta la ratificación por el *dominus*, de la cual no dependen nada más que los efectos de aquel negocio, efectos que se hallan suspendidos, o condicionados a la llegada de la ratificación. Pero lo más sobresaliente de esta dirección doctrinal, por contraste frente a las de la nulidad y a cualesquiera otras, está precisamente en considerar «nuestro» negocio como completo, perfecto en cuanto tal, sin otro defecto que el de ser todavía ineficaz, lo que no afecta a su entidad o esencia (de la misma forma que no deja de ser perfecto contrato aquel cuya eficacia se halla condicionada o aplazada).

Caracteriza a esta teoría su íntima relación con toda la teoría general del negocio jurídico, de la cual es tributaria, y de la que, en ósmosis casi constante, refleja sus conquistas y sus desfallecimientos: encontraremos aquí muchos de los temas sobresalientes de la problemática negocial, y veremos cómo ciertas variantes dentro de esta teoría no son sino exponente de otras a más alto nivel sobre particulares puntos o zonas de la teoría general del negocio.

Suele citarse a Zimmermann como el primer seguidor de esta dirección doctrinal. Sin embargo, puede encontrarse cierto precedente en Laband y en su célebre trabajo sobre la representación (71), quien aunque de pasada, se refiere al negocio del *falsus procurator* como un negocio condicionado, dando la sensación de que ése es para él un verdadero negocio, completo o perfecto, aunque condicionado (y la condición sería el hecho futuro e incierto de su ratificación). La única particularidad a reseñar es que Laband contempla sólo la hipótesis de que el tercero que contrata con el *falsus procurator* conozca la falta de poder suficiente; mas ello no tiene demasiada trascendencia a nuestros efectos.

En Zimmermann la construcción es más coherente y definitiva (72). Su punto de partida está en su propia idea de lo que sea negocio jurídico: un acto jurídico dirigido a la producción de un determinado efecto, bastando esa dirección a la producción de efectos, sin la exigencia de que en todo caso se alcancen (con lo que difería de Köppen —con el que tuvo en este punto una conocida polémica—, para quien el negocio era un acto que no sólo tiende a producir, sino que produce una relación jurídica y ciertos efectos jurídicos (73): para Köppen

(71) LABAND, «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. HGB», en *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. X (1866), p. 231.

(72) ZIMMERMANN, «Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio», Strassburg, 1876, sobre todo pág. 149 y ss.

(73) KÖPPEN, «Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden», en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik*, vol. IX, p. 138 y ss. (sobre todo, 144 y ss.).

es esencial para la idea de negocio que se alcancen los efectos a que él mismo va dirigido). Partiendo de ahí, y de que en el negocio representativo es el representante y no el representado quien lo lleva a cabo, entiende Zimmermann, y lo dice con particular insistencia, que el negocio del *falsus procurator* (negocio representativo para este autor, como para la casi totalidad de la doctrina) es un negocio completo y perfecto en cuanto tal. Ahora bien: Zimmermann reconoce, por ser evidente, que ese negocio no produce efectos, los típicos efectos negociales ni los propios de su clase, antes de la ratificación; pero ello, añade, no es algo anormal o desusado, ni deja por eso de ser negocio perfecto: su situación es semejante a la de un negocio condicional, y la ratificación tiene respecto de ese negocio del *falsus procurator* el mismo carácter accesorio que el acaecimiento de un hecho condicionante en el negocio condicional: de ambos, cada uno en su caso, depende la eficacia del negocio respectivo. La ratificación es, así, para Zimmermann, una condición, y más exactamente, una «*conditio iuris*», en cuanto exigencia legal para la producción de los efectos contractuales, y no por preverla o imponerla los contratantes (74), y ello independientemente de que tercero y *falsus procurator* conocieran, o no, la inexistencia o insuficiencia de poderes de este último, pues en todo caso la necesidad de la ratificación para la eficacia del negocio es una exigencia del ordenamiento jurídico.

Pero no escapa a la fina sensibilidad jurídica de Zimmermann el que ese negocio, del que dice ser completo y perfecto aún antes de la ratificación, no lo es plenamente, le falta algo que le obliga a llamarlo de alguna manera. Y así, distinguiendo, como distingue él, entre imperfección («*Unvollkommenheit*»: que reserva para los casos en que el negocio está incompleto en lo atinente a eficacia jurídica) e invalidez («*Ungültigkeit*», cuando la deficiencia es intrínseca y afecta al negocio propiamente dicho, según la idea que tiene de éste, y no a su eficacia), tiene que reconocer que ese negocio es algo «jurídicamente deficiente» (en el sentido de imperfecto, incompleto, a falta de algo), «*rechtliche mangelhaftes*» (75). En todo caso, queda claro para Zimmermann que el tipo de imperfección que aqueja al negocio del *falsus procurator* es bien distinta de aquellas que afectan a la propia esencia y existencia del negocio.

Cualquiera que sea la crítica que pueda merecer —y que luego recogeremos—, no cabe duda de que Zimmermann es quizá el primero en abordar seriamente y sobre bases nuevas (más que partiendo de ideas importadas o adoptadas de otras zonas o instituciones, como hicieron otros), el problema de la naturaleza y situación del negocio del *falsus procurator*. Pronto tuvo seguidores que aceptaron con más o menos

(74) Sin embargo, más adelante el propio ZIMMERMANN advierte que entre la condición propia o normal y la ratificación hay más parecido que identidad, pues si aquella es un simple acaecimiento objetivo, del que deriva mecánicamente el efecto, la ratificación es un acto voluntario del *dominus* dirigido a aceptar los efectos del negocio que pensando en él y para él ha preparado su falso representante; frente a la actuación mecánica de la condición, la ratificación tiene fuerza dinámica, dice ZIMMERMANN.

(75) Op. cit., p. 153-154.

fidelidad su línea e ideas, y muchas de éstas están hoy todavía presentes entre una buena parte de la doctrina moderna, particularmente la idea de que lo único que falta a aquel negocio es la eficacia, supeditada a la ratificación del *dominus*, como veremos.

Karlowa es el primero en el tiempo (con ocasión de un trabajo que no se ocupaba directamente de nuestro tema, sino de los efectos del negocio jurídico, publicado en 1877 (76) y próximo también en el pensamiento, aunque llegado por distinto camino, entre los que pueden adscribirse a esta tesis. Y también este autor, como Zimmerman, parte, para llegar a las conclusiones que aquí interesan, de su personal concepción del negocio jurídico. En la base de la construcción de Karlowa se halla la distinción, para él sustancial, entre la actividad negocial que constituye la «causa efficiens» de los efectos jurídicos (77), y los actos o situaciones que funcionan sólo como elementos condicionantes de aquellos efectos. En esa línea, distingue los actos constitutivos y los actos decisivos del negocio; los primeros son los elementos clásicos, los requisitos estructurales del negocio, y los segundos tienen la función de decidir si aquellos han llegado a dar existencia al negocio y puede ser eficaz (78). Aplica luego Karlowa tales ideas a la representación y al negocio representativo, y dice que los actos constitutivos de éste son obra del representante, y el representado a través del poder previo o de la ulterior ratificación sólo pone actos decisivos para la eficacia de aquel negocio. La ratificación del *dominus*, en relación con el negocio del *falsus procurator*, no es sino un «acto decisivo» del que depende la eficacia de aquel; la actividad negocial propiamente dicha corre a cargo del falso representante en su relación con el tercero, a la que sólo le falta eficacia.

He aquí, pues, lo que aproxima y lo que separa a Karlowa y Zimmermann: tienen en común el que lo único que falta al negocio del *falsus procurator* es la eficacia, y que la ratificación no es elemento constitutivo del mismo. Pero Karlowa no se atreve a decir que ese negocio se halle completo y perfecto antes de la ratificación, pues reconoce que su existencia jurídica y su plenitud dependen de la ratificación; y tampoco habla de «conditio iuris» aplicada a la ratificación respecto del negocio.

Esta teoría tuvo amplia repercusión, no obstante la dura crítica de Miteis, que luego veremos, y fue aceptada a fines del siglo pasado por Monroy, Regelsberger, Leonhard, y luego por Rennert y otros (79),

(76) KARLOWA, «Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung», Berlín, 1877.

(77) «Ist das Rechtsgeschäft nicht bloss die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die causa efficiens der Rechtswirkung», op. cit., p. 4.

(78) Op. cit., p. 6-7. Añade KARLOWA más adelante (p. 10-11) cómo la diferencia entre actos constitutivos y decisivos, que no aparece muy clara cuando estos últimos se verifican antes que los constitutivos (piénsese en el apoderamiento que precede al negocio representativo), aparece más evidente cuando los hechos constitutivos preceden a los decisivos (caso de la ratificación, que incluye entre éstos). De otro lado, y para este mismo autor, los actos decisivos pueden tener eficacia retroactiva, cosa que no ocurre con los constitutivos.

(79) MONROY, «Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte», Rostock, 1878, p. 44 y ss.; REGELSBERGER, «Pandekten», t. I (Leipzig, 1893), p. 598.

y parece haber influido en el legislador alemán y haber trascendido a los artículos 177 y ss. del B. G. B., que regulan esta materia, no sólo por lo que de tales preceptos se trasluce, sino por cuanto aparece en la Exposición de Motivos de dicho Código (80).

El siguiente hito importante en el desarrollo y afianzamiento de esta teoría es Oertmann; y curiosamente, también este autor llega a nuestro campo indirectamente, a través de una obra de índole más general relacionada con la teoría general del negocio jurídico: «Die Rechtsbedingung (conditio iuris)», Leipzig, 1924. Se ocupa Oertmann de aquellos casos en que en los negocios de formación sucesiva la plena eficacia de los mismo depende de una circunstancia ulterior; recorre la doctrina que ha estudiado ese tema, y concluye que no siempre ese hecho o circunstancia de que depende aquella eficacia es parte del estado de hecho («Tatbestand» o «Tatbestandsstücke») constitutivo del propio negocio.

A partir de aquí viene su aportación constructiva, distinguiendo los elementos constitutivos del negocio de los que llama presupuestos o requisitos de eficacia, que en realidad no pertenecen al estado de hecho negocial; la falta de estos últimos no hace incompleto el negocio, sino que sólo impide que produzca efectos. Los requisitos o presupuestos de eficacia, en los que centra luego su atención, son todos aquellos estados de hecho o de derecho que la ley requiere para la eficacia del negocio: tal, la capacidad jurídica en el contratante, que es un estado de derecho de la persona que exige la ley, y por tanto, un presupuesto o requisito de eficacia del negocio, y que no es, sin embargo, elemento constitutivo del mismo, con los que no se puede confundir. Otros requisitos de eficacia son el poder y la ratificación, pues tanto pueden preceder como ser posteriores al negocio en cuestión. Luego enlaza con todo eso su concepto de la «conditio iuris», como presupuesto de eficacia del negocio exigido por la ley (para distinguirlo de la condición pura o simple) inexistente en el momento de la conclusión del negocio, pero que puede sobrevenir después válidamente por previsión legal. «Conditio iuris» es, así, para Oertmann la ratificación (que no el poder), en cuanto requisito de eficacia, no elemento constitutivo, posterior a la celebración del contrato, a cuyo acaecimiento por exigencia legal queda subordinada la eficacia del negocio; y éste, el del *falsus procurator*, desde antes de la ratificación es completo para este autor en cuanto que tiene todos sus elementos constitutivos; completo pero ineficaz; y la ratificación incide sobre el «sí» de los efectos, pero no sobre el centro causal del negocio (81).

No cabe duda de que de todas las vistas en este grupo de teorías, es la de Oertmann la más elaborada y mejor construida. Tiene el defecto, entre otros (pero menos comprensible en su época y a aquella altura de

LEONHARD, «Der allgemeine Teil des BGB». Berlín, 1900, p. 326; RENNERT, «Die vollmachtlose Stellvertretung» (citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 11).

(80) «La ratificación es la condición legal para la eficacia del contrato» («Die Genehmigung ist die Gesetzbedingung für die Wirksamkeit des Vertrages»), en *Motive zu dem Entwurfe eines B G B für das Deutsches Reich*, Be lin-Leipzig, 1888, I, p. 241 (citado por F. ROMANO, «La ratifica...», cit., p. 53, nota 6).

(81) «Die Rechtsbedingung», p. 18.

la evolución doctrinal) de haber montado su construcción sobre la idea del «poder de representación» como «cualidad jurídica de una persona» (semejante a la capacidad jurídica de obrar, asimilados ambos para Oertmann incluso en que ninguno de ellos es elemento constitutivo del negocio), cuando era ya muy discutida esa idea y concepción del poder de representación tras la dura crítica de Schlossmann, la cual, aunque llegó demasiado lejos en algunos puntos, tuvo la virtud de someter a revisión no pocos temas tenidos antes por axiomáticos en esta materia (82). Pero los males, los defectos de esta teoría no se limitan a esa cuestión ni a Oertmann, sino que son más graves, y las críticas provienen de antes ya.

Mitteis fue su primero y más duro crítico. En materia de negocio representativo, como es ésta, parte Mitteis de su propia y conocida idea de la representación y de la participación que para él tiene el *dominus* en esa clase de negocios (posición contraria a la de Zimmermann, que sigue en este punto la llamada «teoría de la representación»). Observa que en el negocio del *falsus procurator* falta la voluntad o consentimiento del principal, cuya participación volitiva en el negocio representativo es fundamental para él. No puede ser, por tanto, completo y perfecto aquel negocio: falta la voluntad de una de las partes negociales; la ratificación, expresión de ese consentimiento, no puede ser un elemento accesorio de aquel negocio, equiparable a una condición: no es requisito de eficacia, sino requisito de existencia del negocio. El negocio condicional —añade— lleva incorporada ya la voluntad de las partes, y sólo su eficacia se halla condicionada, mas ello ya está previsto por la propia voluntad negocial, completa en cuanto a ese elemento. En el negocio del falso representante, insiste Mitteis, falta la voluntad de una de las partes, del principal: no puede ser negocio perfecto o completo (83).

Sin el tono polémico de Mitteis, sin criticarla directamente, Windscheid asestó con su autoridad un duro golpe a esta teoría. Antes de la ratificación, dice Windscheid, el negocio está pendiente, «su eficacia jurídica no le es negada, sino que está suspendida»; «ese negocio no es inválido: se encuentra en posición semejante a la del negocio jurídico condicionado; pero no se puede decir que sea un negocio condicionado: lo que le falta todavía no es una cosa externa, sino la voluntad de aquel respecto del que debe constituirse la relación jurídica» (84). Para Windscheid ese negocio antes de la ratificación se halla en una situación especial: no es inválido, pero su defecto afecta a la estructura esencial del negocio; no es perfecto, o completo, porque le falta algo que no es externo, sino intrínsecamente constitutivo, la voluntad,

(82) SCHLOSSMANN, «Die Lehre von der Stellvertretung», t. I (Leipzig, 1900), p. 235-238; obra ésta no siempre asequible, puede verse la crítica de este autor a la concepción del poder como «cualidad jurídica de la persona», y una crítica de los excesos de SCHLOSSMANN, en GRAZIANI, op. loc. cit., p. 14 y ss., y SAGGESE, op. cit., p. 239-240; a su vez, una crítica de éste en cuanto crítico de OERTMANN, en F. ROMANO, op. cit., p. 71, nota 50.

(83) «Die Lehre von der Stellvertretung», Viena, 1885, p. 206 y ss.

(84) WINDSCHEID, «Pandette», trad. y notas de FADDA y BENSA, § 74 (Declaración de voluntad por medio de otro), t. I, p. 230-231, texto y nota 4.

y sin embargo tal defecto sólo acarrea ineficacia, pero no invalidez (85); se parece al negocio condicional, pero no lo es. Ello ha permitido que la autoridad de Windscheid haya podido ser invocada por más de un autor de los situados en la línea ahora criticada (86), en apoyo de sus tesis, justamente con cita de las mismas palabras que ahora traigo a colación «in sede critica», de las cuales y a nuestros efectos me permito subrayar nuevamente aquellas en que se refiere a que lo que falta a ese negocio no es cosa externa al mismo, sino la voluntad de aquel para quien se constituye o va a ser titular de la relación jurídica buscada. Por lo demás, Windscheid suele ser alineado entre los autores que consideran nuestro negocio como en estado de pendencia, situación que el gran pandecista no aclara mucho y de la que sólo dice que es parecida, pero no igual a la del negocio condicionado (87).

Creemos, a modo de conclusión, que tampoco esta teoría puede resistir una crítica a fondo, con una óptica más actual que la de los autores que acabo de citar, y desde la perspectiva de la moderna doctrina del negocio jurídico (88). Y entiendo que el principal fallo de la tesis ahora comentada no está tanto en hablar de negocio condicionado, de eficacia sometida a condición, o de «*conditio iuris*» referida a la ratificación, cuanto en considerar perfecto y completo como negocio el del falso representante. Desde luego, creo que la ratificación no es, no puede ser, condición propia ni impropia («*conditio iuris*»): ésta incide sobre negocio acabado estructuralmente, es algo externo al mismo, como hemos visto aludido por otros con reiteración; afecta sólo a la eficacia, no al consentimiento. El negocio condicionado es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición; lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes, de aquella que va a sufrir o recibir sus efectos; es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado, como veremos luego con más detenimiento.

---

(85) No se olvide que para WINDSCHEID la ineficacia, que él distingue claramente de la invalidez, es una especie de paralización de la potencia del negocio; y cita como ejemplo de ineficacia precisamente el caso del negocio del *falsus procurator* antes de la ratificación.

(86) Por ejemplo, el propio ZIMMERMANN, op. cit., p. 153.

(87) No dista mucho de esa posición la de MITTEIS, que también habla de efectos jurídicos pendientes para el *dominus* y de relación jurídica ya fundada, pero aún pendiente y que se perfecciona con la ratificación (op. cit., p. 220 y ss.).

(88) Sin compartir esta teoría, que él mismo critica, atribuye ROMANO (op. cit., p. 68 y ss.) sus principales defectos a razones metodológicas y de encuadramiento del problema, amén del marco de evolución doctrinal y del momento en que surge aquella teoría, en la que ve también algo de verdad y el haber acertado en algún punto, al resaltar la incidencia de la ratificación en la eficacia del negocio. «Bien mirando, cuando se ve en la ratificación una *conditio iuris*, presupuesto para la eficacia del negocio del no representante, se intuye exactamente algo de verdad, aunque se llegue a ello empleando medios que parecen no adecuados desde un punto de vista técnico, e indudablemente afectos de generalización en su descripción estructural... Inadecuado el medio técnico, particularmente si se le coloca en un movimiento de discusiones doctrinales sobre su exacto alcance y configuración, es exacta la conclusión incluso si ha de precisarse un significado unívoco del término "eficacia"» (p. 72-73).

No tiene, por tanto, ni siquiera validez provisional como el anulable. Es ineficaz, sí, todavía ineficaz, pero eso no quiere decir que esa situación de «aun no eficaz» deba explicarse según otros mecanismos de ineficacia o de aplazamiento del efecto negocial típico: quiero decir que no tiene que ser precisamente un negocio sometido a condición, aunque guarde con él algún parecido —más externo que esencial o intrínseco, por otro lado—.

El punto más débil —debo insistir— está en considerar a nuestro negocio completo y perfecto. Cierto es que quienes tal dicen lo hacen después de haber tomado partido en la cuestión más fundamental en esta materia, como es la de la naturaleza y mecanismo funcional de la representación, y el papel que en ella juega la voluntad del representado, optando por la «teoría de la representación» (caso de Zimmermann, por ejemp.), para la que la única voluntad contractual y determinante en el negocio representativo es la del representante, única parte contractual en ese negocio. Cierto también que para terciar en esta vieja polémica hay que definirse claramente y fundamentar sólidamente la posición que se adopte. En su momento me definiré y justificaré. Baste ahora dejar constancia de que no acepto, no me convence, la llamada «teoría de la representación», ni comparto las ideas de Zimmermann y demás al respecto.

Pero sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, hay algo que por ahora parece claro. El negocio no es sino un medio técnico que el ordenamiento jurídico pone a disposición del individuo para regular sus relaciones jurídicas en ese campo llamado de la autonomía de la voluntad, para que los interesados aborden y resuelvan la producción y alcance de los efectos jurídicos por ellos buscados. Protagonistas principales, partes negociales, son los titulares de los intereses afectados por los efectos de aquel medio técnico (89). Sin autorización del titular nadie puede penetrar en su esfera jurídica: es fundamental la voluntad del titular, el consentimiento de la parte negocial. En el negocio del *falsus procurator*, antes de la ratificación, el *dominus*, el titular de los intereses afectados, no ha dado su consentimiento; a ese negocio (o lo que sea) le falta consentimiento, voluntad negocial, que es precisamente lo que lleva el *dominus* con su ratificación. Antes de ésta no podía ser negocio completo, no puede ser perfecto cuando le falta justamente algo esencial, quizá (dejémoslo por ahora en «quizá») lo más esencial del negocio para ser perfecto (y no se olvide que perfecto deriva de «perficere», acabar; perfecto será lo acabado, terminado). Nuestro negocio antes de la ratificación será lo que se quiera, menos perfecto. Su ineficacia le viene precisamente de ser imperfecto, inacabado (90).

(89) Sobre el concepto de parte negocial, vide BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», cit., trad. esp., p. 68, quien concluye su idea de parte con estas palabras, bastante significativas a nuestros efectos: «Por ello, en la hipótesis de representación, podrá en este sentido considerarse como parte al representado».

(90) Véase la crítica de SAGGESE, op. cit., p. 236-237, para quien el negocio del *falsus procurator* es imperfecto por entender que es imperfecta e incompleta la manifestación de voluntad de una de las partes antes de la ratificación; y PACCHIONI, op. cit., p. 407-408, que estima que no puede decirse que el negocio antes de la

No obstante las críticas de que ha sido objeto —críticas que no son de ahora precisamente, como hemos visto—, ha ejercido desde siempre gran influencia la teoría de referencia, aunque últimamente con ciertas limitaciones y matices, destacando como constante más valiosa heredad de esa construcción la de considerar nuestro contrato como ineficaz hasta la ratificación, que ya no siempre es calificada de condición o «*conditio iuris*».

Obsérvase que es entre los autores germánicos donde persiste con más fidelidad esa tesis, limadas ya algunas aristas (por ejemplo, la de que el negocio sea perfecto o completo); pienso que no debe ser ajeno a ello el B. G. B., que tomó partido por esta teoría ya desde su Exposición de Motivos. Pueden citarse dentro de esta línea doctrinal Von Thur (91), Enneccerus-Nipperdey (92) y Lehmann (93).

En Italia, salvo casos excepcionales en la doctrina reciente —entre los que sólo conozco C. Varelli y G. de Semo que sigan la línea de Zimmermann y Oertmann en casi toda su pureza (94)—, la mayoría

---

ratificación esté integralmente concluso para el *dominus*, pues el gestor no quiere obligarse a sí mismo al contenido del negocio, y tampoco puede obligar al *dominus* hasta que obtenga o siga en algún modo su autorización. Sin embargo, la crítica más completa y coherente es la de PUGLIATTI, «Abuso di rappresentanza...», cit., loc. cit., p. 27 y ss.: «el defecto estructural (del negocio del *falsus procurator*) se encuentra en uno de los elementos constitutivos del negocio, en la voluntad de uno de los contrayentes. No se puede decir sin embargo que ese elemento falte totalmente: en ese caso el negocio sería sin duda inexistente. Sólo falta uno de los elementos constitutivos del acto volitivo que debería provenir del representante... El defecto estructural citado constituye un obstáculo lógico insuperable contra la tesis según la cual el negocio llevado a cabo por el representante sin poder sería perfecto y definitivamente completado, y la ratificación influiría sólo sobre su eficacia... Se debe por ello concluir que, desde el punto de vista estructural, el negocio es incompleto... El negocio, pues, existe, pero es defectuoso; y es todavía perfeccionable mediante la ratificación; el defecto no es de tal naturaleza como para conducir a la inexistencia jurídica del acto», «...en el negocio condicionado se puede decir completo (concluido) lo que habíamos denominado ciclo formativo en sentido estricto, puesto que la voluntad de las partes no entra ya en función y la existencia del negocio depende de un evento externo, mientras que la ratificación del negocio ejecutado por el representante sin poder es siempre elemento que forma parte de la estructura del propio negocio» (p. 30).

(91) Para VON THUR, «entretanto que la ratific. se decida, el contrato así celebrado atraviesa por un período de incertidumbre, semejante al de los contratos celebrados por quien no tiene plena capacidad de obrar sin la autorización de su representante («Tratado de las obligaciones», t. I, p. 259, trad. esp., Madrid, 1934). Pero en otro lugar (t. I., p. 107-108), al estudiar el negocio condicional y las *conditiones iuris*, incluye entre éstas a la ratificación del negocio en nombre ajeno.

(92) ENNECCERUS-NIPPERDEY abordan este problema al estudiar el asentimiento a que se refiere el art. 182 del BGB, que si es posterior al contrato del *falsus procurator* es la ratificación; y dicen que «el asentimiento no es una parte del negocio jurídico, sino un requisito de su eficacia (*conditio iuris*)» («Tratado de Derecho Civil», trad. esp. de PÉREZ Y ALGUER, t. I-2.º, p. 397). En el mismo sentido, en la ed. de 1960 del «Allgemeiner Teil des BGB», t. I-2.º, p. 1238.

(93) LEHMANN, «Allgemeiner Teil des BGB», Berlín, 1960, p. 310 (citado por ROMANO, op. cit., p. 53).

(94) Para Carlo VARELLI «la ratificación es un elemento que confiere la eficacia a un negocio ya perfecto en sus elementos constitutivos y permanece extraño al propio negocio, y viene a funcionar como una *conditio iuris* («Inefficacia del contratto concluso del *falsus procurator*», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1952, III, p. 736 y ss. (740). Giorgio DE SEMO, tras rechazar otras posiciones, dice que «el negocio

de los autores aceptan matizada y evolucionadamente sólo las principales ideas de la mencionada teoría, y en alguna ocasión partiendo de bases bien distintas. El denominador común de todos ellos, también aquí, es el de la ineficacia del contrato, sin que ya se atreva apenas nadie a considerarlo perfecto y completo, como otrora.

Auricchio, entre los autores últimamente aludidos, tras centrar su atención en la posibilidad para el tercero de revocar unilateralmente el contrato antes de la ratificación, derecho que él le niega, habla de la existencia jurídica de un vínculo contractual ya desde entonces como presupuesto indeclinable (en cuyo mismo sentido apunta el argumento de la naturaleza contractual del ilícito previsto en el artículo 1.398 Código civil ital., por daños al tercero, que confió sin culpa suya en los poderes del otro y en la validez plena del contrato), y termina pronunciándose por considerar el negocio concluido por el *falsus procurator* como ineficaz en sentido estricto, es decir, sin que afecte a su validez ni comporte nulidad (95).

Messineo ha estudiado detenidamente esta cuestión no sólo en obras de índole general sino en un trabajo dedicado especialmente a nuestro tema (96). Recorre la bibliografía y posiciones más conocidas, critica con particular energía las tesis de la nulidad de este contrato y la de Graziani, y sienta su propia opinión estableciendo que el contrato estipulado por el *falsus procurator* es válido «porque la declaración de voluntad de este último es en sí íntegra (esto es, inmune de vicios), el consentimiento se ha formado y concurren una causa y los otros requisitos (objeto, forma) del artículo 1.325. Lo que pasa es que el contrato no es pertinente (pertenciente) al representado... Pero no hay nada más que eso... La ratificación no añade, en el contrato, nada que fuese indispensable para su perfección» —con lo cual parece deducirse, si no entiendo mal, que para Messineo ese contrato sería perfecto, completo, al modo como lo entendían Zimmermann y compañía, lo que me parece un poco fuerte a estas alturas—. «En espera de la ratificación —continúa Messineo más adelante—, la situación es de suspensión de eficacia, que es provisional, pues la eficacia es siempre posible, precisamente mediante la ratificación, que se presenta

---

creado por el seudorrepresentante parece, por el contrario, perfecto en todos sus elementos formativos, faltando sólo la legitimación del *falsus procurator*; pero hasta que intervenga la ratificación el negocio está pendiente, puesto que frente al *dominus* no despliega efecto». Adscribe luego tal negocio en «la categoría de los negocios jurídicos inválidos, ineficaces (en sentido estricto) hasta que no se cumpliera una *conditio iuris*, aquí, exactamente, la ratificación del *dominus*», insistiendo más adelante en que ese contrato es «solamente ineficaz frente al *dominus* hasta que no se cumpla la *conditio iuris* de la ratificación» (G. DE SEMO, «La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica», trad. esp. de RODRÍGUEZ DEL BARCO, Madrid, 1961, p. 165-166).

(95) A. AURICCHIO, «L'art. 1.399 Codice civile e il recesso del terzo», *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II (enero-febrero), p. 37 y ss. (42).

(96) MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente (*falsus procurator*)», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1956, p. 394-418. Las obras de índole general aludidas son su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, t. I, p. 318 (Milán, 1946); su «Dottrina generale del contratto» (Milán, 1948), p. 157 y 160; y en «Il contratto in genere», vol. I, p. 248 y 251 (Milán, 1973, t. XXI del *Trattato Diritto Civ. e Comm.*, dirigido por él y CICU).

como una especie de virtual razón de eficacia» (97). Estas última palabras nos recuerdan las de otros, bien conocidos, que hablaban de la ratificación como requisito de eficacia, lo que aproxima demasiado a este brillante civilista que es Messineo a la teoría que hemos criticado.

Ruggiero, menos reciente que los otros citados, decía que «el negocio concluido por el gestor o mandatario fuera de los límites de su poder de representación se halla en un estado de pendencia hasta que haya intervenido la ratificación, no pudiendo producir sus efectos ni para el interesado, que no ha tomado parte, ni para el gestor...» (98): contrato, pues, ineficaz, en estado de pendencia, y lo que pende es precisamente su eficacia, de la ratificación. Más modernamente, para Cariota-Ferrara «este negocio es por regla general irrelevante respecto del *dominus* (res inter alios acta...); sin embargo, inter partes no es ni nulo ni anulable; es ineficaz: «pendet»; le falta un requisito legal de eficacia...» (99). Y posición muy similar es la de Santoro-Passarelli, para quien «el negocio que se ha concluido en nombre de otro sin poder de representación no es ni nulo ni anulable... es un negocio ineficaz o, con más precisión, un negocio con eficacia suspendida porque, en todo caso, se atribuye al interesado un derecho de ratificación» (100) (101).

La doctrina francesa, en general, ha adoptado una curiosa posición. en esta materia. Destaca, en primer lugar, el que salvo algún caso muy excepcional y antiguo (Labbé, Murgeaud-Larion, ya conocidos para nosotros), no suele plantearse nuestro problema con la óptica con que lo contemplamos aquí y lo ha estudiado la doctrina alemana e italiana. Sin embargo, el problema está ahí, y en el orden práctico (en cuanto realidad vivencial, y luego, jurídica) no puede ser menos problema. y tema necesitado de estudio y solución jurídica en Francia que en otros países. El «Code» no tiene, empero, un precepto semejante a nuestro artículo 1.259. Por ello, probablemente, las cuestiones relacio-

(97) «La sorte del contratto...», cit., loc. cit., p. 397-398, donde añade luego: «en el fondo, el defecto del poder de representación no puede en modo alguno comportar invalidez, pues opera sobre los efectos y no ya sobre el proceso de formación del contrato». En «Il contratto in genere», citado, dice más escuetamente que «el negocio... no es nulo; solamente está suspendida su eficacia» (t. I, p. 248); y más adelante (p. 251) dice que es «ineficaz, salvo su suerte futura».

(98) RUGGIERO, «Instituciones de Derecho Civil» (trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, s/f.), t. I, p. 277.

(99) «Il negozio giuridico nel diritto privato italiano», Nápoles, 1949, p. 663.

(100) «Doctrinas generales del Derecho Civil», trad. esp. de A. LUNA SERRANO, Madrid, 1964, p. 360.

(101) Obsérvese que ya no se habla de negocio perfecto o completo, aunque se niega que sea nulo o anulable; destacan casi todos la ineficacia actual del negocio; la eficacia está suspendida, o pendiente, y en todo caso depende de una ulterior ratificación, que ahora prefiérese no entrar a calificar si es mero «requisito de eficacia», u. otra cosa. En el mismo sentido, con muy pocas variantes, a veces sólo de palabras, STOLFI, «Negozio giuridico», Padua, 1947, p. 265; BARASSI, «Teoria generale delle obbligazioni», t. II, p. 186 (Milán, 1948); BARBERO, «Sistema istituzionale di diritto privato», t. I, p. 349 (Turín, 1948); y VENDITTI («Sulla ratifica degli atti conclusi dal falsus procurator», en *Arch. Ric. Giur.*, 1950, 1177), y FORTUNATO («Sulla pretesa invalidità del negozio soggetto a ratifica», en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 512), citados estos dos últimos por AURICCHIO, op. loc. cit., p. 39, nota 11.

nadas con el contrato del *falsus procurator* son llevadas al terreno del mandato, concretamente al de la situación del mandatario que sobrepasa los límites del poder conferido, y al de la «negotiorum gestio», donde se aborda también el tema de la ratificación, mas todo ello desde un punto de vista práctico y sin preocuparse excesivamente —quizá fuera mejor decir: despreocupándose por completo— de la naturaleza y situación de lo llevado a cabo por el mandatario que se excedió o por el gestor (102).

Sentado lo anterior, y referido al mandatario que sobrepasa los límites de su poder, nuestro problema suele ser resuelto en un sentido que si se parece a alguna de las teorías que estudiamos aquí, es, o podría asimilarse a la de la doctrina italiana últimamente vista. Así, para Aubry-Rau, «les actes juridiques faits au nom du mandataire, mais en dehors des limites du mandat, doivent, à moins de ratification, exprès ou tacite, de la parte de ce dernier, être considérés comme non avenus à son égard»; y añade luego, en nota a pie de página, que el mandante no tiene necesidad de atacar tales actos por vía de nulidad: son, dice, respecto del mandante, «res inter alios acta»; sin perjuicio de que el mismo mandante pueda quedar obligado —añade—, según los principios de la «negotiorum gestio», por los actos del mandatario fuera de los límites del mandato (103). En el mismo sentido, Planiol-Ripert-Esmein: «...les actes ainsi accomplis demeurent en principe étrangers au représentant: ils sont de plein droit non avenus, res inter alios acta, vis-à-vis de lui» (104).

Sin pretensiones doctrinales, sin dogmatismos, estos autores franceses vienen a decir poco más o menos que los Ruggiero, Cariota-Ferrara y Santoro-Passarelli: que el contrato es irrelevante para el *dominus*, «res inter alios acta», como si no hubiera ocurrido, a menos que sea ratificado; no produce efectos, es ineficaz; y la eficacia le vendrá con la ratificación, que lo convertirá en negocio normal, completo. Con la novedad, que no lo es quizá del todo, de esa reconducción a la «nego-

(102) Sin embargo, ha estudiado la doctrina francesa dos temas que han alcanzado fuera menor importancia o atraído menor atención: la «promesse de portefort», que es la promesa de quien asegura a la contraparte que un tercero del que no es apoderado ratificará el contrato o acto jurídico hecho por cuenta de este último: difiere, pues, del contrato del *falsus procurator* en que en aquel caso el «portefort» asume una obligación propia, de hacer: el lograr que el *dominus* ratifique el contrato, y si no lo consigue, incumple con su obligación, con las consecuencias pertinentes de un incumplimiento contractual; y el «mandato aparente», situación creada por el mandatario que se excede o que continúa actuando como tal después de extinguido el mandato, que en sus relaciones con el tercero de buena fe se ha presentado como mandatario normal: el mandante, según una reiterada jurisprudencia bien elaborada y concebida, preocupada por la seguridad del tráfico jurídico-económico, aplica a aquella situación las normas del mandato incluso hasta quedar obligado el mandante como si estuviera vigente y funcionara normalmente el mandato, habiéndose justificado ello a través de la doctrina de la apariencia jurídica o de la responsabilidad *in eligendo* o *in omitendo* del mandante. Sobre ambas cuestiones puede verse ampliamente en cualquier autor francés y obra general.

(103) AUBRY-RAU-BARTIN, «Cours de Droit Civil français», 5.<sup>a</sup> ed., t. VI (París, 1920), § 415, p. 182-183, texto y notas 5 y 6.

(104) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, «Traité pratique de Droit Civil français», t. VI (París, 1952), p. 69, texto y nota 3.

tiorum gestio» de la cita de Aubry-Rau que hemos visto, a la que no estábamos acostumbrados, más por la diferencia de ordenamientos positivos a que se refieren unos y otros, y por la conocida dificultad de deslindar la gestión de negocios ajenos y el contrato del *falsus procurator*, que por cuestiones de principio o divergencias doctrinales.

En cuanto a la doctrina española, suele situarse en línea análoga a la de la doctrina francesa e italiana últimamente citadas, y con alguna discrepancia que veremos en su lugar (105). Para la mayor parte de nuestros civilistas, el contrato del *falsus procurator* (tanto en el caso de carencia de poder, como el de extralimitación, que suelen ir equiparados) se caracteriza por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Así, De Diego (106) y Espín Cánovas (107), Roca Sastre (108) y Albaladejo (109), o Gullón Balleste-

(105) También aquí hay una constante: la de que la opinión que se adopta suele quedar injustificada, o muy pobremente razonada (en cuanto problema menos simple que lo que pudiera deducirse de tal posición); no es menos cierto —en descargo de ello— que sólo en obras de carácter general suele abordarse.

(106) Contempla DE DIEGO especialmente la situación de los terceros que conocían los límites del mandato, y sin embargo trataron con el representante aun sabiendo que no estaba facultado para aquel acto: «entonces no tienen derecho ni aún a reclamar contra dicho representante; obraron a sabiendas, y a ellos debe imputarse solamente, si no sacan del acto el provecho que esperaban: el acto será ineficaz, y nada pueden reclamar...». «Aun en estos casos, el representado puede aceptar las consecuencias del acto jurídico por medio de la ratificación...» («Curso elemental de Derecho civil español», t. II, p. 727, Madrid, 1923). Leído con detenimiento este autor, parece que nada obsta a extender su posición de «ineficacia» a todo caso de negocio del *falsus procurator*, conozca o no el tercero la falta o insuficiencia del poder.

(107) ESPÍN, *Manual*, t. I (Madrid, 1968), p. 397: «Si una persona actúa en nombre de otra, sin un poder de representación o excediéndose de los límites de éste, el negocio concluido no produce sus efectos inmediatamente para el representado, pero si éste aprueba a posteriori lo hecho por aquél, el negocio se considera como si se hubiera celebrado con representación». Habla ESPÍN de que «no produce sus efectos inmediatamente»; le falta eficacia actual, hasta la ratificación, viene a decir.

(108) En su *Derecho Hipotecario*, t. IV-1.º, p. 255 y ss. (6.º ed., Barcelona, 1968), ROCA SASTRE estudia el caso de la constitución de hipoteca en que el que la otorgue a nombre del dueño de la finca, carezca en absoluto de poder o éste sea insuficiente para ello: «... entonces sería de aplicación la doctrina relativa a los efectos de los actos ineficaces inscritos, sin perjuicio de los efectos sanatorios de la ratificación...» (p. 255). Más adelante, en nota a pie de página (p. 256), dice que «se discute si mientras (la ratificación) no se produzca, el negocio concluido está sujeto a condición, o se halla en suspenso o simplemente le falta una *conditio iuris*»; no se pronuncia, sin embargo, en ese debate. En cambio, en su trabajo «La gestión de negocios ajenos sin mandato», en sus *Estudios de Derecho privado*, en colaboración con PUIG BRUTAU, t. I, p. 449 y ss., estudia y refuta varias teorías ajenas, añade que «el contrato concluido por el gestor a nombre del *dominus*, es un contrato que antes de la ratificación está puesto, ministerio legis, a disposición de dicho *dominus*, por si éste quiere, *ex post facto*, admitirlo como propio» (p. 472); y parece terminar aceptando y haciendo suya la doctrina de la sentencia T. S. de 7 julio 1944 sobre el carácter especial de este negocio, en estado de suspensión, subordinada a una *conditio iuris* (la ratificación), de modo que si ésta se da se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio. Volveremos más adelante sobre esta doctrina.

(109) Para ALBALADEJO (*La representación*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1958,

ros (110), Díez Picazo-Gullón (111) y Lacruz Berdejo (112) entre los más modernos. Unas veces explícita (Albaladejo), otras implícitamente, en todos ellos flota la idea de que ese negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual y propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condicionada al advenimiento de la ratificación, que convertirá en normal aquel negocio. No hay, por ahora, como vemos, ideas nuevas respecto de las que nos eran conocidas de la dirección doctrinal foránea que vengo comentando.

No me convence la doctrina expresada, nacional y extranjera. Cabría objetarle, en primer lugar, cuanto dije en relación con la calificación de «negocio perfecto, o completo» (aunque no lo apelliden ya así los autores italianos, franceses y españoles mencionados), en cuanto no está muy alejada de ello cuando sigue llamándolo «negocio válido», más o menos abiertamente: no profundo, sin embargo, tales términos. Pero no me satisface, sobre todo, porque me parece deficiente e insuficiente el caracterizar el contrato de *falsus procurator* por su nota de ineficacia, sin más.

Cierto es, efectivamente, que ese negocio no produce sus efectos típicos, no despliega sus naturales consecuencias jurídicas. Que no produce tales efectos (para el *dominus*, para el tercero ni para el falso representante) antes de la ratificación, es cosa que todos reconocen:

p. 793) «si bien no es un contrato nulo ni anulable, sino válido, es sin embargo, ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido, porque falta el poder, e ineficaz para aquel que lo concluye, porque no lo concluye en su nombre; así, pues, su eficacia se halla suspendida, pendiente de la ratificación; solución ésta prácticamente la más conveniente, porque con ella se deja al interesado la posibilidad de que, si lo estima conveniente, le haga producir efectos, ratificándolo; evitándole también, la necesidad de impugnarlo, si no desea aquellos». En el mismo sentido y con las mismas palabras, en *El negocio jurídico* (Barcelona, 1958, pp. 378-379) y en *Derecho Civil*, t. I (Barcelona, 1970), pp. 628-629.

(110) GULLÓN BALLESTEROS, *El negocio jurídico* (Madrid, 1969), p. 226: «¿En qué situación se halla el negocio sobre el cual ha de recaer la ratificación mientras ésta no se produce? El art. 1.259 lo considera nulo. En realidad, ha de considerarse ineficaz, inoponible, frente al *dominus*: no tiene ninguna necesidad de ejercitar de nulidad».

(111) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en sus *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I (Madrid, 1973), p. 295, dicen: «El negocio concluido por el representante sin poder, no vincula al principal. Se discute doctrinalmente cuál es la calificación jurídica que merece. Según el art. 1.259 es «nulo», aunque poco después el propio Código admite que el tercero pueda «revocarlo», lo que no se compagina bien con la condena de nulidad. Se ha señalado también que se trata de un contrato anulable, pero en la anulabilidad el negocio sólo deviene ineficaz cuando se ejercita contra él un poder de impugnación. Por ello se ha dicho que las categorías teóricas que expresan mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder son las de irrelevancia o ineficacia relativa, que designan un acto que no produce ninguna clase de efectos en la esfera jurídica de una persona o que no afecta en absoluto a su situación jurídica».

(112) Para LACRUZ BERDEJO, «no se trata en realidad de un contrato anulable, pues de ser así produciría efectos mientras no fuera anulado, ni tampoco de un negocio inexistente (efectivamente, se ha celebrado), o de un negocio nulo (ya que concurren en él los requisitos esenciales), sino, precisamente, de un negocio ineficaz en orden a la producción de sus efectos típicos, pero que puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se contrató» (*Elementos de Derecho Civil*, t. I, p. 283; Barcelona, 1974).

es en lo único en lo que están de acuerdo todos los autores, todas las teorías. Pero ello es decir muy poco, pues «ineficacia» es término muy general y amplio (género, con muchas especies, si la comparación en términos de lógica no aparece inapropiada), e ineficaces son el negocio nulo, el anulable (ya anulado), el rescindible (una vez rescindido)... Hablar de ineficacia solamente es fijarse en lo exterior, en las consecuencias, desconociendo todavía las razones de ello y el mecanismo jurídico de ese estado, que de esa manera sólo queda caracterizado por lo negativo, por lo que no es (no eficaz, no productor de efectos), y no por lo positivo, por lo que realmente es (113).

¿Por qué es ineficaz nuestro negocio? ¿por qué no le afecta al *dominus*? ¿Es nulo (y por ello no produce efectos)?; ¿es inexistente (y por ello puede ignorarlo el *dominus*)?; ¿está todavía en fase de elaboración, imperfecto por no terminado (y por eso no produce todavía sus efectos típicos)? Caben varias más preguntas en esa misma dirección. De algunas ya hemos visto cuán errónea parece su explicación: así, las teorías que justifican aquella ineficacia por vía de nulidad, inexistencia, anulabilidad... De la viabilidad de otras teorías y explicaciones, luego veremos. Por lo demás, y volviendo a la criticada teoría de la ineficacia, sigue dejando incontestada nuestra pregunta principal: ¿cual sea la causa, el mecanismo jurídico, la razón de ser de esa situación, de aquella no producción de efectos de algo que parece, en principio, un verdadero negocio, a contribución del cual han puesto un consentimiento no viciado dos personas, tiene un objeto y una causa reconocidos y válidos para el Derecho, se le ha dado una forma idónea... Y sin embargo, es ineficaz... Si objeto fundamental de la ciencia, según entiendo, es precisamente eso: conocer las causas profundas de los fenómenos, aunque sean jurídicos, al menos cuando éstos puedan tener una explicación racional dentro de un contexto general, en un sistema formal determinado..., creo que es bien poca contribución a nuestra Ciencia jurídica la de aquella teoría que deja irresuelto nuestro principal problema.

---

(113) Ineficaz, decíamos, es el negocio nulo, y el anulable... Pero de éstos sabemos que no producen efectos porque hay un vicio de consentimiento, o inexistencia o ilicitud de la causa, o defecto de capacidad...; e ineficaz también (ineficacia actual) es el negocio sometido a condición todavía incumplida, o a término; y lo es el del *falsus procurator* también. Sin embargo, su situación e ineficacia respectivas, la causa de ésta, es completamente distinta en cada uno de esos casos. De los primeros es explicable, y explicada racionalmente. Pero del negocio del representante sin poder nada dice a ese respecto la teoría que sólo lo caracteriza por su ineficacia. Algunos intentan concretar un poco más hablando de «ineficacia relativa», «inopinabilidad», *res inter alios acta* respecto del *dominus*. Insuficiente todavía, creo yo. Se están refiriendo sólo al aspecto funcional, a la «ajenidad» de ese negocio respecto de cierta persona: de acuerdo, cierto también, pero sigue sin encontrarse lo más importante: la causa de aquella ineficacia, que se halla en lo estructural (que o pasa desapercibido, o es confundido con lo funcional).

Grupo C) Teoría llamada «de la oferta»

Tengo dicho antes de ahora cuán íntimamente relacionada se halla nuestra materia y preocupaciones con la problemática toda de la teoría general del negocio jurídico, y cuánto ha influido la evolución de ésta, sus conquistas y vaivenes, en la elaboración sucesiva y evolucionada también de la doctrina sobre la naturaleza del negocio del *falsus procurator*. Estamos precisamente ahora ante una nuestra evidente y muy luminosa de ello.

La doctrina de la representación, anclada todavía en la teoría general del negocio jurídico, tiene planteado desde el primer momento de su discurrir científico un gran problema: el de la participación que tenga y papel que juegue el representado, o su voluntad, en el negocio representativo y en la mecánica funcional de ese negocio. Dos soluciones fundamentales (dentro de una visión simplista y simplificadora buscada ahora de propósito) se han presentado: la que entiende que el *dominus* es protagonista eminente del negocio representativo (Savigny: el representante es un «nuncius» del *dominus*, mero portador de su voluntad; Mitteis: representante y representado cooperan conjuntamente, cada uno con su voluntad, a la producción del negocio representativo); y la que estima que sólo la voluntad del representante es verdadera voluntad negocial y alma del negocio representativo (además de la del tercero, en los negocios bilaterales, obviamente), quedando atrás la del representado, cuya participación terminó en el apoderamiento, que queda desconectado ya del negocio representativo propiamente dicho.

Pues bien: esas dos direcciones tienen una clara expresión y paralelo en nuestro campo. Y así, las teorías vistas en el grupo anterior, para las que el negocio está completo y perfecto antes de que el representado o *dominus* dé su asentimiento, manifieste su voluntad negocial con la ratificación (ratificación o voluntad que no son elemento estructural del negocio, sino elemento exterior que sólo condiciona su eficacia: recuérdese todo lo dicho), reflejan en nuestro terreno la concepción que de la representación tiene la denominada «teoría de la representación» —segunda de las apuntadas antes—, de la que es importante defensor Zimmermann, como veíamos. Muestra clara de la otra concepción de la representación —para la que la voluntad del representado es importante, decisiva e imprescindible en el negocio representativo—, son aquellas doctrinas que estiman que la ratificación del *dominus* es elemento esencial (estructural, como dicen otros), del negocio del *falsus procurator*, y este negocio no llega a ser tal propiamente hasta que se incorpora al mismo la voluntad del *dominus*, verdadera voluntad negocial, no elemento externo.

En esta última línea se encuentran dos teorías, relativamente próximas entre sí gracias al hilo conductor de aquella concepción de la representación, punto de partida previo: la teoría llamada de la «oferta», que ahora vamos a estudiar, y la teoría que ve en la actuación del *falsus procurator* un negocio inacabado, un negocio de formación suce-

siva al que antes de la ratificación falta todavía un valioso elemento o una parte del «*iter*» negocial iniciado e inconcluso todavía (114). El haber colocado en este lugar de mi personal clasificación de todas las teorías a la de la oferta —frente a lo que es habitual, casi siempre precediendo a las otras, por considerarla demasiado simplista y errónea, fácil para ser rechazada inmediatamente—, se debe precisamente a la proximidad entre las dos que acabo de esbozar, y desarrollaré seguidamente, una detrás de otra.

Al hablar de la teoría de la oferta suele invocarse en primer lugar a Wächter (115) como su creador o primer formulador. Para este autor, el problema se reconduce al tema de la conclusión del negocio entre ausentes: en realidad, dice, el tercero al tratar con el representante sin poder no hace otra cosa que transmitir por medio de éste una oferta contractual al *dominus*, cuya ratificación de lo hecho por el *falsus procurator* no será sino la aceptación de aquella oferta. Mientras llega la aceptación (ratificación) ningún vínculo jurídico hay entre las partes, como no la hay en la fase de oferta y aceptación del contrato normal, porque hasta que llega el concurso de voluntades oferta-aceptación no hay propiamente contrato. Consecuencia de todo ello —consecuencia muy importante, por donde le han venido las más duras críticas a esta teoría— es que, en defecto de contrato y de vinculación, tanto el tercero como el falso representante pueden revocar, dejar sin efecto su acuerdo, en tanto el *dominus* no haya «aceptado» la «oferta del tercero».

Pero donde esta teoría adquiere cierta altura, en cuanto que hay una justificación, una construcción razonada, y de otro lado intenta limar asperezas (cualquiera que sea su éxito), es de Ruhstrat, que dedicó un interesante trabajo a la representación sin poder (116). Parte Ruhstrat del concepto que da Windscheid de negocio jurídico, para el que exige el concurso de dos declaraciones de voluntad, y al examinar tal exigencia en el contrato del *falsus procurator* observa que ello no se verifica, ya que para él es decisiva la voluntad del *dominus*; por tanto, dice, no puede hablarse todavía de negocio, no hay negocio terminado (117). La otra idea fundamental para Ruhstrat, íntimamente relacionada con la doctrina de la representación, es la de que la obligación debe fundarse sobre la voluntad de quien queda vinculado, es decir, que no puede quedar afectada la esfera jurídica de nadie sin el consentimiento del titular (118).

(114) Véase sobre esto las breves y luminosas consideraciones de GRAZIANI, op. loc. cit., pp. 21-22, y cómo construye luego él mismo su propia teoría apoyándose en sus ideas sobre la representación (p. 23 y ss.).

(115) WÄCHTER, *Handbuch des württembergischen Privatrechts*, t. II (Stuttgart, 1842), pp. 681-682.

(116) RUSSTRAT, «Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht», en *Jahrbücher für die Dogmatik*, X (1871), p. 208 y ss.

(117) «Das Geschäft ist gar nicht als abgeschlossen zu betrachten», dice (op. loc. cit., p. 211). Véase también pág. 212.

(118) Op. loc. cit., p. 215. Ello quiere decir que en materia de representación no puede quedar afectado el representado sin su voluntad; y en nuestro caso, en

A partir de ahí, la preocupación de RUSHRAT se orienta en el sentido de calificar, explicar jurídicamente qué es, o en qué estado se encuentra, eso que han llevado a cabo el representante sin poder y el tercero antes de la ratificación, es decir, antes de que haya negocio propiamente dicho. Y él lo explica según el mecanismo de la fase preparatoria del contrato: lo preparado por el representante sin poder con el tercero, sólo puede ser considerado como una oferta del tercero al *dominus*, la cual se convierte en negocio jurídico con la aceptación del *dominus* (119). Lo que le falta, pues, a aquella situación de oferta es la aceptación: he ahí lo que es la ratificación para RUSHRAT, la cual, de otro lado, en este autor no es algo externo al negocio, sino parte de él.

Consciente RUSHRAT de lo lável de la situación de ese «quid» jurídico creado entre el falso representante y el tercero antes de la ratificación, que en defecto de vínculo les permite revocarlo sin más, punto débil por donde habían llegado las peores críticas a WÄCHTER, intentó atenuarlo o corregirlo. De un lado, admite que tercero y representante puedan obligarse recíprocamente, por convención o pacto especial añadido al negocio, a no revocarlo hasta que el *dominus* ratifique o rechace el negocio que se le ofrece, la «oferta» (para RUSHRAT) que se le hace. De otro lado, distingue entre gestor o representante patrimonial (que tiene frente al *dominus* una posición semejante a la del mandatario) y gestor especial (que sólo queda obligado frente al *dominus* cuando haya ratificación): de ambos, únicamente el gesto especial puede liberar al tercero del negocio concluido en nombre y para el *dominus*; el otro no puede liberarlo (120).

No obstante ese intento y esfuerzo de RUSHRAT por apuntalar y mejorar su teoría, no ha logrado imponerse, y las críticas han sido duras. Ya ZIMMERMANN (121) objetó desde el primer momento que con esa forma de plantear las cosas, quedaba alterada, invertida, la posición jurídica del representante, del representado y del tercero, pues si la función del *falsus procurator* es la de transmitir al *dominus* la oferta del tercero, se ha convertido en un simple nuncius de éste, en lugar de actuar en nombre del y para el *dominus*, como pretendía; y el tercero se convierte así en una especie de representado, y el *dominus*, a quien se hace la oferta, una especie de tercero. Para PACCHIONI, no es aceptable el principio sobre el que se funda esta teoría, que de aceptarla comportaría el hacer salir a la gestión basada en la ratificación de la esfera de la representación (122).

Este último autor critica también, y rechaza aquellos temperamentos (como él llama) o atenuaciones introducidas por RUSHRAT para hacer más viable su teoría, por creerlos ineficaces. La convención o pacto es-

---

defecto de poder suficiente y anterior, ese consentimiento tiene que llegar después para que haya negocio, contrato: antes de tal consentimiento (ratificación) no lo hay todavía; de ahí la consecuencia a que llega RUSHRAT, a que se hace referencia en la nota anterior

(119) Op. cit., p. 216.

(120) Op. loc. cit., p. 223.

(121) Op. cit., p. 150. En el mismo sentido, MONROY, op. cit., p. 44. (citado por PACCHIONI, op. cit., p. 402).

(122) Op. cit., p. 401 y ss.

pecial de no revocación —dice— normalmente no vendrá incluida en el contrato preparado para el *dominus*: ¿qué especial interés podrían tener gestor y tercero en tutelar de tal modo al *dominus*? Sería preciso en todo caso, añade, admitir que ese pacto acompañase tácitamente siempre al negocio representativo; pero aún en esa hipótesis, nadie podría negar a ellos mismos el derecho de anular explícitamente ese pacto, con lo que su eficacia sería completamente ilusoria. Y en cuanto a la distinción entre gestor patrimonial y especial, la considera inaceptable, artificial y sin fundamento.

Para Saggese, en esta teoría, la posición del tercero es la más libre que se puede imaginar, y fácil para frustrar la función de esta forma de representación, pues mientras el representante ha tenido intención de vincularlo, en alguna forma, a la voluntad del *dominus*, tal intención podrá quedar frustrada por el tercero, quien podrá hacerlo fácilmente en cuanto convenga a sus intereses por cambio de situación de mercado, por ejemplo, durante la interinidad, hasta la «aceptación» de la «oferta» (123).

En la misma línea, Pugliatti rechaza también, inmediatamente, la tesis de Wächter y Ruhstrat: no es concebible —dice— una oferta al representado proveniente de dos sujetos: el tercero y el representante (que no sólo no tiene interés en el asunto, sino que actúa en nombre y en interés del propio representado); ni se explicaría con esa teoría la representación en los negocios unilaterales llevados a cabo en nombre del representado, y menos aún la llamada representación pasiva, ni se explicaría la representación en los actos jurídicos en sentido estricto... (124).

Más recientemente, F. Romano ha criticado igualmente la teoría de la oferta, tanto en los principios básicos que la sustentan, como en su desarrollo y en sus conclusiones. Hace suyas las palabras de Zimmermann sobre la distorsión a que esa teoría somete toda la figura y el papel de sus protagonistas, y subraya, sobre todo, la falta de fundamento que tiene la relación que la teoría de la oferta ve entre representante sin poder y tercero, «ni siquiera si esta relación se manifiesta en la instauración de una relación por la cual el sujeto aparece como nuncius, ya que esa posición debe ser de alguna forma creada, y la relación fundada jurídicamente» (125).

Por mi parte, tampoco puedo aceptar esta teoría, que tiene ciertamente errores de bulto: creo que son los principales la grave confusión de términos en el juego de posiciones de esos tres personajes dentro del mecanismo del negocio representativo (con lo que yo también podría suscribir cuanto dice Zimmermann al respecto), y el dejar reducido nuestro negocio al estadio de simple oferta, sin ninguna vinculación (pues si es sólo oferta, a nada vincula), cuando es obvio que, aunque no sea todavía auténtico negocio lo que han llevado a cabo *falsus procurator* y tercero, es en todo caso más que oferta, ya que están perfilados, discutidos, concertados tras un proceso formal al menos de oferta-

(123) Op. cit., p. 234.

(124) «Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», loc. cit., p. 27.

(125) «La ratifica...», cit., p. 25.

aceptación (entre pseudorrepresentante y tercero) las posiciones subjetivas, el objeto, la causa, el contenido efectual, y a veces hay hasta una forma solemne que ha plasmado todo lo anterior, amén de ciertos efectos menores y cierta vinculación a que en su momento me referiré.

Pienso, sin embargo, que no todo es negativo o rechazable en esa teoría, y cuando lo habitual es deshacerse en críticas y recriminaciones, vale la pena pararse un poco ante lo positivo y valioso. En mi opinión, tiene en su haber la teoría comentada el destacar razonadamente que no hay todavía negocio correcto o completo, que no está recorrido todavía todo el camino negocial, cuyo resultado es el pretendido negocio, y que la voluntad del *dominus* no es algo exterior, aditamento no esencial, sino elemento imprescindible, orgánico y estructural sin el cual el negocio no es lo que se pretende que sea.

Sea por estas bondades, o quizá por lo sugestivo y nuevo que pudiera parecer en su momento, no deja de sorprender un tanto el que teoría tan denostada por otros encontrara tan (relativamente) amplio eco a distintos niveles, desde pandectistas de la talla de Regelsberger, Hölder o Bekker hasta nonografistas del tema (Hellmann, Tartufari en algún momento) y mercantilistas como Vivante (126).

D) *Teorías que califican a «nuestro» negocio como imperfecto, incompleto o en vías de formación.*

Un estadio más avanzado en la evolución progresiva de aquella doctrina que se ha preocupado por la naturaleza y situación del negocio del *falsus procurator*, teoría distinta y bien diferenciada de la anterior, con la que guarda, sin embargo, cierta relación en su punto de partida y en su principal consecuencia (127), es la que considera aquel negocio como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto —en oposición esencial a aquella otra que lo veía como perfecto y completo, aunque ineficaz—, parte solamente de un «iter» negocial al que falta aún el consentimiento del *dominus*, que es precisamente la ratificación.

Graziani es el padre y mejor formulador de esta teoría, que presentó en su trabajo «La rappresentanza senza procura», publicado en 1927, al

(126) REGELSDERGER, «Civilrechtliche Erörterungen», t. I (Weimar, 1968), p. 89; HOLDER, «Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich», en *Archiv civ. Praxis*, 73 (1888), p. 122 y ss. (citado por ROMANO, op. cit., p. 22); BEKKER, «System des heutigen Pandektenrechts», t. II (Weimar, 1889), § 107, p. 221; HELLMANN, «Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften», Munich, 1882 (especialmente p. 124 y ss.); TARTUFARI, «Dei contratti a favore di terzi», Verona, 1889, p. 292 y ss. (donde construye o explica nuestra figura según la mecánica del contrato a favor del tercero; sin embargo, este autor abandonó la teoría de la oferta en una obra posterior dedicada a la representación: «Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale», Turín, 1892, pp. 114 y 417 y ss.); VIVANTE, «Trattato di Diritto commerciale», t. I (Milán, 1929), p. 283 y ss.

(127) Tienen en común, fundamentalmente, el dar importancia decisiva de consentimiento contractual a la voluntad del *dominus*, y considerar esa figura como negocio en formación. Véase el comentario que en el mismo sentido hace GRAZIANI, «La rappresentanza senza procura», loc. cit., p. 26, nota 49.

que me he referido ya antes de ahora. Después ha sido aceptada por otros autores, a veces con matices o cambios terminológicos, e incluso por la jurisprudencia italiana.

Tras examinar Graziani las otras teorías, antes de abordar su propia posición hace observar la influencia que ha ejercido en aquéllos el punto de vista que se adopte dentro de la doctrina de la representación, y achaca a ciertas teorías un defecto de método y de enfoque al estudiar nuestros problemas. «No puede construirse, ciertamente —dice (128)—, una teoría de la representación, y encajar a la fuerza después dentro de ella el fenómeno de la representación sin poder: antes al contrario, uno de los elementos que es preciso tener en cuenta para construir una verdadera teoría de la representación es precisamente el proporcionado por la institución que examinamos (la representación sin poder)». Deja luego sentado que en el negocio del representante no apoderado, ratificado por el *dominus*, interviene la voluntad de ambos; y no le cabe duda de que «es la voluntad del representante la única que determina el contenido del negocio, y que la voluntad del ratificante, se dirige exclusivamente a la apropiación de los resultados de la acción del representante».

Hace luego Graziani referencia a otros autores y posiciones acerca del juego de voluntades que intervienen en el negocio representativo, y toma él también posición: «no puede negarse que el sujeto que lleva a cabo un negocio despliega su voluntad en una doble dirección: de un lado mirando a la determinación del contenido del negocio y al alcance de los correspondientes efectos, y de otro, a convertirse él mismo en titular del negocio». «Esa doble dirección de la voluntad debe existir siempre para que pueda haber negocio, ya lleve a cabo el negocio directamente el titular, ya se realice por medio de representante» (129). Referido todo eso al negocio representativo, constata Graziani que en él no toda la voluntad negocial es voluntad del representante, sino sólo la voluntad en cuanto dirigida a la determinación del contenido del negocio; la voluntad en cuanto dirigida a vincular el negocio al titular no puede ser sino voluntad del propio titular. Hay, pues, según este autor, una cooperación de la voluntad del presentante y del representado en la formación del negocio representativo, y ambas son necesarias: una, la del representante, dirigida a determinar el contenido del negocio, y la otra, dirigida a vincular el negocio al titular, es la del representado (y exclusivamente suya), en forma de poder o de ratificación.

Con tales premisas, la construcción de Graziani tiene una conclusión lógica y evidente: la ratificación, que es el elemento voluntad del representado o titular para quien va dirigido el negocio, es un elemento constitutivo del negocio representativo; luego entonces «el negocio, antes de la ratificación, no es ni negocio perfecto ni nulo, sino un negocio en vía de formación». «Se está en presencia de un caso de formación sucesiva del negocio jurídico —añade— (130). Nada impide calificar

---

(128) Op. loc. cit., p. 22.

(129) Op. loc. cit., pp. 24 y 25.

al negocio, antes de la ratificación, como un negocio suspendido, o en potencia, pero sólo en el sentido de que estando todavía en vía de formación el propio negocio y habiéndose puesto ya parte de sus elementos constitutivos, es posible que llegado el ulterior elemento constitutivo, el negocio llegue a nacer». En realidad, reconoce este autor, también hay negocio de formación sucesiva (en cuanto que no es de producción instantánea, o simple) cuando el negocio representativo se constituye sobre la base de un poder. En nuestro caso es la propia norma jurídica la que admite el negocio de formación sucesiva a base de ratificación ulterior, gracias a que reconoce y ha sancionado una especie de principio de la indiferencia cronológica en la producción de los elementos constitutivos del negocio a los efectos de su formación por medio de representante (131-132).

Las ideas de Graziani han ejercido gran influencia en Italia, ganándose a no pocos autores y obligando a otros a definirse en relación con esa tesis, para rechazarla razonadamente cuando no era compartida. Entre los que la aceptan plenamente, sin aditamento ni matices nuevos, está Russo de Cerame (133), quien añade por su parte que esta teoría «ha recibido el sufragio de la legislación vigente (Código civil italiano de 1942)», y Giordano (134). También la jurisprudencia italiana se ha

(130) Op. loc. cit., p. 26.

(131) Op. loc. cit., p. 27.

(132) De no haber sido gracias a esa indiferencia cronológica admitida por el ordenamiento en la formación del negocio representativo, si sólo fuera viable éste a base de poder, podría decirse —reconoce GRAZIANI— del negocio del representante sin poder que era nulo, en cuanto que la declaración de voluntad del representante no estaba destinada a producir ningún efecto para el *dominus*, y aunque llegara después la voluntad de éste destinada a apropiarse el negocio preparado para él, sería declaración sin efecto por extemporánea. Pero sancionada aquella indiferencia cronológica, ya no puede hablarse de negocio nulo respecto del *falsus procurator*, como tampoco puede hablarse de negocio nulo a propósito del poder antes de que se produzca el negocio representativo: ni en uno ni en otro caso estamos en presencia de declaraciones negociales d'rigidas a producir un ulterior negocio, sino partes de éste.

(133) «Sulla natura giuridica del negozio posto in essere del falsus procurator», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1950, III, 458 y ss., comentando la sentencia del Tribunal de Benevento de 28 junio 1949 que se había pronunciado en el sentido de la nulidad del contrato de constante referencia, tesis que rechaza, analizándola brevemente con otras que ya nos son conocidas. No aporta RUSSO DE CERAME ideas nuevas a las ya vistas de GRAZIANI, aunque insiste en que al contrato del *falsus procurator* «falta todavía la declaración de voluntad del representado, que, a la par de la del representante, es esencial para la conclusión del negocio representativo, en cuanto la una viene a integrar a la otra» (loc. cit., p. 462). Se reitera RUSSO DE CERAME en el mismo sentido en «Ancora sul negozio concluso dal falsus procurator», *Dir. e Giurispr.*, 1951, III, p. 314 y ss.

(134) GIORDANO, «Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio», *Riv. Dir. Comm.*, 1949, I, p. 174 y ss., quien tras ciertas consideraciones al respecto, referidas fundamentalmente a la relación entre el poder de disposición (objeto primario de su trabajo) y contrato del *falsus procurator*, concluye: «... el contrato concluido por el representante sin poder no ha nacido muerto, es decir, no es nulo ni anulable; está en vía de formación, porque existe ya un elemento de la relación (*fattispecie*), el cruce o intercambio de las declaraciones, pero no hay todavía una reglamentación de intereses, un precepto concreto, y por ello, no existe jurídicamente un contrato» (p. 189).

hecho eco de esa doctrina, y la ha acogido en numerosas sentencias, a diferentes niveles judiciales (135).

Pero antes de ahora encontró Graziani seguidores más o menos de cerca. En 1933, Saggese apenas difería de aquél, cuando decía que estamos en presencia de un negocio todavía imperfecto (y subrayaba esta última palabra): «el representante, efectivamente —razonaba—, no ha actuado para sí, sino para otro, luego no es parte del negocio; por el contrario, ha actuado precisamente en nombre del *dominus*, pero éste tampoco es parte en el negocio; por el contrario, ha actuado precisamente en nombre del *dominus*, pero éste tampoco es parte en el negocio porque el representante no tenía facultad para obligarlo: de ahí que lo que falta aún a esa relación es precisamente uno de los contratantes, es decir, una de las partes que debe quedar vinculada en la nueva relación jurídica creada». «De otra parte —continúa— el negocio jurídico, tal como queda realizado, no puede decirse inexistente: el vínculo ha surgido, sin duda, y produce todos los efectos de que es capaz en su imperfección; está además completo en todos sus elementos objetivos y accidentales, y únicamente no lo está en los subjetivos: por tanto, la verdad es que el negocio existe, pero está en suspenso y en espera de ser perfeccionado por la voluntad del *dominus* que con su ratificación viene así a perfeccionar y completar también el lado subjetivo de la relación (136).» La idea fundamental, pues, de esta teoría, la de negocio inacabado o imperfecto, la de que falta al negocio del *falsus procurator* un elemento sustancial, la voluntad del *dominus* en cuanto voluntad negocial (y no elemento accidental), están bien claras en Saggese. No habla directamente en el texto de «negocio de formación sucesiva» o «iter negocial», pero sí cita las palabras de Graziani en ese sentido en nota a pie de página, y hasta las acoge (136 bis).

Particularmente interesante a nuestros efectos es la posición de Pugliatti, por su parecido y paralelismo con Graziani, no obstante parecer haberse incubado en su base independientemente, pues aunque el trabajo referente a nuestro tema («Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi») vio la luz en 1936 (137), las ideas básicas sobre las

(135) Ss. Cass. civ. 15 oct. 1947 («el negocio concluido por quien no tenía poder de representar no es ni anulable (por no haber alcanzado nunca existencia resoluble) ni mucho menos nulo insanablemente: está sencillamente en *itinere formativo*, en una condición de vencimiento y en espera de la manifestación de voluntad conclusiva del *dominus*, que se concreta con la ratificación»), 7 abril 1950, 28 noviembre 1958 (en la que se decía que «el negocio representativo llevado a cabo por el representante sin poder, no es inválido ni eficaz, sino un negocio *in itinere* o un negocio de formación sucesiva»; cfr. ROMANO, op. cit., p. 42, nota 67) y 17 octubre 1961.

(136) SAGGESE, «La rappresentanza...», cit., p. 240.

(136 bis) En España sigue con bastante fidelidad la tesis y razonamiento de SAGGESE (en este punto como en otros muchos en esta materia) BONET RAMÓN, quien tras recoger la explicación y conclusiones de aquél con claro sentido aprobativo, dice por su parte y como posición propia: «En conclusión: el negocio existe, sólo *está en suspenso* y en espera de ser perfeccionado por la voluntad del *dominus*, que con ser ratificación viene así a perfeccionar y completar también el lado subjetivo de la relación» (t. XXVI, vol. II del *Código Civil*, de MUCTUS SCAEVOLA, Madrid, 1951, p. 487).

(137) Publicado en *Revista Diritto Commerciale*, vol. XXXIV (1936), p. 1 y ss., y recogido también en los «Studi sulla rappresentanza», de PUGLIATTI (Mi-

que se levantan sus conclusiones datan de otro anterior, de 1927, el mismo año en que Graziani publicaba el suyo de referencia.

Efectivamente, en su trabajo de 1927 (138), al estudiar Pugliatti el acto de disposición, distingue en él dos elementos: facultad o poder de disposición, y manifestación de voluntad; y en cuanto a esta última distingue a su vez «un elemento material, que es la voluntad del contenido, y un elemento formal que es el acto o momento de decisión; la voluntad del contenido constituye la materia de la manifestación volitiva y determina su extensión y alcance; el acto de decisión es el principio genético de la manifestación de voluntad y el vehículo del principio de legitimación emanante de la forma jurídica respecto del acto de disposición» (139). Más adelante relaciona Pugliatti esas ideas con la que él tiene en materia de representación —prácticamente idénticas a las de Graziani—, donde rechaza las teorías más conocidas y se pronuncia en el sentido de que «ambas voluntades (la del representante y la del representado) concurren en el surgir del negocio; pero no en medida cuantitativamente diferente, como sostiene Mitteis, sino con función diversa por naturaleza y por cualidad. El representado —continúa— emite el acto de decisión, y de ahí que su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial...; el representante, por el contrario, aporta la voluntad del contenido, es decir, la materia del acto volitivo negocial...» (140).

Con esos precedentes, con ese bagaje de ideas tan relacionadas con nuestro problema, aborda años después, en 1936, Pugliatti la cuestión de la configuración jurídica de nuestro negocio. Y tras rechazar otras teorías, apunta que «el defecto estructural se encuentra en uno de los elementos constitutivos esenciales del negocio: en la voluntad de uno de los contratantes. No se puede decir, sin embargo, que ese elemento falte totalmente: de ser así el negocio sería, sin duda, inexistente. Sólo falta uno de los elementos constitutivos del acto volitivo que debería provenir del representado: realmente la voluntad del contenido viene aportada por el representante, y falta el acto de decisión del representado. Existe sólo la materia de una de las dos manifestaciones volitivas, y falta aquel elemento (que se puede decir formal) en base al cual se vinculan los efectos jurídicos a la esfera del sujeto del que aquel debe emanar» (141). Notese cuánto nos recuerdan esas palabras a las de Graziani. Pero hay más. Las ideas de éste sobre la indiferencia cronológica en la incorporación de la voluntad del *dominus*, y sobre la forma-

---

lán, 1965), pp. 261-311. Mis citas de este trabajo serán referidas a su publicación originaria.

(138) «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», aparecido en *Annali dell' Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina*, 1927, y reproducido en los citados «Studi sulla rappresentanza», p. 1 y ss., de donde haré las citas pertinentes, en defecto de la publicación primera.

(139) Op. cit., en «Studi...», p. 8.

(140) Op. loc. cit., p. 23.

(141) «Abuso di rappresentanza...», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, pp. 27-28.

ción sucesiva del negocio, no distan mucho de las de Pugliatti (142), quien considera, en fin, que «desde el punto de vista estructural, el negocio es incompleto, inconcluso (*incompiuto*)». «El negocio, pues, existe —añade más adelante—, pero es defectuoso (imperfecto: «*difettoso*»), y todavía es perfeccionable mediante la ratificación: el defecto no es de tal naturaleza como para conducir a la inexistencia jurídica del acto» (143). Y para dejar bien claro su punto de vista, añade luego que «la ratificación del negocio del representante sin poder, es siempre elemento que forma parte de la estructura del propio negocio», para resumir después: «trátase de un negocio en estado de pendencia, con lo que genéricamente se puede aludir al defecto estructural subsanable, y desde el punto de vista funcional, a la actual ineficacia del negocio, o más bien a su irrelevancia (para el representado)» (144).

En nuestro país esta teoría no ha tenido apenas repercusión, como no sea en un autor a que debo hacer especial alusión. Me refiero a Federico de Castro, en quien, no obstante no haber estudiado directamente esta cuestión, que yo sepa (145), me parece haber encontrado cierta alusión e ideas próximas a las ahora comentadas. Efectivamente, al estudiar De Castro la convalidación del negocio nulo, y los supuestos en que cabe, cita como casos de convalidación admitidos: «1. Respecto de los negocios incompletos: a) Casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del ne-

---

(142) «El defecto señalado no es tanto como para conducir a la nulidad o a la inexistencia jurídica del negocio. El ciclo productivo, según el orden común, debería considerarse terminado; pero precisamente éste es uno de los casos en que, por el hecho de que existe sólo defecto *en* (no *de*) un elemento esencial, la ley, alterando aquel orden común, extiende el ciclo productivo del negocio, admitiendo su ratificabilidad. Con la denegación o con la concesión de la ratificación, el ciclo productivo del negocio debe considerarse definitivamente concluido; y precisamente a tal evento queda subordinado respectivamente la definitiva cristalización del defecto estructural, o el completarse el esquema del negocio» (op. loc. cit., p. 28).

(143) Op. loc. cit., p. 29. Preocupa a PUGLIATTI esta cuestión: que a pesar del defecto importante de que adolece ese negocio, en un elemento esencial, no entraña ello la inexistencia. De ello se ocupa poco antes, cuando dice que no juega aquí el principio general de la lógica jurídica por el cual el negocio estructuralmente incompleto ha de considerarse jurídicamente inexistente si su ciclo productivo puede estimarse acabado. «Esta conclusión se evita en nuestro caso —añade— sólo porque en base a disposición normativa el ciclo productivo del negocio representativo es prolongado más allá del momento conclusivo de cualquier negocio en que no participe representante. La justificación que está en la base de tal disposición excepcional, que altera el orden normal, es doble: a) desde el punto de vista práctico, estando el negocio destinado al representado, el ordenamiento jurídico deja a éste árbitro de la suerte de aquél; b) desde el punto de vista teórico, porque el defecto estructural no consiste en la falta *de* un elemento esencial del negocio, sino sólo en no estar completo (defec o *en* un elemento esencial); así, se puede considerar justificada la aludida alteración en el ciclo productivo del negocio, alteración que hace posible su convalidación».

(144) Op. loc. cit., pp. 30-31.

(145) Ni en sus «Temas de Derecho Civil», al tratar de la representación, ni en su trabajo «El artículo 141 de la Ley hipotecaria» (*Rev. Dcho. Privado*, 1929, p. 417 y ss.), donde estudiaba la problemática de ese artículo sobre «la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante...», ha abordado nuestro problema, no obstante ser ocasiones ambas propicias para haberse pronunciado sobre el tema.

gocio mediante la ratificación (artículos 1.259, 1.727, 1.892, 1.893)» (146). Es decir, para este autor, si no he entendido mal, el negocio ratificable es un negocio incompleto, con lo que si esa breve referencia (quizá «obiter dicta»? : no sé) expresa su posición en esta materia, cabría situarle muy próximo a la teoría y autores a que vengo refiriéndome.

No han faltado tampoco a esta teoría las críticas correspondientes. De Martini la ha impugnado, al igual que a todas las demás que no están de acuerdo con la tesis de la nulidad que con tanta vehemencia ha defendido él; no deja, sin embargo, de reconocer que la de Graziani «es indudablemente más aceptable y lleva a consecuencias menos contradictorias que aquellas a que conduce la tesis de la ineficacia» (147). La crítica de De Martini se conduce en forma de silogismo y con base apriorística. Invalidez y falta de perfeccionamiento o de terminación del negocio se hallan situadas en el mismo plano en cuanto defectos intrínsecos de integridad del supuesto de hecho negocial, pero son categorías jurídicas distintas; de otro lado, el conflicto de intereses (tal como él lo ve: cuando el representante antepone su interés personal al del interesado, situación que el Código italiano sanciona como anulable) y falta de poder son dos grados del mismo defecto de elemento esencial (declaración), el primero simple vicio y el segundo total defecto de ese elemento —dice—. Si conduce a invalidez (anulabilidad) el vicio del elemento «declaración», consistente en el conflicto de intereses, a invalidez debe también llevar la falta de ese elemento, no pudiendo concebirse —concluye— que la irregularidad de un mismo elemento negocial conduzca a «mancato perfezionamento» o a invalidez según que aquella sea más o menos grave (148). Luego la teoría que considera al negocio de constante referencia como imperfecto («mancato perfezionamento»), en cuanto no se adecúa a la conclusión del silogismo planteado, es errónea, viene a decir De Martini.

Parece innecesario esforzarse aquí en replicar a De Martini y a su crítica de la tesis de Graziani, por cuanto ya expuse mi opinión, crítica también, a la construcción e ideas de aquél en su lugar. Baste ahora objetar la pobreza de una impugnación que se basa en un mecanismo lógico cuyas premisas son opiniones personales discutidas y discutibles, y la falta de rigor deductivo en aquel mecanismo, amén de una excesiva literalidad en la interpretación de textos legales en que se funda, no siempre bien elegidos (149).

Messineo observa que aún distinguiendo, cosa no difícil, la nulidad de que habla De Martini y la situación de incompleto o imperfecto que predica Graziani de nuestro contrato, en la práctica no difieren

(146) «El negocio jurídico», Madrid, 1971, p. 485.

(147) «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, p. 838.

(148) *Op. loc. cit.*

(149) Para una crítica a fondo de toda la construcción de DE MARTINI, véase MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente», citado, *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 401 y ss.

mucho, pues para él también en el segundo caso conduce a la nulidad «en cuanto el defecto de un elemento opera en la misma forma negativa, tanto si el elemento concurre, aunque viciado, cuanto si falta» (150). Insiste, sin embargo, en que no es lo mismo decir que el contrato del *falsus procurator* es nulo, y por tanto definitivamente tal, o que está inacabado, susceptible de perfeccionamiento por medio de la ratificación, como la ley explícitamente permite. Y concluye que la tesis de Graziani es bastante menos distante, en los resultados, de la de la ineficacia (que es la que profesa Messineo), que de la teoría de la nulidad.

Más sutil es la crítica de Francesco Romano, quien sin negarle ciertos aspectos positivos, centra sus objeciones en dos cuestiones: la del método para llegar a las conclusiones a que llega Graziani, y la de la relación que deba haber entre los principios relativos a la esencia de la representación y del negocio jurídico. En el primer punto, frente a la queja de Graziani contra otros de haber construido una teoría de la representación y tratar de encajar en ella el fenómeno de la representación sin poder, objeta Romano el que en la teoría criticada, la ratificación se adapta a una cierta configuración de la representación: no se trata de un proceso reconstructivo —dice— que edifique teniendo en cuenta los materiales disponibles, sino construcción de una entidad de modo que ocupe un lugar o juegue un papel preestablecido. Ello no conduce, en opinión de Romano, a una exacta comprensión de la institución, y deja en la penumbra ciertos aspectos.

Por lo que respecta a la otra cuestión, recrimina Romano a la teoría criticada el que aplique indiscriminadamente los principios negociales propios del ejercicio directo del propio poder al tema y casos de ejercicio indirecto de ese mismo poder, «e qui sta il difetto dell'analisi», dice (151). Estima incorrecta la distinción, y aplicación a nuestro campo, de la voluntad dirigida a determinar el contenido negocial, y la voluntad dirigida a devenir sujeto del negocio, perspectiva que él imputa a la preocupación de utilizar su resultado en una distinción bien precisa, para definir la separabilidad de funciones y distinguir competencias (representante y representado). Para Romano, cuando el ejercicio del poder es directo se expresa en una voluntad unitaria, y en caso de ejercicio indirecto se quiere ejercitar el poder, pero a través de su ejercicio por medio de otro: «aquí la primera voluntad se concreta en un acto con el que se legitima el ejercicio por otro, eficaz en la esfera propia» (152). Con ello reconduce toda esta problemática al campo de la legitimación, como veremos.

Por mi parte, e «in sede critica», debo decir que mi juicio sobre la tesis de Graziani y Pugliatti es ampliamente favorable (153), pues mi

(150) Op. loc. cit., p. 417.

(151) «La duplicidad de sujeto —añade luego («La ratifica...», cit., pp. 42-43)—, la escisión de competencias entre representante y representado, parece influenciar y estimular la búsqueda de una correspondencia y paralela separación en el elemento, intrínsecamente unitario, de la volición».

(152) Loc. cit., p. 44.

(153) Únicamente tengo que «recriminar» a esos autores el haberme echado por tierra lo que yo creía importante hallazgo mío —mi personal explicación o forma de entender toda la cuestión, tan próxima a la suya, como más adelante expon-

opinión personal en esta materia es muy próxima a la suya, tanto en las conclusiones como en el razonamiento y camino que me conduce a ello, incluida mi forma de entender la representación, de todo lo cual hablaré en su momento, lo que me evita extenderme más aquí.

E) *Teoría de la ineficacia del contrato del «falsus procurator» por defecto de legitimación.*

En esta larga evolución doctrinal (que no es, ni pretende ser exhaustiva) sobre la naturaleza del contrato celebrado por representante sin poder suficiente, de la que hemos visto los principales hitos y exponentes, aparece como último estadio, la más reciente manifestación y teoría, la que viene a decir que ese contrato adolece de falta de legitimación privada: el *falsus procurator* no se haya legitimado para disponer de cosas y derechos ajenos, en defecto de poder, por lo que el negocio en que interviene no es eficaz, aunque puede llegar a serlo por un acto de legitimación sucesiva (la ratificación). El más firme y reciente defensor de esta teoría es Francesco Romano, cuya obra, «La ratifica nel Diritto Privato», publicada en 1964, y sus ideas, ya nos son conocidas en parte aun antes de llegar a este lugar.

La idea de legitimación procede del campo procesal, como es bien sabido. Sin embargo, ha hecho fortuna en el Derecho Privado, donde ha sido llevada con más o menos éxito a distintas parcelas, lo que no ha impedido reconocer la gran dificultad que entraña ese concepto, dada su amplitud y las múltiples manifestaciones bajo las que puede presentarse, que impide hacer una construcción de esa categoría jurídica bajo un principio unitario (154). Ello no obstante, esa figura o categoría jurídica, y su concepto, están hoy perfectamente afincados como importante y valiosa, a la par que reciente conquista, en el Derecho Privado, y es ya clásica a este respecto la definición de legitimación dada por Betti como «competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular» (155).

Volviendo a Romano y a su teoría, en cuanto a nosotros interesa, observa este autor, tras una larga introducción preparatoria de su propia posición, que todo efecto jurídico que se verifique legítimamente por medio de un acto, queda ligado causalmente a una posición subjetiva de poder o de derecho; y que frente a la inescindibilidad de la figu-

---

dre, incluso esa doble dirección de la voluntad: de contenido negocial, y de apropiación de los efectos (GRAZIANI) o acto de decisión (PUGLIATTI), de que hablan éstos— tras mucho meditar sobre todos estos problemas y antes de encontrar los trabajos de aquéllos, que si de un lado me ha satisfecho al respaldar con su autoridad mi posición, de otro me he quedado sin originalidad y compruebo cuán difícil es «inventar» ya nada en nuestro campo del Derecho privado.

(154) Vide F. ROMANO, op. cit., p. 156, y la referencia que hace a CARNELUTTI sobre la «straordinaria difficoltà di indagine» en esta materia y concepto de legitimación. MESSIENO al referirse a la legitimación habla de «categoría no homogénea» («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 413).

(155) «Teoría general del negocio jurídico», cit., trad. esp., p. 177.

ra o posición subjetiva respecto de su titular, el ejercicio (la actuación jurídica) y por tanto la acción, es aislable, y susceptible de atracción a un ámbito subjetivo diverso: es el principio del ejercicio indirecto del poder (156). «Ello pone de evidencia —dice más adelante (157)— la separación (diferencia) entre una posición sustancial cualificada subjetivamente (poder, derecho); una acción que desarrolla aquella posición, actuada por un sujeto distinto del titular; y una resultancia efectual que se vincula a la esfera del primer sujeto».

Insiste en la separación entre titularidad y ejercicio (de un derecho), que considerado desde el punto de vista del sujeto principal (*dominus*) puede significar un ejercicio indirecto del poder, realizado a través de una sustitución subjetiva, lo que exige estructuralmente una relación particular entre el *dominus* y quien actúa, sobre la que fundar jurídicamente aquella interposición: «è questo il campo dei negozi di legittimazione privata, ove l'assenso, preventivo o succesivo, legittima, subiettivamente, l'esercizio indiretto del potere; obiettivamente, l'interposizione di persona» (158).

Centrado así el problema, y aceptando Romano el concepto de legitimación de Betti, intenta separarla del de capacidad. Frente al aspecto estático de esta última, destaca el dinámico de la legitimación, que afecta al ejercicio, y es un modo de ser de la acción del sujeto (159).

La esencia del concepto de la legitimación —dice más adelante Romano— se contempla en la consideración del «legitimun», es decir, en la adecuación al dato normativo: en síntesis, la legitimación (acción legítima) expresa la regla de la acción y el efectivo adecuarse de la acción a la regla (160). La regla fundamental en tema de legitimación es para Romano la misma que para Betti, y en palabras de éste, que reproduce el primero, consiste en la «identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y el sujeto de los intereses» (161); si bien esa regla funciona o se cumple en forma diversa, según que el ejercicio del poder sea directo o indirecto.

Las normas de acción, en la inteligencia anterior, contemplan el nexo poder-resultado, en cuanto contemplan el instrumento inmediato del resultado mismo, es decir, el ejercicio del poder, de tal modo que la inobservancia de aquellas normas repercute sobre el efecto, que falta, y de ahí sobre la eficacia, que no se alcanza (162).

(156) Op. cit., p. 152.

(157) Op. cit., p. 153.

(158) Obra citada, p. 154.

(159) La capacidad —dice textualmente (op. cit., pp. 160-161)— «es una noción estática, de medida; tiene por contenido los poderes, y aparece, en definitiva, como algo «configurado». La legitimación es concepto dinámico y no se materializa en un poder o en un derecho, y así, puede ser separada y distinguida de éstos; afecta al ejercicio, y se sitúa respecto de él como «configurante». La capacidad es una cualidad, un modo de ser del sujeto; la legitimación, y aquí se anticipa un resultado, es un modo de ser de la «acción» del sujeto».

(160) «La legitimidad de la acción (continúa, p. 163)— se traduce en la actuación efectual como resultante causal del ejercicio, y en la atribución de eficacia que sigue al ejercicio legítimamente desarrollado.»

(161) ROMANO, op. cit., p. 164.

(162) Op. cit., p. 167. Todo ello lo contempla, o lo dice ROMANO, en función

Por ese camino, relaciona Romano, como es frecuente en la doctrina moderna, la representación con el tema de la legitimación, viendo en aquella, además de una sustitución subjetiva, un ejercicio indirecto del poder (163). Y sobre tales premisas, y la idea de que el representante sin poder es también y efectivamente representante, llega a las siguientes conclusiones, en lo que a nosotros afecta, y para abreviar: el *falsus procurator*, aunque representante, y por carecer de poder (suficiente), no está legitimado para su acción ni para el ejercicio indirecto de un poder, que no tiene. «El defecto de su legitimación (es decir, de su acción no legítima) se traduce en la falta de eficacia, pero ésta no integra el concepto lógico de representante ni aquél altera el carácter de la acción. La legitimación es un presupuesto para el ejercicio eficaz del poder, pero no debe confundirse obviamente con la sustancia; se puede actuar como representante aún sin estar legitimado para ello, pero el valor de la acción como acción representativa, es decir, directamente eficaz para el representado, depende de la llegada de una legitimación sucesiva» (164).

En resumen: para Romano, el contrato del *falsus procurator* es ineficaz por falta de legitimación privada del mismo; pero ese acto es «recuperable» y deviene eficaz por medio de la ratificación, que es un medio de legitimación sucesiva, que subsana el defecto de legitimación inicial. No se olvide que para este autor hay «equivalencia entre legitimación anterior al ejercicio (o actuación) y legitimación sucesiva, respecto a la legitimidad del resultado» (165).

Las ideas expuestas, muy abreviadamente, por supuesto, de Francesco Romano, no son nuevas ni exclusivas suyas, aunque ha sabido dar a su construcción una solidez y unidad (amén del mucho partido que ha sabido sacar de aquellas ideas) de que carecía en otros autores.

Ya conocemos cómo cierto sector doctrinal reconduce el fenómeno representativo al terreno de la legitimación (166). Desde ese punto

del problema cuya argumentación prepara y cuya solución busca: el de la actuación del representante sin poder, y la ulterior ratificación. En función de todo ello, y con aquel propósito, cita ROMANO, en nota a pie de página y sin más justificación, a CARNELUTTI: «si alguien actúa en nombre de otro sin poder, es el defecto de legitimación lo que explica la ineficacia del acto porque falta la relación cualificante» («Teoria generale del diritto», p. 188).

(163) Véanse las pp. 168-169, fundamentalmente, de la obra citada de ROMANO, y las siguientes a éstas, donde flota la misma idea.

(164) Op. cit., pp. 198-199. Más adelante, refiriéndose a la acción del representante sin poder, añade: «El fenómeno representativo no está completo... Lo que le falta es la referencia normativa del acto al representado, y aún más arriba, la relación del ejercicio con el poder. Esto explica por qué falta la eficacia, pero explica también por qué la ratificación puede operar la recuperación (eficacia) de la acción; el defecto de legitimación denuncia la fractura entre poder y ejercicio, reflejándose en la falta de modificación del ordenamiento o esfera jurídica...» (p. 199).

(165) Op. cit., p. 169.

(166) El más destacado defensor de esa visión de la representación es CARNELUTTI, no sólo en sus obras de Derecho procesal (tal, en su «Sistema di Diritto processuale civile», o «Diritto e processo»), sino en su «Teoria generale del Diritto», Roma, 1951, p. 182 y ss., y en «Legittimazione a comprare», *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, p. 502 y ss. (donde define la legitimación como «idoneidad de una persona para realizar un acto jurídico eficaz por virtud de una relación suya con el bien.

de vista, es perfectamente comprensible la consideración de la representación sin poder como una actuación de persona no legitimada, y en consecuencia, la ratificación como una sanación del defecto originario de legitimación, y por ello, del acto del no legitimado (*falsus procurator*) (167). De otra parte, la relación legitimación-eficacia del acto es obvia desde aquella perspectiva, y había sido puesta de manifiesto por diversos autores (Carnelutti, Betti, Pugliatti, Mengoni, Falzea...): la incidencia del defecto de legitimación (cual es el caso de la actuación del *falsus procurator*) sobre la eficacia del acto era la consecuencia lógica e inmediata (168), aunque en algún autor, como Betti, se llegó a inferir la invalidez (nulidad) del contrato del representante sin poder por considerar el elemento legitimación como presupuesto intrínseco del contrato (169).

Desde un punto de vista crítico que no podemos eludir, y dejando aparte ciertas cuestiones metodológicas (170) y dificultades o problemas relacionados con la idea de legitimación, por el carácter no homogéneo, sutil y polivalente de ésta —a que he hecho referencia poco ha, y en otro lugar anterior recogiendo la posición crítica de Messineo frente a Betti—, no puedo dejar de reconocer la valiosa aportación de la teoría que acabo de examinar desde sus primeras manifestaciones hasta la tesis más coherente y unitaria de Romano, la mayor parte de cuyas conclusiones podríamos suscribir desde ahora sin objeción, máxime cuando puedo anticipar ya que no difieren mucho de las mías, a las que llegaré por distinto camino. Ciertamente, pues, y acepto, que la actuación del

---

al que el acto se refiere)». Han seguido luego a CARNELUTTI varios autores en Italia, como BETTI, PUGLIATTI, y con menos fidelidad MENGONI, FALZEA y otros. No está muy alejado de esas ideas MULLER-FREIENFELLS en Alemania, aunque éste habla de «competencia» donde aquéllos se refieren a legitimación. Se puede ver una amplia referencia en nuestro país a esta cuestión en el trabajo de Díez-PICAZO «El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado», citado ya, en *A AMN*, t. XVI (1968), p. 170 y ss.

(167) Vide ROMANO, op. cit., p. 155 y autores allí citados.

(168) Recuérdense las palabras de CARNELUTTI ya transcritas: «Por tanto si alguien actúa en nombre de otro sin poder ("procura"), es el defecto de legitimación lo que explica la ineficacia del acto...».

(169) Véase cuanto se dijo en su momento sobre la posición de BETTI a este respecto.

(170) Estoy pensando concretamente en la actitud de ROMANO cuando considera «no exacto metodológicamente el iniciar la investigación sobre la ratificación partiendo de la figura del representante sin poder», para pretender una neta separación de la cuestión de la ratificación de la del contrato ratificable, por temor a que el estudio e investigación sobre la actividad del *falsus procurator* pueda influir negativamente la que se haga sobre la ratificación (op. cit., pp. 193-194). Siento no poder compartir el punto de vista de este autor. El mío es completamente contrario, y entiendo que es muy difícil comprender qué sea la ratificación sin conocer antes bien la naturaleza y situación del «negocio» sobre el que incide y al que se incorpora; de ahí que no comprenda yo cómo pueda hablarse de una neta separación de esas cuestiones tan íntimamente relacionadas, y que crea aconsejable metodológicamente un estudio paralelo, y para caso de una precedencia, que parece inevitable, que preceda el estudio de la actividad del *falsus procurator* a la de la ratificación, pero sin perder nunca de vista su gran relación y unidad de criterio teleológico.

*falsus procurator* es la de una persona no legitimada, que no puede por tanto obligar al representado, y por ello el negocio en que interviene es ineficaz, e irrelevante para el *dominus*. Ahora bien: ¿es acertado el camino elegido para llegar a aquellas conclusiones, y óptimo o correcto el enfoque?

Es en este terreno donde me aparto más de Francesco Romano y su teoría. Tengo la impresión de que si no incorrecto, no es su enfoque el más adecuado, al menos para el estudio de la cuestión que nos ocupa tal como la hemos dejado planteada desde el principio —y debo decir en seguida que, aunque no es objeto de investigación directa e inmediata en Romano, ya que para él lo es la ratificación, no deja de interesarle, y lo estudia con atención y constantes referencias—.

Aborda ese autor el estudio de nuestro problema desde la perspectiva y situación jurídica del falso representante, es decir, lo que éste es o tiene, y aquello de que carece, orientado fundamentalmente en función del acto de disposición que su actuación comporta; en lugar de estudiar el negocio (contrato) en sí, en su esencia y estructura, en sus caracteres, en lo que tiene y de que adolece, pero todo ello, insisto, referido al acto (y no al actor), que es lo que nos preocupa y tras cuya naturaleza y situación vamos. En Romano, tanto cuando estudia la ratificación como si se refiere al negocio a ratificar, es el *falsus procurator* el centro primario de su atención, más que el acto. Por ello, aunque estemos muy próximos en las conclusiones (o en su mayor parte al menos), entiendo que deja irresueltos algunos de nuestros problemas (171); a lo que me referiré con mayor detenimiento y precisiones cuando me pronuncie desde mi punto de vista.

### III. NECESIDAD DE NUEVO ENFOQUE.—POSICION PERSONAL

#### 1. POSIBILIDAD DE NUEVOS PUNTOS DE VISTA Y CONSTRUCCIÓN

Lo insatisfactorio, en mayor o menor grado, de las opiniones y soluciones doctrinales antes vistas, alumbradas en un terreno eminentemente dogmático, fruto de un puro discurrir lógico-jurídico, parece aconsejar nuevos planteamientos, distinto punto de vista y de partida. La lógica, ha dicho Pugliatti (172), es para la ciencia un instrumento de sistematización, pero no garantiza la verdad intrínseca del resultado.

(171) Entre otros, el principal para mí y para el objeto de este trabajo sobre la naturaleza y situación de «nuestro» contrato, la justificación de la protección jurídica que se dispensa a ese «status», el alcance de cierta vinculación que crea aquella situación alumbrada por el falso representante y el tercero (pues no es absolutamente ineficaz, en cuanto desprovista de todo efecto jurídico, como veremos) y otros de que me ocuparé.

(172) PUGLIATTI, «Logica e dato positivo», en *Archivio giuridico*, 1935, p. 158 (citado por HERNÁNDEZ GIL, «Metodología de la Ciencia del Derecho», t. I, Madrid, 1971, p. 196).

Y a nosotros nos interesa más un buen resultado jurídico que dialéctico, de acuerdo también con Hernández Gil (173).

De otro lado, no parece hoy viable ni satisfactoria jurídica y metodológicamente una construcción jurídica hecha a espaldas del ordenamiento positivo, válida «*hic et nunc*», o sin la seguridad, al menos, de su compatibilidad con éste, tras el oportuno contraste. Y aquellas construcciones doctrinales de que dejo hecha mención en el apartado anterior, por estrictamente conceptuales y teóricas unas, o por referidas otras a sistemas jurídicos foráneos, se nos presentan por ahora con aquellos caracteres de desvinculación respecto de nuestro Derecho, para el que pueden resultar inaplicables o inútiles, o merecedoras quizá por el contrario de su respaldo si fueran viables a la luz de nuestros textos legales. He ahí, pues, otra razón, más poderosa aún, para intentar una revisión de toda la problemática antes expuesta y desgranada desde otro ángulo, con distinta óptica.

Pero aún hay más. El centro de gravedad de nuestra preocupación debe ser el problema en su esencia y en su base, como ha puesto de manifiesto —de actualidad fuera mejor decir, pues el descubrimiento no es nuevo, como sabemos— la moderna metodología, y muy especialmente Theodor Viehweg; y toda la construcción jurídica, como toda jurisprudencia, debe tenerlo presente en su planteamiento y en su búsqueda de soluciones (174). Tenemos, pues, que definir, delimitar claramente nuestro «problema», no tanto como planteamiento teórico cuanto como realidad vivencial, acaecimiento humano y jurídico que tiene una motivación, un fundamento, una razón de surgir y una necesidad de solución acorde con esos antecedentes.

El ordenamiento, ha dicho alguien (175), no se mueve por consideraciones lógico-dogmáticas, sino por motivaciones de intereses. El artículo 1.259 y demás del Código, que nos ocupan, como otros preceptos, no son ni una pura exigencia lógica ni una ficción legal, sino una fórmula normativa de reglamentación de intereses. Por tanto, parece indicado, quizá necesario incluso, adoptar aquí una actitud tópica y funcional frente a la dogmática de otrora, casi jurisprudencia de conceptos, entre la que se debate la mayor parte de la doctrina y opiniones vistas ante-

(173) Op. loc. cit.

(174) THEODOR VIEHWEG, «Tópica y jurisprudencia», trad. esp. de Díez-PICAZO, Madrid, 1964. Toda la obra es sobradamente interesante en este tema, y las citas podrían, deberían ser muchas, y largas. Haré una sola, que no puede ser breve: «si es cierto que la tónica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tónica. Es preciso, por ello, descubrir en la tónica la estructura que conviene a la jurisprudencia. Intentaremos hacerlo estableciendo los siguientes tres presupuestos: 1) la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; 2) las partes integrantes de la jurisprudencia, los conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligados de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidos desde él; 3) los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema; cualquiera otra es preciso evitarla» (pp. 129-130).

(175) Díez-PICAZO, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», Madrid, 1970, p. 537.

riormente. Y al modo como hace Díez-Picazo en materia de vicios del consentimiento en el contrato —donde dice que «más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que hay que hacer es definir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual» (176)—, estimo que también nosotros podríamos enfocar nuestro problema de forma parecida, y con esa óptica no me parece incorrecto pensar que más que ante una dogmática categoría de nulidad, inexistencia, ineficacia o consentimiento contractual deficiente, estamos en presencia de un supuesto ante el que hay que decidir sobre la procedencia, justicia o injusticia de unas vinculaciones, posibilidades de revocación o de ratificación, con qué fundamento, en qué términos y hasta dónde. Lo cual no será obstáculo, creo yo, para por ese conducto, con ese enfoque, intentar luego, resuelta ya esa cuestión, una explicación de lo que ocurre en la mecánica jurídica de tal situación y relativa vinculación, explicación, si es posible, que siempre podrá ser útil y fecunda —era ése, precisamente, nuestro propósito inicial, como lo dejamos planteado al inicio de este trabajo—, con tal de que los árboles no impidan ver el bosque: que la cuestión dogmática (inútil o insuficiente «per se» y para sí, valiosa en función de una solución y una construcción coherentes dentro de un sistema jurídico determinado) no borre la «ratio» y la teleología de la norma y de la institución.

Tengo que anticipar que no garantizo, sin embargo, esa asepsia que sugiero, ni puedo asegurar (sería demasiada presunción) no caer en la tentación dogmática. Conste al menos mi propósito.

## 2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO A LA ACTUACIÓN DEL «FALSUS PROCURATOR».

Consecuente con cuanto antecede, pienso que para clarificar el «problema» —dentro de la actitud tópica—, para penetrar en él, antes de abordar soluciones debemos conocer su etiología y fundamento, y el de la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a esa situación. Fundamento que debe guardar íntima relación con la naturaleza de ese «quid» jurídico que vamos buscando, ya que forma parte de su «ratio», está en la base de aquélla, es su propia justificación, y por tanto permitirá comprenderla mejor.

Efectivamente: ¿por qué nace o a qué se debe, cuál es la motivación jurídico-social de esa tan particular «species» jurídica que es el contrato del *falsus procurator*? ¿Por qué el legislador permite precisamente este tipo de ingerencia de que nos venimos ocupando (cuando sabemos que no toda ingerencia está permitida, y alguna hasta es antijurídica: recuérdese la máxima de Digesto «culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti»)? ¿Por qué incluso protege esa intromisión del falso representante, sin poder alguno, o insuficiente, otorgando un «status» es-

pecial, muy particular e interesante, a algo que por haberse hecho en nombre y para una persona con la que no se ha contado en absoluto (o lo hecho fue excediéndose de lo concretamente encargado) debiera quedar en principio como inocuo o irrelevante? Porque una cosa es cierta e indiscutible: lo hecho por el *falsus procurator* es efectivamente relevante para el Derecho, éste le otorga un «status» particular, crea o le reconoce unas determinadas consecuencias jurídicas, una cierta y especial vinculación por débil que sea (177), mantiene como viable, susceptible de ser completado, algo que teóricamente y en puridad de principios debería ser «nada», un «todavía no» al que normalmente no se concedería más importancia mientras no «es» lo que pretende ser. Y ante todo eso, me viene llamando poderosamente la atención este grave interrogante: ¿dónde está la razón de esa protección, de aquella especial vinculación con cierta eficacia jurídica, puesto que ahí hay algo que dura hasta la revocación del tercero o la ratificación del *dominus*, no obstante la inexistencia de consentimiento auténtico (a efectos jurídicos), durante ese tiempo, de una de las partes?

En el primer aspecto antes sugerido —etiología de nuestra figura; causa, motivación jurídico-social, pero no individual (no nos interesa aquí lo psicológico individual), sino en cuanto fenómeno jurídico general—, es evidente que esta ingerencia ahora estudiada, que goza de un status y una protección, no es la *inmisión antijurídica* en la esfera ajena a que he aludido; ni siquiera (en general) una ingerencia en el patrimonio de una persona totalmente ajena a quien lo hace, sin relación alguna con ella y sin otro móvil que el de molestar o meterse donde no le llaman. Entiendo que la motivación que vamos buscando se halla en el ánimo por parte del gestor de ayudar o favorecer al *dominus negotii*, con espíritu de benevolente colaboración basada en cierta relación de proximidad, personal o jurídica, entre ambos, proximidad que permite al pseudorrepresentante esperar que el interesado no desaprobará su actuación, respaldará lo hecho en esa confianza y ratificará el negocio emprendido. Nuestra figura nace, pues en un ambiente jurídicamente sano, corresponde eminentemente al campo de lo altruista, con frecuencia, o al menos, de los móviles buenos y valiosos, en general. Su etiología no es antijurídica, patológica. Aunque haya a veces cierta desviación de una línea habitual, o de otra prevista y concertada, le salva precisamente lo honorable y digno del propósito que anima al falso representante.

---

(177) Me he referido en alguna ocasión anterior a esa especial vinculación y ciertos efectos jurídicos que produce antes de la ratificación el negocio del *falsus procurator*. Volveré a ocuparme de ello con más detenimiento más adelante. Pero creo deber anticipar ya desde ahora algunos de esos «efectos» (que no son los típicos efectos negociales del contrato o negocio elegido): cierta vinculación (no contractual todavía), pues el tercero debe revocar lo hecho para quedar totalmente desvinculado si quiere evitar una ulterior o retrasada ratificación; una delimitación objetiva del contenido negocial, que nadie puede variar unilateralmente ya antes de la ratificación; posible responsabilidad en algunos casos del *falsus procurator* frente al tercero (sobre todo cuando haya ocultado su carencia o límites del poder) en caso de frustración, no ratificación, del negocio por el *dominus* y por los perjuicios que aquél haya podido sufrir con ello (interés contractual negativo);...

Por tanto, al dispensar el ordenamiento jurídico aquella especial protección a lo hecho por el *falsus procurator*, a que antes aludía, y al dictar el legislador el artículo 1.259 y asimilados del Código, no está pensando tanto en el caso de que una persona otorgara contrato en nombre de otra total y lejanamente extraña (por ejemplo, si yo vendo en nombre de Paul Getty su colección de cuadros célebres, o la torre Eiffel en nombre del Ayuntamiento de París), como en el caso en que el extraño y representado es relativamente próximo (no tanto en el orden físico, como humano), y si bien no hay poder suyo ni representación legal, se goza en alguna forma y proporción de su confianza cuando no de su consentimiento moral, actual o probable (178). Quiero decir con ello que la imagen mental del legislador, en mi opinión, será aproximadamente la de este otro ejemplo: si yo compro para mi hermano, y en nombre de éste, mas sin su autorización ni poder, un coche de segunda mano a muy buen precio, sabedor como soy de que está buscando con urgencia coche de ese tipo; o si vendo en nombre de mi amigo su finca porque creo haber encontrado buen comprador y hecho buena operación, y mi amigo necesita vender. Son sólo ejemplos de contrato por otro sin poder, necesitados de ratificación; son, ya sé, cierto tipo o muestra dentro de los posibles, un tanto distantes si se quiere del otro de la colección de pintura de Getty, pero aunque el artículo 1.259 C. c. no distingue, creo que no cabe duda de que ese precepto está mucho más cerca de aquellos que de éste.

Volviendo al tema del fundamento, creo que como justificación de fondo, como fundamento remoto, podemos encontrar en primer lugar el que suele atribuirse en general a la gestión de negocios ajenos, prototipo más genérico de ingerencia no autorizada, pero justificable, al delimitarla frente a la antijurídica o prohibida: razones de solidaridad social, espíritu de benevolencia, unidos a criterios de utilidad individual, y por su conducto, también social, como apunta De Semo (179); o «una razonable atemperación entre el principio individualista, que excluye toda ingerencia, y el principio altruístico que, en definitiva, sabiamente disciplinado por la ley, redundaba en beneficio del dominus» (Biondi (180)). Justificación esa que, aunque no

---

(178) Tal es la situación, en el fondo, que se da en el caso del mandatario o apoderado que se extralimitan del mandato o poder conferidos, los cuales, sin embargo, son «próximos» al mandante o representado, y aun no habiendo adecuado su actuación al encargo recibido y no estando autorizado para realizar lo hecho, goza de la confianza del *dominus* (pues ya es mandatario o apoderado) y cree poder obtener su aprobación.

(179) DE SEMO, op. cit., p. 25, donde pueden verse numerosas citas sobre esta cuestión sacadas de la bibliografía italiana. Buscando más lejanas u originales referencias en esta materia, citaré las que LACRUZ invoca, hablando de la *negotiorum gestio*: «los jansenistas ven en ella una aplicación de la ley que nos ordena hacer por los otros lo que querríamos hicieran por nosotros (DOMAT), y la escuela de Derecho natural un reflejo civilista del gran deber de filantropía y benevolencia universal» («La gestión de negocios sin mandato», trabajo inédito todavía, al que me he referido en otro lugar).

(180) BIONDI, «Gestione rappresentativa e ratifica», Foro ital., 1954, I, 99, que cita en su apoyo a KOHLER, quien habla a este respecto de «Menschenhilfe» (que podríamos traducir como «ayuda o solidaridad humana»).

aflora clara o expresamente en nuestro sistema jurídico positivo, no parece haber inconveniente alguno en afirmarla de nuestra «negotiorum gestio» y de toda ingerencia justificable, que se acomodan a aquel fundamento en su planteamiento y en su regulación legal.

Aceptado, pues, que razones de solidaridad social y de utilidad individual y social «legitiman» remotamente y en principio el hacer del *falsus procurator*, tengo, sin embargo, la impresión de que aquí hay algo más, y que la protección jurídica que se dispensa a nuestra institución se basa, además en razones más próximas y concretas, por exigencias de su propia especialidad respecto de una genérica ingerencia.

Habría que profundizar seriamente en este punto, con mayor detenimiento, y yo no lo he hecho por ahora. Pero me da la sensación de que ahí se está dispensando aquella protección en unos casos a una apariencia (la que ha podido ostentar el *falsus procurator* o el mandatario que se extralimita, frente al otro contratante), y no se olvide la importancia que en el tráfico jurídico tiene la apariencia, y la protección que con frecuencia se le otorga en aras de la seguridad del tráfico. En otros, a ciertas situaciones interinas o provisionales con vocación y probabilidad de subsistencia —al modo como se protege, por ejemplo, la posesión, en cuanto avanzada de la propiedad o por las perspectivas de consolidación y continuidad de que hablara F. Heck; el negocio del *falsus procurator* es una avanzada del verdadero negocio, y ofrece perspectivas de consolidación— (181). En alguno, a ciertas expectativas jurídicas, las que el falso representante ha dejado abiertas al *dominus* y al tercero contratante en sus respectivos puestos. Y al propio tiempo y en la mayor parte de los casos —y me inclino a pensar que esto es lo prevalente en nuestro ordenamiento positivo dados los términos en que se halla redactado el artículo 1.259 C. c., básico en este terreno— un «iter negocial» iniciado, que para su perfección necesita del sí del *dominus*, de aquel que ha de encajar los efectos (182).

Pienso, por otra parte, que no son incompatibles entre sí esos fun-

---

(181) En ese sentido creo que cabe entender el principio que a veces se invocó en este terreno, llamado de la conservación de la *gestio*, apuntado por MITTEIS, «Die Lehre von der Stellvertretung», citado, p. 218 y ss.; y las ideas de PACCHIONI cuando, buscando un fundamento a la tutela jurídica al contrato del falso representante, dice: «reconociendo el derecho una representación fundada sobre la ratificación, no puede haber querido tutelar sino la posibilidad de funcionar eficazmente de esta forma de representación... Por haber querido tutelar el Derecho esa forma de representación resulta que debe haber querido atribuir, antes de la ratificación, algún efecto...» («Della gestione degli affari altrui», cit., p. 409).

(182) Creo que está en esa línea la idea que tiene F. ROMANO del fundamento de nuestra figura jurídica: «El representante sin poder inicia un proceso para el que puede preverse algo que lo complete y lo reorganiza, en el sentido de reconducir todo el movimiento (actuación) al esquema de un fenómeno técnicamente definido y jurídicamente relevante como negocio representativo; pero en tanto aquella acción iniciada, que bajo el punto de vista de la eficacia deficiente y de la falta de poder no tendría relevancia alguna como acción representativa, se presenta a la atención como sustancialmente significativa, intrínsecamente valorable como acción iniciada. Toda la investigación sobre este tema viene, en el fondo, sugerida por la exigencia de justificar técnicamente un *ejercicio* desvinculado del poder, pero conservable y funcional como ejercicio» («La ratifica nel diritto privato», cit., pp. 36-37).

damentos, y que pueden concurrir, todos o algunos, conjunta y paralelamente, destacando en algunos casos uno más que otro. Así, por ejemplo, sobresale el aspecto de apariencia jurídica en el caso del mandatario que es conocido como tal por la otra parte contratante y que traspaasa los límites del mandato o del poder sin haber exhibido éste u ocultando aquella extralimitación, e igualmente en la hipótesis del *falsus procurator* que oculta su carencia de poder y se autopresenta como representante autorizado. Pero de otro lado, veo omnipresente, aunque más difuminada y al fondo, la protección de la provisionalidad y la perspectiva de continuidad que ofrece aquel negocio, y de las expectativas jurídicas creadas para el *dominus* y el tercero, absorbidos estos aspectos, en mi opinión, por el prevalente del «iter negocial» iniciado por el *falsus procurator* y su cocontratante, que por propia previsión legal en nuestro sistema jurídico —y quiero subrayar que ahora estoy meditando, razonando de cara a él, no en abstracto—, es camino válido y correcto, aunque todavía parte sólo del total a recorrer, para llegar a alcanzar los efectos jurídicos buscados y la satisfacción de intereses individuales cuya protección y realización se encuentra también, precisamente, por esa vía legal, aunque sea ésta menos frecuente (183).

El artículo 1.259 C. c. es capital en este punto, como precepto tipo y por su claridad a este respecto. Recuérdese que, como ya dije —y parece evidente—, el contenido sustancial de este precepto se orienta en un doble sentido: al propio tiempo que establece, de un lado, que nadie puede invadir la esfera jurídica ajena sin estar autorizado, admite claramente que, a falta de justificación previa de la ingerencia, en defecto de autorización anterior, pueda llegar ésta «a posteriori» a través de la ratificación del *dominus*; es decir, que es indiferente que el consentimiento del afectado por el negocio llegue antes o después de la actuación que por y para él y en su nombre ha llevado a cabo su representante. Por tanto, jurídicamente, tan legal y correcto (en cuanto actuación dentro de una previsión normativa) es el camino negocial que iniciado con un apoderamiento y seguido de unos tratos entre apoderado y tercero deviene contrato pleno y perfecto, como aquel otro en que el representante no apoderado inicia y cierra con tercero tratos a favor de su representado, incorporándose después el consentimiento negocial de este último, imprescindible tanto como el poder en el primer caso para que el «negocio» preparado sea eso, lo que pretende ser.

---

(183) Tengo la impresión de que no es ajena, o al menos lejana a esa visión que sugiero en el texto, la de ROCA SASTRE cuando dice: «Se trata de un negocio ya realizado que hay que procurar salvar, mediante normalizar la situación de pendencia en que el mismo se encuentra. Ha de ser posible, en los casos de extralimitación de poder o de gestión sin poder, que se aclare la situación. La ratificación es el medio más indicado para ello, pues transforma lo que ha sido una extralimitación en un negocio normal» (op. cit., «Estudios de Derecho Privado», vol. I, p. 471). Hay que aclarar una situación y hay que salvar un negocio, dice ROCA. Hay, pues, algo incierto, y algo provisional o no consolidado. Y lo que hay que salvar no es tanto en función de un negocio como tal, sino de unos intereses de que aquél es vehículo, y que es realmente lo que protege el ordenamiento jurídico (intereses reconocidos como valiosos, no abstractas figuras jurídicas).

Esa es la posición de nuestra jurisprudencia, a la que aludiré más ampliamente en su momento, cuando refiriéndose indistintamente al artículo 1.259-2.º y al 1.727-2.º C. c., ha dicho que «la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori, cual es el consentimiento del principal» (sentencia T. S. de 14 de diciembre de 1940), doctrina que ha reiterado luego en numerosas ocasiones y a veces con idénticos o muy parecidos términos, en las sentencias de 7 julio 1944, 29 marzo y 10 octubre 1963, 13 diciembre 1965, 11 julio 1966 y 31 marzo 1971, a las que me referiré con citas textuales y hago expresa remisión.

Es obvio, pues, que nuestro negocio en espera de ratificación —a cuya situación y naturaleza viene referido este trabajo, y en función de lo cual van todas estas consideraciones— es algo normal (no obstante su excepcionalidad en el orden estadístico, por poco frecuente) dentro del marco institucional negocial. No es una situación irregular o patológica como podría decirse de la anulabilidad, rescisión, resolución, e incluso de la misma nulidad, que pueden afectar al negocio en general, en el que inciden negativamente. El ordenamiento jurídico lo contempla desde el ángulo de la normalidad y la previsión normativa, a la que se adecúa en su acaecer y en su desarrollo, es decir, en su versión positiva (porque hay previsión normativa para las situaciones anormales o irregulares; pero ese me parece un lado negativo: inadecuación al desarrollo normal buscador de efectos). Y lo protege en cuanto medio legal normal, vehículo adecuado, aunque resulte un poco más complicado de lo ordinario, para alcanzar fines negociales y regulación de intereses que considera valiosos. Es decir, que el Derecho positivo, nuestros artículos 1.259 y 1.727-2.º C. c., protegen, al regularlo, no sólo expectativas, posiciones e intereses individuales, sino también los medios técnicos que prepara para alcanzar aquellos, y las situaciones jurídicas que comporta su desarrollo institucional.

Creo que esto, si pareciera correcto, deja contestadas las preguntas que antes nos hacíamos, al plantearnos el problema del fundamento de nuestra figura y la justificación de su propia situación en sí (que otros han visto como algo extraño e irregular) y de su protección en cuanto forma de ingerencia, que ahora nos parece menos ingerencia irregular y más aún un medio o procedimiento de cooperación al hecho jurídico ajeno dentro de un orden y normalidad constituidos (184).

Ahora bien: ¿hasta qué punto se adecúa todo lo que más arriba dejo apuntado en el plano del fundamento o justificación de nuestro negocio, que tanto me preocupaba, con la mecánica funcional del ne-

---

(184) Pero creo que al propio tiempo esa explicación nos proporciona una etiología, o mejor aún, queda relacionada con la que anteriormente he apuntado, y visto que lo problemático, su particularidad, se halla en la génesis y en el desarrollo de nuestro negocio, dentro de aquel contexto, parece indicado orientar en ese sentido la investigación que nos preocupa, pues no hemos renunciado a llegar a conocer (a intentarlo al menos) la íntima y jurídica naturaleza, y a explicar en lo posible la situación del contrato del *falsus procurator* antes de su ratificación, aunque tratemos de hacerlo por nuevos caminos.

gocio representativo que es el del *falsus procurator*? Dicho en otras palabras: aquella explicación mía de la justificación de dicho negocio —que cree ver en ello una protección del ordenamiento jurídico a un iter negocial iniciado, como medio idóneo para alcanzar fines negociales—, ¿es compatible en el orden dogmático (que tampoco desdeño), y dentro de nuestro sistema jurídico, con una correcta y consecuente construcción del negocio representativo y su mecánica sobre la incidencia de los efectos negociales en el representado?

Mi explicación anterior, en el ámbito del fundamento, pudiera comportar cierta petición de principio si quedara reducida a aquellos términos, particularmente por lo que afecta al juego de las voluntades de representante y representado en el negocio del *falsus procurator*, cuestión nada pacífica en la doctrina de la representación, como es sabido. Creo por ello obligado dar una explicación cumplida de mi posición expresada —en cuanto entiendo incorporada al negocio del representante sin poder la voluntad o el consentimiento del *dominus* (a través de la ratificación) para llegar a ser completo y perfecto el negocio que antes no era, según dejo apuntado, sino una parte de un largo camino negocial al que el Derecho dispensa su protección en un más amplio orden institucional—, lo que exige referirme, aunque brevemente, al valor que en el negocio representativo, en general, y en el del *falsus procurator* más especialmente, tienen las voluntades de representante y representado, sobre todo la de este último en nuestro concreto negocio aquí estudiado.

### 3. LA VOLUNTAD DE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO EN EL NEGOCIO REPRESENTATIVO

#### A) *Su función en el negocio representativo ordinario*

Nuestro problema se halla, efectivamente, inmerso en otro más general y amplio, como es el del juego y función que desempeñan las voluntades de representante y representado en el negocio representativo —y ello, obviamente, por ser negocio representativo el llevado a cabo por el *falsus procurator*, como entiende la mayor parte de la doctrina moderna (185)—.

No es éste, ciertamente, momento oportuno para traer aquí ese

---

(185) Pueden citarse, a título de ejemplo, como favorables a considerar representativo el negocio llevado a cabo por representante sin poder: ROSEMBERG («Stellvertretung in Prozess», Berlín, 1908, pp. 9-10), REGELSBERGER («Pandekten», Leipzig, 1893, p. 582) —citados éstos por PUGLIATTI, «Il conflitto d'interesi tra principale e rappresentante», en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 58—, y ZITELMANN, GOLDMANN, LILIENTHAL, CROME, STAUDINGER (citados por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 2), más los propios PUGLIATTI y GRAZIANI citados y ENNECERUS-NIPPERDEY («Tratado de Derecho Civil», t. I, vol. 2.º, pp. 244 y 266, trad. esp., 1950), aunque con menos claridad. Y se han pronunciado en sentido contrario RIEZLER, HOLLANDER, CARBONI (citados por PUGLIATTI, op. loc. cit.) y HOLDER, BRINZ-LOTMAR, KOEPPEN (citados por GRAZIANI, op. loc. cit.).

viejo y quizá irresuelto problema en toda su dimensión, del que me he ocupado en otro lugar (186). Parece inevitable, sin embargo, dejar constancia de mi opinión al respecto, a los solos efectos de toma de posición en cuanto determina la otra concreta, que aquí interesa más, relativa a nuestro estudio: la del contrato (representativo) del *falsus procurator*, y su naturaleza y situación.

Entiendo, como cuestión de principio y punto de partida, que por ser el negocio jurídico un medio técnico que el Derecho pone a disposición del individuo para la regulación de aquellos de sus intereses que caen dentro del campo de la autonomía de la voluntad («medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico»,

---

(186) A ese tema he dedicado mi trabajo «La voluntad negocial y la representación (Ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio representativo)», publicado en el libro homenaje a Roca Sastre. Allí me he ocupado ampliamente de las tesis o soluciones fundamentales dadas al problema apuntado en el texto, de las que las más importantes, en obligada síntesis, son:

a) La de SAVIGNY, que entiende que la única voluntad relevante en el fenómeno representativo es la del representado, que es el único que formula una verdadera voluntad negocial; el representante, cualquiera que sea la amplitud y concreción del poder que se le ha dado, no es para SAVIGNY sino un mero portador al tercero contratante de aquella verdadera y única voluntad negocial: de esa forma viene a quedar asimilado, o muy próximo, el representante al *nuncius*. La tesis de SAVIGNY (que desarrolló en su «Derecho de Obligaciones», t. II, § 57) tuvo cierto predicamento en un primer momento y fue aceptada o seguida por RUHSTRAT, DERNBURG, HELMANN y otros; pero luego fue duramente criticada, primero por CURTIUS y THÖL, y más a fondo por MITTEIS y HUPKA.

b) Teoría de la ficción, relativamente próxima a la anterior. Se debe a WINDSCHEID, que en una primera formulación decía que la declaración del representante llega al negocio y opera como declaración del representado; pero luego él mismo, consciente de la inviabilidad doctrinal y práctica de esa tesis, la modificó en el sentido de que «como declaración de voluntad del representado no viene pensada (fingida) la declaración de voluntad del representante, sino una declaración de voluntad como la del representante...» («Diritto delle Pandette», trad. italiana de FADDA y BENZA, t. I, § 73, nota 16); el fundamento jurídico, pues, de la representación es por tanto y para aquel pandectista una ficción. Fue seguida también por BUCHKA y LABAND, pero enseguida la crítica explotó contra ella el punto débil que ofrecen todas las que se fundan en ficciones.

c) Teoría «del doble negocio», de THÖL: los efectos jurídicos de la actividad gestora del representante —dice este mercantilista alemán— no nacen ni se producen para el representado sólo del contrato que aquel celebra con el tercero, sino de algo más complejo, que THÖL desglosa en dos contratos: el que el representante celebra con el tercero con base en el poder (contrato base, «Grundvertrag» en la terminología del autor), y el que por efecto de la relación que engendra el poder, estipula el *dominus* con el tercero también (contrato principal, «Hauptvertrag»). Todo eso lo justifica THÖL diciendo que el representante no desempeña sólo la función de comunicar al tercero la voluntad del representado, sino también la de transformar la voluntad general de éste en otra voluntad contractual concreta, de modo que el representante puede considerarse como el generador de la voluntad del *dominus*.

d) Teoría de la representación («Repräsentationstheorie»). Significa la posición extrema y opuesta a la de SAVIGNY, y basada en el centro de gravedad a la voluntad del representante, única verdadera del negocio representativo. Se funda esta doctrina sobre la idea de que en el fenómeno representativo, y en el negocio de esa clase, debe distinguirse un portador de la voluntad negocial (el representante) y un destinatario del interés (representado): el primero es el verdadero y único contratante, quien con su voluntad unida a la del tercero da vida al negocio, cuyos efectos en definitiva inciden sobre el representado; la voluntad negocial es indi-

ha dicho Albaladejo), y no variando esa premisa en materia de negocio representativo —pues el instituto de la representación no altera los planteamientos de la autonomía privada ni del negocio jurídico—, ha de concluirse que el negocio (representativo) que afecta a la esfera jurídica de determinada persona tiene que contar con la voluntad de ésta de quedar afectada por aquél: en otro caso quedaría violado el principio fundamental expresado. «En nuestro ordenamiento jurídico —he dicho en otro lugar (187)— y en el campo del negocio representativo hay dos formas de expresión de la voluntad del interesado: el poder, como previa, y la ratificación, a posteriori. Ambas desempeñan idéntica función (lo que no quiere decir que sean idénticos ne-

---

visa del representante. La conexión entre esas dos distintas esferas (voluntad del representante; efectos en y para el representado) se establece mediante un «aparato conductor», que REGELSBERGER llamará «poder representativo» o «poder de representación». El poder conferido al representante por el *dominus* es sólo el presupuesto y el límite para la eficacia en el representado de aquella voluntad negocial. El padre de esta teoría es IHERING; fue seguida ampliamente en Alemania (UNGER, BRINZ, REGELSBERGER, ENNECCERUS, ZIMMERMANN y KARLOWA, en quienes adquiere ciertos matices originales...), y ha sido remodelada por VON THUR y HUPKA, a través de los cuales ha adquirido mayor difusión. Es la que más influencia ejerció en los legisladores alemanes y a la que mejor se acomoda el B. G. B.

e) Doctrina de la cooperación de la voluntad de representante y representado, de MITTEIS. Representa la posición intermedia entre las dos extremas aludidas, excesivamente unilaterales. Para MITTEIS, y con objeto de superar los inconvenientes de esas visiones parciales por unilaterales, debe tomarse en consideración ambas voluntades, y la función que cada una de ellas tiene en la creación del negocio representativo. Distingue para ello los casos de poder especialísimo y los de poder generalísimo, donde predomina, respectiva y casi exclusivamente, las voluntades del representado y la del representante, y los casos intermedios en que la voluntad negocial de cada uno es parcial, en mayor o menor proporción. El tratamiento que hay que dar a cada uno de esos casos es diferente, y no nos interesa por ahora. Lo importante para MITTEIS es que la voluntad negocial está constituida siempre por la cooperación de las dos manifestaciones volitivas. Tiene esta teoría la ventaja de orillar los inconvenientes que comporta (y que aquí no podemos analizar ni descender a una crítica detenida) la unilateralidad de las teorías de SAVIGNY y de IHERING. Pero se ha criticado también, en cambio, a MITTEIS (a quien siguen CROME y TARTUFARI) el basar su distinción y su construcción en un criterio cuantitativo de voluntades, más que cualitativo.

f) Otra teoría de la cooperación de voluntades es la de PUGLIATTI, que él llama de la «cooperación funcional o cualitativa» (precisamente para superar las dificultades de la anterior), según la cual «ambas voluntades concurren al nacimiento del negocio, pero no en medida cuantitativamente diferente, como sostiene MITTEIS, sino con función diversa por naturaleza y por cualidad. El representado emite el acto de decisión, y de ahí que su manifestación volitiva constituye, «a parte subjecti», el elemento formal de la voluntad negocial, el presupuesto de su legitimación jurídica, sea personal u objetiva; y el representante, por el contrario, aporta la voluntad del contenido, es decir, la materia del acto volitivo negocial, el cual sin embargo sigue siendo uno aunque constituido por la síntesis de dos elementos («L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», cit., en *Studi sulla rappresentanza*, p. 23). De ello deduce: que ambas voluntades son necesarias para que surja el fenómeno representativo, en la representación voluntaria; y que las dos voluntades permanecen autónomas desde el punto de vista estructural, y se unen entre sí funcionalmente. Parecidas a estas ideas, aunque en términos no muy distintos, son las de GRAZIANI, según pudimos ver en su momento.

(187) Trabajo y lugar antes citados.

cesariamente): expresar la voluntad negocial del *dominus* de quedar afectado, cumplir con aquel principio esencial.»

Aunque el apoderamiento (y lo mismo puede decirse de la ratificación) se presenta formal y exteriormente como algo autónomo y separado del negocio representativo, ello ocurre sólo desde un punto de vista estructural, pero no en el orden funcional (más importante), donde no puede desligarse del negocio para el que va proyectado: el poder, el apoderamiento, no son nada en sí ni para sí, no tiene finalidad o razón de ser propias, «per se», sino que son algo únicamente en función de otro negocio. Por tanto, aunque prima facie el apoderamiento se presente desconectado del negocio representativo, funcionalmente es parte de éste, proyección previa de éste que sólo adquiere sentido incorporado teleológicamente a dicho negocio (188), con el que se forma un «complexum» a que luego aludiré. El poder, con esa visión funcional, es el medio técnico o vehículo que incorpora la voluntad del representado a ese negocio (representativo).

No es cuestión pacífica la de determinar en qué forma participa esa voluntad en dicho negocio, sobre la que tanto se ha discutido de Mitteis hasta aquí. Cierta reciente doctrina española (Díez Picazo, F. de Castro, Lacruz Berdejo, sobre todo (189), que da relevancia a la voluntad del representado —frente a otra doctrina anterior, que aceptaba la de la teoría de la representación—, parece referirse a una participación del *dominus* en la determinación del contenido negocial cuando lo haya concretado en las instrucciones del poder. Creo, por mi parte, que esa forma de participación volitiva del principal en el negocio representativo, que no siempre existe (o puede no existir), no es, tampoco, la más importante; es otra la más relevante, y la que tiene que darse siempre: la voluntad del representado de apropiación, o afectación a la propia esfera jurídica, del contenido efectual del negocio, es decir, en cuanto supone «autorregulación de los propios intereses» en que consiste todo negocio. Porque una cosa es cierta: el representante no autorregula intereses propios. El único que hace eso es el representado. Por tanto, en la concepción de negocio jurídico de que hemos partido y hoy prevalente, la voluntad más valiosa y trascendente —en cuanto única dirigida a una autorregulación de intereses— es precisamente la voluntad del representado: no puede haber auténtico negocio sin esa voluntad, que no falta, ciertamente, en el negocio representativo: le precede (apoderamiento), o le sigue (ratificación).

---

(188) «Pero hay más —he dicho a este respecto en mi trabajo ya citado, al que me veo obligado a remitirme una vez más—. El poder no es requisito imprescindible del negocio representativo ni presupuesto necesario para que en éste los efectos de la actuación del representante se produzcan directamente en la esfera jurídica del representado, desde el momento en que se logra la misma finalidad y efecto por medio de la ratificación ulterior del *dominus*: ello es bien claro en nuestro ordenamiento jurídico a la vista del artículo 1.259 C. c. y de la jurisprudencia tantas veces aludida». (A esa jurisprudencia me referiré ampliamente más adelante).

(189) A la doctrina española, y a esos autores en concreto, dedico también especial atención en el trabajo mío tantas veces aludido, al que me remito aquí nuevamente para no alargar en exceso el presente.

Aunque autónoma exteriormente esa voluntad del *dominus*, funcionalmente se integra en el negocio representativo, y en cuanto el apoderamiento pueda presentarse como negocio autónomo, creo que es uno de esos negocios accesorios de que hablara Santoro-Passarelli, o negocios conjugados de Betti (190). Le aporta, en todo caso, no sólo, y no tanto una cantidad de contenido negocial (que puede haber, aunque no necesariamente) sino fundamentalmente un aspecto cualitativo, lo que Pugliatti ha llamado «acto de decisión», «el elemento formal de la voluntad negocial, el presupuesto de su legitimación jurídica» (191).

En mi opinión, pues, y a modo de resumen, en todo negocio representativo intervienen eficazmente, tanto la voluntad del representante como la del representado. La primera, más ostensible, va dirigida a determinar el contenido efectual del negocio (en lo que puede operar también el *dominus*); la segunda va dirigida fundamentalmente a la autorregulación de los intereses del principal, a la apropiación o incorporación del contenido efectual a la esfera jurídica del representado: sin esta voluntad del *dominus* no puede haber negocio, pues es esencial al mismo.

#### B) *El papel del representado en el negocio del «falsus procurator»*

El negocio del *falsus procurator* es —lo reconoce la mayor parte de la doctrina, incluso la clásica de la representación, como dije— tan negocio representativo como el de representante con poder suficiente. Pero ¿qué hay en el orden negocial antes de que llegue la ratificación?; ¿qué función desempeña ésta, en cuanto consentimiento del *dominus*, en aquel negocio?

De lo que anteriormente tengo dicho puede deducirse en seguida y a primera vista que lo único que ha podido poner el *falsus procurator* a contribución del negocio que prepara, es lo que antes he llamado

---

(190) Vide SANTORO-PASSARELLI, «Doctrinas generales del Derecho civil», trad. esp. cit., p. 260; y BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», cit., pp. 220 y 221.

(191) Y que las cosas ocurren (creo que deben ocurrir) así, es decir: en el orden institucional la voluntad del representado forma parte del negocio representativo, y en el formal ello se presenta formando un *complexum*, un negocio complejo de formación sucesiva entre apoderamiento (negocio accesorio) y negocio representativo (que podría llamarse principal); que todo eso debe ser así, decía, nos puede explicar el que ciertos estados subjetivos del representado (mala fe, ciertos vicios de voluntad...) puedan trascender no sólo a su negocio de apoderamiento, sino al negocio representativo, que queda directamente afectado por el defecto del primero. ¿Cómo podría explicarse, o prosperar, una pretensión de ineficacia de una compraventa hecha por representante inocente, basada en una mala fe (consciencia del origen ilícito del objeto...) del representado, si la única voluntad negocial fuera la del representante, y el apoderamiento (sin vicio de voluntad legalmente previsto) un negocio independiente de aquél? Yo no veo otra explicación jurídica para la declaración de ineficacia de la compraventa sino a través de la conexión de los dos negocios, cualquiera de los cuales, aisladamente, parece inimpugnable. Y me parece obvio que esa compraventa debe ser declarada ineficaz (en el mismo sentido, F. DE CASTRO, «Temas de Derecho civil», cit., p. 120).

voluntad de contenido efectual, o determinación del contenido negocial. Y no puede ser nada más que eso, porque de un lado no contrata para sí, luego no pretende conectar los efectos negociales consigo mismo; pero tampoco está en condiciones de vincular esos efectos, aunque lo quiera, a la esfera jurídica del *dominus*, pues no tiene poder de éste, ni el principal se ha manifestado aún al respecto. Falta todavía una voluntad eficiente de vinculación de los efectos a la esfera jurídica de un sujeto determinado, del dispuesto a aceptarlos.

Todo lo anterior puede resultar válido si lo es también —premisa jurídica imprescindible— esa escisión de la voluntad en el doble sentido de que hablan Pugliatti y Graziani. Distingue el primero de ellos, como vimos, en la manifestación de voluntad, al estudiar el acto de disposición, «un elemento material, que es la voluntad del contenido, y un elemento formal que es el acto o momento de decisión» (192). Graziani, en el mismo año 1927 y al parecer con independencia de Pugliatti (ninguno de los dos cita o hace referencia al otro) dice que «el sujeto que da vida a un negocio despliega su voluntad en una doble dirección: de un lado mirando a la determinación del contenido del negocio y del alcance de los efectos correspondientes, y de otro a devenir él mismo titular del negocio» (193).

Francesco Romano ha impugnado ese punto de vista, diciendo que supone una artificial escisión de la voluntad negocial, ajena a la realidad jurídica, para la que esa voluntad debe ser única, unitaria (194).

No estoy de acuerdo con esta última opinión, y me adhiero a la visión de aquellos dos autores italianos. Tanto psicológica como jurídicamente, la voluntad puede ser pluridireccional, sin perjuicio de su unidad. Es más: lo general, lo más frecuente, es que la voluntad, rica en matices como todo lo psíquico, no se pronuncie en un solo sentido, y que ello trascienda jurídicamente. Si yo hago entrega de una cosa, difícilmente se dará (aunque sería posible) con la simplicidad de la mera y aséptica entrega; es casi seguro que la haga, además de con intención de entregar, «*animo donandi*», o «*animo solvendi*», o con intención de prestarla (y ésta puede a su vez ser con espíritu gratuito, u oneroso)... Por ello, es perfectamente correcto el ejemplo de Graziani: «aquel que dice: quiero comprar, da a su voluntad esta doble dirección: 1) voluntad dirigida a determinar el contenido del negocio de compraventa; 2) voluntad de convertirse en sujeto de tal negocio». Esto me parece indiscutible. Obsérvese que no se habla ahora de dos voluntades distintas, sino de una sola con doble significado o dirección.

Si ello es así, en principio, y psicológicamente, no habría inconveniente en decir que también sería posible que esas dos direcciones de la voluntad única pudieran desdoblarse, convertirse en algún caso en dos voluntades unidireccionales: en el ejemplo de Graziani, que una voluntad se dirigiera exclusivamente a determinar el conteni-

(192) PUGLIATTI, «L'atto di disposizioni e il trasferimento dei diritti», en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 8.

(193) GRAZIANI, op. loc. cit., p. 24.

(194) «La ratifica...», cit., pp. 42-43, a cuya posición crítica ya hice referencia.

do negocial, y otra a la apropiación del contenido o devenir titular del negocio. Teóricamente es posible, no cabe duda. Ahora bien, en la práctica no siempre se dan las cosas con esa sencillez, y llevando el ejemplo comentado a nuestro terreno, no ocurre que el *falsus procurator* dirige su voluntad sólo en el sentido de determinar un contenido negocial, sin más, ni referencia personal alguna, pues él lo determina, y quiere además aquellos efectos para el *dominus* (es negocio representativo). Lo que pasa es que él, aunque quiere eso para su principal (195), esta segunda dirección es intrascendente en el orden jurídico-vinculatorio (él no puede obligar o vincular al representado), con lo que la única dirección trascendente jurídicamente, de lo querido por el representante, es la de fijación del contenido negocial. Y ello sin ruptura del carácter unitario de la voluntad, ni detrimento de ningún principio psicológico o jurídico.

En consecuencia, falta al negocio del *falsus procurator* aquella parte de la voluntad que Pugliatti llama «acto o momento de decisión», es decir, la voluntad de devenir titular del negocio o de sus efectos: la voluntad del representado. Este proporciona ese elemento volitivo imprescindible a todo negocio jurídico, y sin el cual no hay autorregulación de intereses ni incidencia del contenido negocial en la esfera jurídica de un titular que lo acepte; elemento volitivo, consentimiento negocial, que no había hasta entonces. Mientras no llega, pues, aquella voluntad del representado, no hay auténtico negocio; hay preparado algo que se le parece: hay determinados unos efectos y un contenido negocial, pero no hay titular, pues no ha dado su consentimiento para que aquéllos afecten a su esfera jurídica.

Esa voluntad puede llegar, sin embargo, más tarde, por medio de la ratificación del *dominus*. En tal caso, el negocio queda completo y perfecto: ya no le falta nada. La ratificación es una especie de clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo y perfecto el negocio; sin ella todo lo demás se viene abajo, pues lo preparado anteriormente queda sin titular, sin destino, sin valor trascendente. Y el contrato (negocio) así formado no es, sin embargo, una «rara species» dentro de nuestra tipología jurídica: es, sencillamente, el caso más claro, el tipo negocial mejor definido del denominado por la doctrina «negocio jurídico de formación sucesiva» (entendiendo por tal, según doctrina acreditada, aquel en que se producen en momentos diversos los varios requisitos legales exigidos para su existencia, para diferenciarlo del negocio sometido a «*conditio iuris*» pendiente, ya negocio por concurrir sus requisitos de existencia, pero ineficaz hasta tanto se cumpla esa condición (196).

(195) También en este caso hay doble dirección volitiva: de un lado, de contenido, y de otro, que ese contenido efectual sea para el *dominus*.

(196) Aunque sea terminología (negocio jurídico de formación sucesiva) es relativamente moderna, y se ha acuñado sobre todo en Italia, donde el problema ha preocupado más, la idea originaria parece deberse a IHERING, que ya se ocupó de esto al estudiar «la concentración del acto jurídico», y la «necesidad de la unidad de la acción» en *Derecho Romano*, explicando luego cómo ello ni se da ni se exige en Derecho moderno, en que los diversos elementos del acto jurídico pueden presentarse separadamente, si bien queda condicionada la eficacia de aquél

Creo que debo destacar, sin embargo, que todo ello, incluso esa llegada de la ratificación con cierto aire de tardío, se desarrolla dentro de un proceso normal, y de acuerdo con un desarrollo correcto y dentro de cauces legales previstos así, ya que en la mentalidad del artículo 1.259 C. c. es indiferente que el consentimiento del representado sea previo o «a posteriori». Hay, pues, en materia de negocio representativo, dos caminos negociales, dos opciones normales y legales: la del consentimiento previo del principal (poder), o ulterior (ratificación); igualmente jurídicas y eficaces.

Hasta aquí, visión teórica, doctrinal, casi dogmática, de nuestro problema. Pero ¿qué ocurre, cómo se presentan y resuelven todas esas cuestiones en nuestro sistema jurídico, en nuestro Derecho positivo?

Tengo hecha alusión ya en este trabajo (menos detenida por resultarnos aquí más marginal) a la posición de nuestro primer Cuerpo legal civil en materia de representación, demasiado pobre y poco definida, sobre lo que no puedo volver ahora (197). También tengo dicho que no es mucho más abundante ni precisa la regulación legal de la materia que ahora nos ocupa en el Código civil, reducida prácticamente al artículo 1.259, al que me he referido con frecuencia y del que en su momento dejé expuestas las que en mi opinión son sus directrices fundamentales y mentalidad; y el artículo 1.727-2.º C. c. en lo referente al exceso del mandato (que vengo asimilando a la extralimitación del poder a nuestros efectos y sobre todo, a los legales, sin que ello suponga confusión de figuras ni de conceptos (198), no mucho más explícito. Poco cabe añadir ya aquí. Puede observarse, sin embargo:

Por lo que afecta al artículo 1.259 C. c., creo que abona y respalda, sin lugar a dudas, a mi entender, cuanto tengo dicho poco ha «in sede teorica», por cuanto establece dicho precepto: 1.º, que nadie puede

---

al advenimiento del último («L'esprit de Droit Romain», t. IV, p. 148 y ss., trad. fr. citada, París, 1888. Aborda también el propio IHERING este problema, relacionado con el de los efectos jurídicos del negocio, en «Ueber die passiven Wirkungen der Rechte», *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. X, p. 466 y ss.). De esta cuestión se ocuparon luego KOEPPEN («Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden», loc. cit., p. 144 y ss.), KARLOWA («Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung», cit., p. 5 y ss.), ENNECCERUS («Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin», Marburg, 1888, p. 159 y ss. y 269 y ss.), y más recientemente FALZEA, «La condizione e gli elementi dell'atto giuridico», Milán, 1941, p. 179 y ss. (con amplia referencia bibliográfica) y SCOGNAMIGLIO, «Contributo a la teoría del negozio giuridico», Nápoles, 1969, p. 278 y ss.

(197) De ello me ocupé en mi trabajo, varias veces citado ya aquí, «La voluntad negocial y la representación», loc. cit., al que una vez más tengo que hacer remisión para evitar innecesarias repeticiones, máxime en una cuestión que excede de la que es objeto del presente. Quizá sólo ha lugar ya a pedir excusas por tan frecuentes autocitas.

(198) «La norma —dice GULLÓN BALLESTEROS («Curso de Derecho civil. Contratos en especial», Madrid, 1968, p. 298) refiriéndose al artículo 1.727 C. c.— es aplicable, por supuesto, al mandato representativo. Pero es dudoso que haya sido redactada pensando en el mandato que no tiene esta característica. La clara alusión a la ratificación, figura que se relaciona íntima y directamente con el apoderamiento, así lo hace pensar.»

ingerirse en la esfera jurídica ajena sin estar autorizado para ello («ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...»); 2.º, que si actuase el representante sin esa autorización no hay negocio («el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, será nulo...»: en seguida veremos el valor e inteligencia que tiene este último término jurídico para nuestra Jurisprudencia, precisamente en el que apunto); 3.º, que habrá tal negocio, y quedará subsanado aquel defecto (defecto = «falta de») si la persona a cuyo nombre se otorgara el contrato ratifica a tiempo («antes de ser revocado por la otra parte contratante», en nuestra previsión normativa) lo hecho en tal calidad representativa y sin autorización previa («a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue...»). Parece innecesario desgranar aquí, o comentar con más detenimiento ahora, esos extremos, de los que de unos me he ocupado ya, de otros hablaré en seguida, y de alguno habría que escribir con bastante más amplitud, y merecerá hacerlo en estudio separado sobre la ratificación.

El artículo 1.727-2.º C. c. mantiene, en el aspecto de que se ocupa (extralimitación del mandatario), una posición equivalente, paralela a la expuesta del 1.259: el mandante no queda obligado sino cuando ratifica lo hecho por el mandatario que se ha excedido. Por asimilación, el apoderado que se extralimita del poder conferido no deja obligado a su poderdante sino cuando éste ratifica lo hecho. Luego, entonces, en uno y otro caso no hay negocio que vincule al mandante ni al poderdante; a nuestros efectos, no hay negocio representativo (que es el que surge entre representado y tercero). Todo ello sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas (tal, las que pueda haber entre mandatario o apoderado y tercero: vide artículo 1.725 in fine) (199). Sólo con la ratificación, pues, sólo con la voluntad negocial del *dominus* adquiere el negocio preparado por ese mandatario o apoderado la categoría jurídica que se pretendía o a que aspiraba: y en el orden práctico y funcional, producir para el principal los efectos buscados a través de esa negociación. En cuanto a la situación anterior a la ratificación, creo que en este caso del artículo 1.727-2.º no es otra que lo que tengo dicho tantas veces refiriéndome a la que contempla el 1.259: un iter negocial iniciado e inacabado, falto todavía del consentimiento del *dominus*, que cuando llega, y para ello hay todavía tiempo hábil por tenerlo previsto así el Código, deja completo y perfecto, amén de eficaz con igual plenitud, la figura negocial en cuestión.

(199) No se me oculta que no es unívoca la interpretación que proceda darse a la expresión del artículo 1.725 C. c. cuando hace al mandatario que obre en concepto de tal «responsable personalmente a la parte con quien contrata» cuando «traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes». Entiendo, por mi parte, que esa responsabilidad del mandatario no quiere decir que quede él obligado al contenido negocial en lugar de su mandante (cosa que no podrá ocurrir en la mayor parte de los casos, ya que el mandatario gestiona asuntos ajenos: no podría quedar obligado el mandatario en el caso de que, excediéndose, venda en lugar de arrendar una finca del mandante), sino que deberá responder, dejando indemne al tercero, de los perjuicios que para éste se sigan de la ineficacia del contrato en lo que afecta al asunto gestionado del mandante, y por no quedar obligado éste último.

Distinta es la solución que da a este problema el Derecho Mercantil, por exigencias de la protección del tráfico que es la característica más acusada de su filosofía jurídica. Frente a la solución del artículo 1.727-2.º C. c. e irrelevancia del contrato respecto del mandante (a menos que lo ratifique), con lo que el tercero queda sin los efectos negociales pretendidos (y salva la responsabilidad del mandatario), «en Derecho Mercantil el exceso de poder no perjudica al tercero, sino al representado, quien queda obligado por el contrato juntamente con el representante... Pero al propio tiempo se preocupa (el Código de Comercio) de garantizar al tercero contra las consecuencias del exceso de ese poder, haciendo en tal supuesto responsable no sólo al representante sino al representado (comerciante o naviero) cuando el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o concierna a las necesidades de la navegación» (Garrigues [200]). Efectivamente, así se deduce del artículo 286 del Cod. de Comercio al referirse al factor, y con menos claridad del 620-2.º del mismo Código por lo que respecta a las relaciones de capitán y naviero; Garrigues encuentra la misma línea de pensamiento en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (artículo 76) y Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953 (artículo 11). Hay un caso, sin embargo, en que queda obligado el representante y no el representado, con eficacia (en ese ámbito personal) del contrato: es en el de mandato mercantil (comisión) en que el comisionista contratare en nombre del comitente y éste negare la comisión, en cuyo caso queda obligado aquél con las personas con quienes contrató mientras no la pruebe (artículo 247-2.º Código Comercio); luego si no había tal comisión, o no logra probarla, el comisionista es el único que queda obligado, pero queda efectivamente obligado; por tanto, el contrato sí surte eficacia en ese sentido y término: criterio distinto, como veíamos, al del artículo 1.727-2.º C. c.

Tras esas referencias legales, creo que procede ya hacer un detenido examen de nuestra jurisprudencia, que ya ha invocado y citado aisladamente antes de ahora, para contrarrestar con ella tanto la interpretación que he dado a los artículos 1.259 y 1.727-2.º C. c. como las consideraciones estrictamente doctrinales a que acabo de referirme, todo ello, por supuesto, en función del negocio del representante sin poder y del objeto concreto de nuestra investigación (201) .

---

(200) GARRIGUES, «Tratado de Derecho Mercantil», t. III, vol. 1.º (Madrid, 1964), p. 151.

(201) Merece, por otra parte, especial atención la posición de nuestra jurisprudencia en esta materia, no sólo porque su doctrina interpretadora de nuestra legalidad ha de tener para nosotros particular importancia y merecer la máxima atención, sino ahora sobre todo, y de una forma especial, porque a partir de una célebre sentencia de los años cuarenta, invocada luego con frecuencia, creó nuestro más Alto Tribunal una visión y calificación de nuestro contrato que constituye una doctrina nueva tan valiosa e interesante como cualquiera otra de las que hemos visto anteriormente, y en no pocos aspectos más plausible que aquellas opiniones doctrinales.

#### 4. EL CONTRATO DEL «FALSUS PROCURATOR» EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Con anterioridad a 1940, no parece haber gran claridad en nuestra jurisprudencia en cuanto a la situación del negocio del *falsus procurator* y de la ratificación. Esta última es equiparada a la confirmación, y hasta confundida con ella: así, en la sentencia T. S. de 7 mayo 1897 se dice que «la ratificación o confirmación de un contrato hecho por la persona en cuyo nombre se hubiere celebrado por un tercero sin poderes para celebrarlo, convalida el contrato desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación, porque ésta recae sobre el acto ya ejecutado, dándolo con el 1.313 C. c.». Parecida confusión se trasluce de la sentencia T. S. de 6 marzo 1906, que también habla de que pueden «válidamente ser confirmados» contratos llevados a cabo por apoderado. Otras veces, en cambio, se hace exclusiva referencia a ratificación (Ss. de 29 de abril de 1892, 30 octubre 1906, 21 octubre 1915, 7 noviembre 1928, 9 mayo 1932...), quedando bien definido que el supuesto de hecho típico del artículo 1.259 C. c. es el de contrato realizado por persona sin poder, o poder insuficiente (202).

A la hora de hablar de la situación de ese contrato, se hace siempre alusión a la «nulidad» sin más explicación ni distinciones, pareciendo recogerse con ello deliberadamente la misma palabra que emplea el artículo 1.259 C. c. Cabe citar en ese sentido las Ss. T. S. de 20 junio 1894 («semejante obligación es nula y de ningún valor ni efecto para el poderdante en los contratos en que el apoderado interviene con extralimitación manifiesta...»), 6 marzo 1906 («la cuestión de si rebasó o no los límites del mandato es una cuestión de nulidad ordinaria...»), 30 octubre 1906 («los vicios de nulidad del expresado contrato y en la aplicación del artículo 1.259 en su párrafo 2.º...»); «... acerca de los vicios de nulidad que tuviera el contrato de 7 enero 1903, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.259»), 7 noviembre 1928 («el artículo 1.259 C. c. declara nulos los contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, a no ser que lo ratifique la persona...»), 9 mayo 1932 («... sería acto nulo si no lo ratificara la persona a cuyo favor se hacía la entrega...»); sin ninguna alusión a categoría alguna de ineficacia distinta de la nulidad en ninguna de las quince sentencias de ese período (1889-1940) que conozco y he manejado; en varias de ellas, las no citadas, no se hace alusión siquiera a nulidad, por no requerirlo la índole del asunto o la fundamentación de la sentencia.

La sentencia T. S. de 14 diciembre 1940 abre una nueva época en el orden jurisprudencial y para nuestro problema. Se abordaba en la misma la cuestión de la validez de un contrato de venta de mineral a

(202) En ninguna de esas resoluciones tiene gran importancia el supuesto de hecho que motiva la doctrina a que aludo en el texto, por lo que hago deliberada omisión de la relación de los hechos que dieron lugar a tales sentencias y doctrina, en aras de la brevedad.

una sociedad, en cuyo otorgamiento por la parte vendedora había intervenido uno sólo de varios coherederos sin poder de los demás, enfrentándose la tesis de la convalidación del contrato por ratificación de todos los interesados que no intervinieron en él, y la de que no existió ratificación a efectos legales por no reunirse los requisitos exigidos por el artículo 1.313 C. c. Era preciso, pues, distinguir claramente la ratificación de la confirmación; y esa sentencia lo hizo por primera vez en nuestra historia jurisprudencial, dejando bien sentado que «dicha ratificación prevista en el 2.º apartado del artículo 1.259 C. c., no menos que en el también 2.º apartado del artículo 1.727, no puede ser confundida con la confirmación de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 al 1.313 C. c., ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori, cual es el consentimiento del principal o representado...» (203). Distinción ésa entre ratificación y confirmación, o entre contrato del *falsus procurator* y contrato anulable, en la que insistiría luego la sentencia T. S. de 25 junio 1946, perfilando mejor la situación del primero sobre la base de las conquistas de otras sentencias intermedia (de 7 julio 1944 y 29 enero 1945), que habían iluminado definitivamente el camino, diciéndose ya, en la aludida de 1946, que «en el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia como tiene declarado esta Sala, no existe contrato por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporte el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que en la confirmación el contrato existe por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez...» (204).

(203) La mencionada sentencia T. S. de 14 diciembre de 1940 dice textualmente en su segundo Considerando, del que se ha tomado el párrafo transcrito en el texto, lo siguiente: «CONSIDERANDO: que aunque presente no pequeñas dificultades, en la doctrina y sobre todo en nuestro derecho patrio, la construcción jurídica de la ratificación de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del representado, sin autorización representativa o extralimitándose del poder, no cabe duda que dicha "ratificación" prevista en el segundo apartado del artículo 1.259 del Código Civil, no menos que en el también segundo apartado del artículo 1.727, no puede ser confundida con la "confirmación" de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 al 1.313 del propio Cuerpo legal, ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer "a posteriori", cual es el consentimiento del principal o representado; lo que no obsta para que la ratificación tenga en algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo como ésta ser tácita, según explícitamente lo admite el artículo 1.727, apartado segundo de la repetida Ley substantiva y lo tiene reiteradamente reconocido la jurisprudencia de esta Sala, y siéndole propio un efecto retroactivo, análogo al de la confirmación, según fue declarado por la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1897.»

(204) Discutiase en el pleito que resuelve esta sentencia sobre la validez de unos contratos otorgados por algunos de los herederos de cierto causante, sin acuerdo de otro, con adjudicación de bienes en pago de deudas reconocidas contra

He ahí, pues, clara la primera diferencia —que será ya siempre nota característica para nuestra jurisprudencia— del contrato del artículo 1.259 C. c.: que no existe todavía como verdadero contrato a falta de un elemento esencial para su nacimiento, el consentimiento de una de las partes, elemento que puede aparecer «a posteriori» por vía de ratificación. Otras diferencias, según esta última sentencia: en el contrato del artículo 1.259 la parte que contrata en nombre propio puede revocar su consentimiento antes de la ratificación por no haber todavía vínculo en defecto de la concurrencia de las dos voluntades, mientras que el negocio anulable (confirmable) no puede ser denunciado por la parte cuyo consentimiento no estaba viciado; y de otro lado, la ratificación refleja negocios jurídicos que frente al ratificante nunca han existido, mientras que la confirmación se refiere a negocios cuyo vicio no ha impedido la existencia (205) (206).

la herencia. La Audiencia declaró la inexistencia de aquellos contratos y la pertenencia de los bienes adjudicados en pago de deudas, a favor de la herencia, debiéndose incluir tanto deuda como bienes en la testamentaría del causante. Impugnada la sentencia de la Audiencia en casación por la sociedad a la que se habían adjudicado los bienes en pago de la deuda —sosteniendo la recurrente la validez de aquellos contratos por estimar que concurrían los tres elementos esenciales, aunque el consentimiento adolecía de error por creer la heredera que otorgó el contrato que contaba con la conformidad de todos los herederos—, fue desestimado el recurso.

(205) Merece la pena transcribir íntegro el Considerando cuarto de la Sentencia de 25 de junio de 1946, donde recoge ordenadamente las diferencias a que aludo en el texto entre ratificación y confirmación. Es del siguiente tenor: «CONSIDERANDO: Que, a estos efectos, no cabe confundir la figura de la ratificación del artículo 1.259 con la confirmación del artículo 1.310 del Código Civil, como pretende el recurrente: primero, porque en el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia, como tiene declarado esta Sala, no existe contrato, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que en la confirmación el contrato existe, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.310, por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez. Segundo, porque, en los contratos ratificables, la parte que contrata en su propio nombre tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación por lo mismo que, hasta ese instante al no haberse producido la concurrencia de las dos voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno; en tanto que los contratos confirmables tienen virtualidad desde que se perfeccionan, no pudiendo ser denunciados por la parte cuyo consentimiento no estaba viciado, en tanto no sean impugnados por la única que podría hacerlo, al amparo del artículo 1.302, la que por disponer de la acción de anulabilidad, únicamente podría confirmarlos, sin precisar del concurso de la otra, a tenor de lo preceptuado en los artículos 1.309 y 1.310 del Código Civil. Tercero: porque en cuanto al contenido jurídico de ambas instituciones, la confirmación ha de tener forzosamente efecto retroactivo, no sólo por imperio de lo expresado en el artículo 1.313 del Código Civil, sino también porque es lógico que así sea, desde el momento en que la confirmación no afecta para nada a la perfección del contrato, sino a la purificación de los vicios de que adolecía, mientras que en la ratificación, sobre no existir precepto en que explícitamente se señale su retroactividad —aunque en principio deba ésta inferirse de los términos en que está concebido el artículo 1.259— cabe que el interés de tercero, por derechos adquiridos en el ínterin, impida la retroacción; y, finalmente que la confirmación se refiere a negocios jurídicos cuyo vicio no ha impedido la existencia y por ello, tiende sólo a sanarlos, en tanto que la ratificación refleja negocios jurídicos que, frente al ratificante, nunca han existido, doctrina ésta afirmada ya por esta Sala en sus sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944».

Sin embargo, la sentencia más importante, la que por su calidad dio lugar a lo que podríamos llamar una nueva tesis o dirección en la calificación del contrato del *falsus procurator*, creando al propio tiempo verdadera y propia doctrina jurisprudencial que se ha reiterado desde entonces con rara uniformidad, fue la de 7 julio 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas. La situación fáctica que contemplaba era la siguiente: un viudo otorgó poder para las operaciones de testamentaría de su esposa, y el apoderado cedió en escritura pública a los hijos de aquél la parte que correspondía al poderdante en los gananciales del matrimonio disuelto, a cambio de una pensión anual, que el poderdante viudo percibió de sus hijos por virtud de aquel contrato hasta su muerte; pasado aquél a segundas nupcias, la esposa, a la muerte de dicho poderdante, pretendió que se incluyesen en la herencia del mismo los bienes que comprendía la citada cesión, fundada en que no estaba facultado para hacerla el apoderado, cuyo poder se limitaba sólo para las operaciones de la testamentaría. El Tribunal «a quo» entendió que, no obstante, la deficiencia de poder con que actuó el apoderado, el contrato de cesión de bienes quedó convalidado y eficaz por la ratificación del poderdante, que lo aceptó y cumplió, percibiendo la pensión. Interpuesto recurso de casación, no se dio lugar al recurso. Razonaba la sentencia dicha: «si bien el apartado 2.º del artículo 1.259 C. c. dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, y esta nulidad puede, en principio, ser equiparada, más que a la anulabilidad del artículo 1.300 del propio Cuerpo legal, a la inexistencia, en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato, es de tener muy en cuenta que ese mismo artículo 1.259 y el 1.727 en su apartado 2.º, a modo de excepción a esa tesis inicial, admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una «conditio iuris», de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél; y esta doctrina, afirmada ya por esta Sala en su sentencia de 14 de diciembre de 1940 —que explicó el mecanismo de la ratificación, conceptuándola como el medio por el que se confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial (el consentimiento del principal o representado), pero que puede aparecer a posteriori— priva de toda virtualidad al motivo segundo de este recurso...».

(206) Esta clara distinción de figuras y situaciones parece haber quedado ya como conquista definitiva en nuestro Derecho, sin otra salvedad que algún aislado caso, anecdótico y sin mayor trascendencia (por ej., la sent. T. S. de 3 de marzo de 1942 que aludía a «constituir la ratificación una variedad de la confirmación "lato sensu" aplicada a los contratos celebrados en nombre ajeno sin representación o excediéndose de la conferida...»).

Esta doctrina se ha reproducido en numerosas sentencias posteriores, en algunas con transcripción literal o casi plena de las palabras de la de 7 de julio de 1944; así, en las de 29 enero 1945, 5 diciembre 1959, 10 octubre 1963. Y en su mentalidad, su misma doctrina, también, aunque con otras palabras, está en las de 25 de junio de 1946, 4 de enero 1947 (curiosa e interesante porque distingue la «nulidad» del contrato del *falsus procurator* de la del negocio afecto de nulidad absoluta, tipificable en el antiguo artículo 4.º, actual artículo 6.º, 3 C. c.), 5 de abril de 1950, 16 de abril de 1952, 13 de marzo de 1953, 27 de mayo de 1958, 21 de octubre de 1958, 6 de junio de 1959, 28 de junio de 1962, 8 de octubre de 1962, 29 de marzo de 1963, 6 de abril de 1964, 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966, 5 de febrero de 1969 y 30 de septiembre de 1972, a que haré referencia seguidamente.

De la doctrina sentada en las sentencias mencionadas, partiendo de la fundamental de 7 de julio de 1944, y haciendo una especie de interpretación sistemática de dicha resolución en relación con lo dicho en las otras sentencias atinentes a la misma materia, creo que puede sacarse las siguientes conclusiones:

1.ª La nulidad a que se refiere el artículo 1.259, y a la que aludía la anterior jurisprudencia sin mayores precisiones, es entendida ahora por nuestro Tribunal Supremo, no como nulidad plena o absoluta (en el sentido técnico y más preciso de esa categoría jurídica), sino que «puede, en principio, ser equiparada a la inexistencia, en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato» (sentencia 7 de julio de 1944; en idéntico sentido y términos, las de 8 de octubre de 1962, 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966...). En todo caso, no cabe confundir esa nulidad equiparable a inexistencia ni con la anulabilidad (distinción bien clara a partir de la sentencia de 14 de diciembre de 1940) ni con la nulidad absoluta ex artículo 4.º C. c. (actual artículo 6, 3) y demás, como puso de manifiesto la sentencia de 4 de enero de 1947 (207).

2.ª Aquella situación es equiparable a inexistencia, en cuanto «todavía no existencia», pero no se trata de una verdadera y propia inexis-

(207) «CONSIDERANDO que la confirmación de los contratos, de conformidad con lo que previene el artículo 1.310 C. c. solamente puede tener aplicación a los contratos meramente anulables, o sea a los que reúnen los requisitos expresados en el artículo 1.261, pero no a aquellos que por haberse celebrado contrariando una prescripción legal, fundada sobre motivos de orden público, son nulos con nulidad absoluta o de pleno derecho, por lo cual los actos enunciados por el recurrente como demostrativos de la confirmación del contrato, aunque tuvieran por sí mismos virtualidad suficiente para producir tal efecto, carecerían de ella en este caso por impedirlo la naturaleza de la nulidad de que el contrato está afectado, y tampoco puede implicar su ratificación, porque la ratificación es un concepto que se refiere al supuesto del artículo 1.259 C. c. y rige para aquellos contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, pero en el caso actual, hubiera o no mediado la autorización del Juez al administrador, el contrato sería igualmente nulo si no se había celebrado bajo la única forma que la Ley admite, que es la subasta pública judicial, formalidad que no se cumplió, pues el Administrador y los demás intervinientes en el contrato lo celebraron privadamente, al margen de toda intervención o autorización judicial para la subasta...»

tencia del negocio en sentido técnico, o sea, la que a veces se predica de un negocio o contrato terminado que adolece de falta de un elemento esencial de los que llevan aneja esa sanción. Y que no es verdadera inexistencia lo dice con claridad la sentencia 7 de julio de 1944: «... y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión...» (en idéntico sentido, Ss. 29 de enero de 1945, 5 de diciembre de 1959, 10 de octubre de 1963...). Entiendo esa alusión jurisprudencial a «inexistencia» como equivalente a «no existente aún», no sólo porque es el único sentido que cabe darle, tras decir, primero «equiparable a inexistencia» y luego «no un acto propiamente inexistente», sino porque eso da a entender más explícitamente la sentencia de 25 de junio de 1946, al decir que «no existe contrato por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató» —y más adelante caracteriza al negocio ratificable como «negocio jurídico que, frente al ratificante, nunca ha existido»—, dejando claramente entrever que se trata de un contrato inacabado: le falta algo que todavía puede llegar, para lo que aún hay tiempo y conducto hábil (208).

3.<sup>a</sup> El negocio llevado a cabo por representante sin poder suficiente no es válido antes de la ratificación: «si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél» (sentencia de 7 de julio de 1944 y demás homólogas citadas): luego antes de la ratificación no es todavía «válido y eficaz», palabras que pueden equivaler a «completo y perfecto». Es importante subrayar esto, para relacionarlo con la referencia que esa misma jurisprudencia hace a «negocio en estado de suspensión, subordinada a una «*conditio iuris*»...», porque ello no obstante, es evidente que la dirección jurisprudencial comentada no puede adscribirse a la teoría que profesaban Zimmermann, Karlowa, Oertmann y otros (y buen número de autores patrios que la siguen), pues para esta teoría el negocio es perfecto, completo, aunque ineficaz, condicionada su eficacia al advenimiento de la ratificación («*conditio iuris*»). Para nuestra jurisprudencia, la ineficacia actual del contrato del artículo 1.259 es la propia del negocio que no ha llegado todavía a serlo, que no existe aún como entidad jurídica autónoma y propia, porque le falta un elemento esencial, que todavía puede llegar; y este elemento aún deficiente, en cuanto requisito legalmente exigido, es la «*conditio iuris*» o requisito legal a cuya aparición queda subordinada la validez (léase perfección) del contrato. La «*conditio iuris*», pues, no será tanto una

---

(208) Situación de incompleto que parece quedar aludida también cuando en numerosas sentencias de las citadas se alude a «un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinada a una «*conditio iuris*»...: lo único suspendido es el curso o «*iter*» negocial hasta que llega esa «*conditio iuris*» que no es otra cosa que el elemento consentimiento deficiente todavía; y cuando ese «*iter*» negocial suspendido se completa, el negocio deviene válido y eficaz, es decir, perfecto en cuanto completo en todos sus elementos.

condición —ni siquiera impropia— a la que queda subordinada sólo la eficacia del contrato, cuanto un requisito legal esencial (209) o elemento del negocio por llegar, y que si no llega, deja al negocio «nato», no hay negocio: nulo = inexistente.

4.<sup>a</sup> El consentimiento del representado es fundamental al negocio representativo: sin él no hay negocio (inexistencia); y con él, lo que no era todavía negocio, se convierte en negocio válido y eficaz. Esta idea está presente en todas las sentencias citadas tantas veces, que huelga repetir ahora.

5.<sup>a</sup> La posibilidad de que el consentimiento del representado llegue bajo esa forma ulterior de la ratificación, y que para este tipo de contrato (el representativo) es indiferente que llegue antes o después, ya que ambos momentos son hábiles y en todo caso es igualmente eficaz —la «indiferencia cronológica» de que hablara Graziani—, es algo que aparece evidente en nuestra jurisprudencia y que han sancionado numerosas sentencias de las que ya conocemos: la de 14 de diciembre de 1940 («... la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer «a posteriori», cual es el consentimiento del principal...»), 7 de julio de 1944 (que se remite a la anterior y reproduce sus palabras), 29 de marzo de 1963 («... si bien éste puede prestarse a posteriori mediante la ratificación...»), 10 de octubre de 1963 (en términos similares), 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966..., hasta la de 31 de marzo de 1971 (segunda sentencia, tras la que casó la recurrida de instancia), donde se dice que «la prestación del consentimiento contractual, elemento indispensable de todo acto jurídico de esta clase a los efectos del número 1 del artículo 1.261 C. c., puede hacerse no sólo de modo directo sino también a través del mecanismo de la representación, en cuyo caso la repercusión de consecuencias jurídicas respecto del representado puede tener lugar por los dos procedimientos previstos en el artículo 1.259 del propio Código, es decir, bien porque exista una autorización concreta para el asunto de que se trate o bien porque aun no existiendo, el interesado a quien afecte, ratifique y confirme lo que sin expreso poder se hizo en su nombre...».

En conclusión: creo que la línea de nuestra jurisprudencia en cuanto posición doctrinal en el problema que nos ocupa puede resumirse,

---

(209) Tampoco para HERNÁNDEZ GIL la «conditio iuris» de que habla el Tribunal Supremo es verdadera condición, ni el negocio condicional. «Pese a esa configuración de los contratos cuestionados en cierto grado de semejanza con el negocio jurídico o contrato condicional, no puede sostenerse, sin embargo —ni el Tribunal Supremo lo sostiene— que haya una plena identidad. Empieza porque la condición que nos ocupa es de las denominadas impropias («conditio iuris»). Pero, sobre todo, importa señalar lo siguiente: la condición (y en concreto la suspensiva) en su sentido técnico y propio no es un elemento integrante del negocio jurídico; el negocio jurídico subordinado a una condición suspensiva es válido desde que se concluye, si reúne los requisitos exigidos, a los que no afecta para nada la condición... Pero, según hemos razonado en las líneas precedentes, a nuestro juicio, antes de la ratificación el contrato carece incluso de una validez provisional. Por tanto, con la ratificación, no sólo adquiere eficacia —como sucede en el puro contrato condicional—, sino también validez...» (Comentario a la sent. T. S. 29 enero 1945, en *Rev. Gen. Legisl. y Jurisprud.*, 1945, pp. 618-619).

a mi modo de ver, así: el contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación se halla en una situación especial, típica y única («carácter especial», dice la sentencia de 7 de julio de 1944): no existe todavía porque no está terminado, le falta un elemento esencial, el consentimiento de uno de los interesados, que todavía está a tiempo de incorporarse a este iter negocial iniciado y ya de largo recorrido; es ineficaz en cuanto imperfecto o inacabado, y su eficacia, como su perfección, están subordinados, es obvio, a la llegada del consentimiento que falta, llegado el cual el negocio deviene perfecto, válido, y por tanto, eficaz (como cualquier negocio perfecto o completo), pero si no llega a tiempo —antes de la revocación por el tercero—, aquello que prometía o aspiraba a ser un contrato (negocio), se ha quedado en nada, no «es», «nullum est», es nulo (inexistente).

He mostrado ya antes de ahora mi posición personal en relación con todas estas cuestiones, y por mi proximidad a la línea que mantiene nuestra jurisprudencia —cuya interpretación creo sinceramente no haber forzado para aproximarla a mí: antes al contrario, mi propio punto de vista y opinión se han ido formando a partir, entre otros, del estudio de aquella doctrina jurisprudencial—, es obvio que, en un ineludible valoración crítica, mi juicio sea abiertamente aprobatorio, y hasta me atrevo a decir que la visión doctrinal que hay detrás de toda esa jurisprudencia, coherente y uniforme, encabezada por la importante sentencia de 7 de julio de 1944, no cede en calidad a ninguna de las teorías que hemos visto en su momento; se distingue de todas ellas, no obstante su mayor proximidad a alguna, y supera los inconvenientes de casi todas con notable soltura y buen tino.

Pero mucho más importante que mi opinión aprobatoria de esta jurisprudencia es la adhesión que ha encontrado en buena parte de nuestra doctrina, que hace suya la de aquella. Así, Castán (210) (cosa explicable, por ser él mismo el «padre» de la sentencia de 7 de julio de 1944, de la que fue ponente), Roca Sastre y Puig Brutau (211), que reproducen íntegramente el razonamiento de la sentencia dicha, Puig Brutau al estudiar la diferencia entre confirmación y ratificación (212), Bonet en su comentario a la misma sentencia de 1944 (213), Hernández Gil en su notable comentario a la sentencia de 29 de enero de 1945 (214).

No menos significativo que esa aprobación de la doctrina es el hecho

(210) «Derecho civil español...», t. I, vol. 2.º, p. 584 (8.ª ed., 1952).

(211) «Estudios de Derecho privado», vol. I (Madrid, s/f.), p. 473.

(212) «Fundamentos de Derecho civil», t. II, vol. 1.º, p. 333.

(213) *Rev. Derecho Privado*, 1944, pp. 795-796 («el Tribunal Supremo, siguiendo el camino trazado por su sentencia de 14 diciembre 1940, acoge los últimos avances científicos, llegando a una construcción jurídica perfecta»: con esas palabras concluye su comentario).

(214) *Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.*, 1945, p. 613 y ss. Al referirse a la sentencia que comenta este autor, y a las de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944, dice que a través de ellas ha elaborado nuestro Tribunal Supremo sobre nuestro Derecho positivo «una sugestiva concepción de la ratificación de los contratos (más ampliamente de los negocios jurídicos) en los casos de la denominada gestión representativa» (p. 614).

de que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya acogido en su resolución de 3 de marzo de 1953 (215), y como fundamento de ésta, la misma construcción teórica de la figura en cuestión, con expresa referencia a sentencias que nos son ya bien conocidas por reiteradamente citadas aquí.

## 5. CONCLUSIÓN

Creo, en conclusión, que a la vista de nuestro ordenamiento jurídico y su interpretación jurisprudencial, y con referencia al mismo, parecen correctas, defendibles y viables, las ideas que anteriormente había expuesto en un planteamiento eminentemente teórico sobre la estructura del negocio del *falsus procurator*, y el papel que en el mismo desempeñan los distintos protagonistas y voluntades en juego. De todo ello, creo poder deducir ya que el contrato del representante sin poder antes de la ratificación —tras cuya naturaleza, sentido de esa situación, vamos desde el principio— no es sino una parte de cierto camino negocial todavía no concluido, al que falta parte del total consentimiento negocial necesario para la perfección del negocio (contrato): el consentimiento del representado, precisamente; situación protegida por el Derecho, porque éste lo tiene previsto como camino o medio hábil para la autorregulación de intereses privados. Pero en cuanto negocio incompleto, imperfecto, no produce los típicos efectos negociales, los previstos para el negocio concreto cuyo iter quedó inacabado (lo que no impide que produzca algún otro efecto menor). En ese sentido puede llamarse ineficaz: lo es en tanto en cuanto no produce los efectos propios de un negocio perfecto y completo, aquellos que como tal produce normal e institucionalmente.

Mas ello no quiere decir que aún en esa situación de imperfección e ineficacia nuestro negocio sea todavía irrelevante jurídicamente, aunque quedara así y antes de su perfección.

El negocio del *falsus procurator* no produce, ciertamente, los efectos propios del tipo negocial de que se trate, pero no deja de producir, sin embargo, algún efecto aún antes de la ratificación (216); y a ello

---

(215) «Considerando que la ratificación produce, en general, efectos «ex tunc» entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una «conditio iuris»; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1.259 C. c., como ha puesto de relieve la jurisprudencia, entre otras en las Ss. de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 16 de marzo de 1952».

(216) Cual sea la naturaleza de esas consecuencias jurídicas, todavía no efectos negociales, de la actuación del *falsus procurator* y tercero, no es cosa clara, ni es cuestión bien estudiada. Sin poder (ni querer) penetrar ahora en ese sugestivo tema —que merece mucha mayor atención, como los varios puntos que seguidamente sugiero, más que abordo, en el texto—, creo que esos «pre-efectos» aludidos son, o guardan gran relación con lo que la doctrina, desde los estudios de FITTING («Ueber dem Begriff der Rückziehung», Erlangen, 1856, p. 21 y ss.: citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 30) y IHERING («Ueber die passiven Wirkun-

me he venido refiriendo en más de una ocasión cuando he hablado de «cierta vinculación», «especial situación», «status particular», «determinadas consecuencias jurídicas»... ¿Cuáles son éstas? Apuntaré algunas —sólo puedo ahora apuntarlas, pues abordarlas con algún detenimiento exigiría una extensión quizá semejante a la ya excesiva de este trabajo— sin ánimo exhaustivo ni otra pretensión que la de sugerir, por ahora, puntos de meditación:

1.<sup>a</sup> Aunque por no haber todavía contrato (negocio), no puede hablarse de «vínculo contractual», no deja de haber, sin embargo, cierta vinculación, ciertos lazos jurídicos muy sutiles que no llegan a vínculo obligacional, pero que tiene una entidad jurídica difícil de calificar por ahora (deliberadamente, no entro en ello): el tercero necesita «revocar» (artículo 1.259-2.º «in fine») para quedar plenamente libre y desvinculado de lo hecho, pues en defecto de revocación puede quedar sometido a una tardía y siempre posible ratificación del *dominus* (217).

2.<sup>a</sup> Ello nos lleva inmediatamente a otro problema: ¿cuánto tiempo puede durar esa vinculación?; ¿hasta cuándo puede ratificar el *dominus*? En principio, puede señalarse por falso representante y tercero un límite temporal para la ratificación (y ello es buena muestra de que hay cierta vinculación, y con ella cierta eficacia jurídica en lo hecho por aquellos). O puede ponerla el tercero, quien puede invitar o conminar al *dominus* para que se pronuncie acerca de si ratifica o no: el Código italiano así lo prevé, llegando a interpretar el silencio del *dominus* como negativa.

3.<sup>a</sup> Que puede revocar el tercero, es evidente en nuestro ordenamiento (artículo 1.259-2.º); pero ¿puede hacerlo el *falsus procurator*? La cuestión no es fácil, y ha sido ampliamente discutida, sobre todo en Italia, juntamente con la de la revocabilidad por el tercero, o por ambos conjuntamente, menos clara allí. Quede el problema planteado como expresión de aquel «status especial» a que me he referido.

4.<sup>a</sup> Otro tipo de vinculación: en cuanto al contenido negocial. Determinado éste por *falsus procurator* y «la otra parte contratante», nadie puede tocarlo unilateralmente: ni ellos dos por separado (creo que sí, si actúan de acuerdo, antes de la ratificación), ni el *dominus*; y ni siquiera *dominus* y tercero, pues si éstos lo modifican, ya no es aquel negocio, sino uno nuevo y normal, realizado por ello de nueva planta. El contenido objetivo quedó, pues, delimitado, y queda intangible hasta la ratificación; vincula durante ese tiempo y en dicho sentido y alcance.

5.<sup>a</sup> Y aún cabría hablar de los límites o alcance personal de esa vinculación y efectos: entiendo que afectan a los causahabientes del

---

gen der Rechte», *Jahrbücher f. die D.*, t. X, p. 387 y ss.) viene llamando efectos preliminares del negocio jurídico. Sobre éstos, con visión más amplia y moderna, vide SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 283 y ss.

(217) Que puede serle incluso notablemente perjudicial si las circunstancias económicas tenidas en consideración en el momento de negociar con el *falsus procurator* han cambiado; pero a la vista de nuestro artículo 1.259 C. c. parece inevitable deducir que a falta de revocación, la ratificación ulterior consolidaría el contrato haciéndolo completo y eficaz.

*dominus* y del tercero en la misma forma y términos que a éstos, pues aquéllos pueden ratificar y revocar lo hecho por el falso representante en idénticos términos que sus respectivos causantes, ya que la situación jurídica creada y las expectativas jurídicas que comporta son susceptibles de valoración económica y quedan incorporadas en ese estado al caudal relicto, y así pasan al causahabiente, que frente a ellas se encuentra en la misma posición jurídica que su causante.

6.<sup>a</sup> Otro efecto jurídico, para el caso de que no se produzca la ratificación: la responsabilidad en que haya podido incurrir el *falsus procurator*, en algún caso (no siempre: creo que no la habrá cuando el tercero conociera la falta o insuficiencia de poder; en ello influirá mucho la buena o mala fe de ambos), y respecto de los perjuicios que haya podido causar a «la otra parte contratante», que ha visto defraudadas unas expectativas y una confianza a que aquella actuación dio lugar (otros contratos perdidos...). Nuestro Código lo prevé (artículo 1.725) sólo para el caso de extralimitación de poder, pero no hay inconveniente en aplicarlo por analogía, y con más motivo, al caso de falta total del mismo. La doctrina discute si se trata de una propia «culpa in contrahendo», y habla de indemnizar el llamado «interés contractual negativo» solamente (no el positivo), extremos que no nos interesan ahora sino para subrayar una vez más aquella especial situación y vinculación.

Hemos dicho muchas veces que sólo en una cosa estaba de acuerdo la doctrina: en que el negocio de constante referencia no afectaba al *dominus*, no le era oponible, no producía efectos negociales. Vimos cómo esa ineficacia fue atribuida a nulidad, anulabilidad, incumplimiento de una condición o «conditio iuris»..., con la frecuente e incomprensible confusión entre lo funcional y lo estructural (218). Creo haber demostrado que nuestro contrato (negocio), lejos de ser perfecto —como llegó a decir alguien—, se halla incompleto, a falta de un requisito esencial (consentimiento) que todavía puede llegar, aún es tiempo hábil para ello: se halla inacabado, aunque por buen camino. Por eso no puede ser todavía plenamente eficaz. Pero sólo en ese sentido —y dejando siempre a salvo los limitados efectos no negociales— es ineficaz.

---

(218) Efectivamente, hay que distinguir con claridad esos dos planos, perfectamente diferenciables, aunque interrelacionados: la ineficacia se refiere a lo funcional, sin abordar el problema de su causa; ésta suele estar anclada en la estructura del negocio, en sus elementos o requisitos. Hablar simplemente de ineficacia, como hacen algunos, es hoy decir demasiado poco; no podríamos conformarnos ya con eso.