**DERECHO CIVIL**

**TEMA 21**

**LA REPRESENTACIÓN EN EL NEGOCIO JURÍDICO. REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL. EL PODER IRREVOCABLE. EL NEGOCIO CONSIGO MISMO (AUTOCONTRATO). LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO. BASTANTEO DE PODERES POR EL ABOGADO DEL ESTADO.**

**LA REPRESENTACIÓN EN EL NEGOCIO JURÍDICO.**

En virtud de la representación, una persona, llamada representante, gestiona asuntos de otra persona, llamada representado o *dominus negotii*, actuando en nombre propio o el del representado, pero siempre en por cuenta e interés de éste, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen en la esfera jurídica del representado.

De la representación nacen dos relaciones distintas, a saber:

1. Una entre el representante y el representado, que faculta al primero para actuar en por cuenta e interés del segundo.
2. Otra entre el representado y el tercero, ya que el representado está obligado a asumir los efectos del negocio concluido por el representante con el tercero, llamado negocio representativo, como si lo hubiera celebrado él mismo.

Existen dos tipos de representación:

1. La representación voluntaria, que se produce cuando mediante un acto de autonomía privada, llamado apoderamiento, el representado o poderdante atribuye al representante o apoderado el poder o facultad de actuar jurídicamente por cuenta y en interés del representado.

La voluntad del representado es la que determina las facultades del representante, que pueden comprender desde un específico y concreto negocio hasta todos los actos y negocios del representado salvo los personalísimos.

Estas facultades quedan reducidas al mínimo en el caso del llamado *nuntius*, que es la persona que se limita a transmitir a un tercero la voluntad plenamente formada del *dominus*, como ocurre en el matrimonio por poder o cuando se le encomienda el pago de una deuda.

1. La representación es legal cuando la actuación del representante tiene su origen y fundamento en la ley, que le faculta y, a la vez, le impone actuar en nombre y por cuenta e interés del representado, generalmente como consecuencia de relaciones familiares.

A ambas representaciones se refiere el artículo 1259.1 del Código Civil de 24 de julio de 1889, al disponer que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”.

Por último, debe tenerse presente que de las anteriores modalidades de representación se distingue la llamada *representación orgánica*, que es la atribuida a un órgano en una estructura personificada, como una asociación o sociedad mercantil, o en una organización social sin personalidad jurídica, como una comunidad de propietarios.

Sin embargo, técnicamente no existe en estos casos la dualidad entre representante y representado característica de la relación representativa, sino que la intervención de estos órganos es necesaria para que la persona jurídica u organización social pueda actuar, sin que nada impida que el órgano, además, designe representantes voluntarios.

**REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA.**

Por la forma de actuar del representante se distinguen dos tipos de representación:

1. La representación directa, abierta o *alieno nomine*, en la que el representante actúa en nombre del representado y por su cuenta e interés.
2. La representación indirecta, cerrada o *propio nomine*, en la que el representante actúa en nombre propio, pero por cuenta e interés del representado.

La diferencia fundamental entre la representación directa e indirecta está la concurrencia en la primera, y no en la segunda, de la *contemplatio domini*, es decir, la revelación por el representante de la existencia de la representación y de la identidad del representado.

La *contemplatio domini* siempre existe en la representación legal, pero no tiene por qué existir en la voluntaria.

En la representación indirecta, como el tercero con quien el representante celebra el negocio representativo desconoce la existencia del poder de representación, los efectos del negocio se dan directamente entre el representante y el tercero, sin perjuicio de la traslación de tales efectos a la esfera jurídica del representado.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen, sin embargo, que algunos de los efectos del negocio representativo pueden recaer directamente en el representado.

Este es el criterio que parece deducirse del artículo 1717 del Código Civil al regular el mandato no representativo, que dispone que “cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo.

Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

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

La jurisprudencia interpreta la expresión *cosas*, en el sentido amplio de *asuntos* o *negocios*, de forma que si el tercero sabía la condición de mandatario de la persona con la que contrataba, puede dirigirse directamente contra el mandante.

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL.**

**La representación voluntaria.**

El Código Civil español no distingue el régimen de la representación voluntaria y el del contrato del mandato, que se estudia en el tema 61 de esta parte del programa.

Con todo, el otorgamiento de poder puede tener por causa otras relaciones obligacionales diferentes del mandato o su equivalente mercantil, la comisión, como puede ser:

1. El arrendamiento de servicios, como ocurre con el poder de representación procesal.
2. El contrato de sociedad, como sucede con el poder del socio administrador.
3. El contrato de trabajo, como es el caso del apoderado que es trabajador del empresario poderdante.

La base de la representación voluntaria es el negocio jurídico de apoderamiento, que es una declaración de voluntad por la que el poderdante habilita al apoderado para actuar como su representante frente a terceros.

Esta declaración es unilateral pero recepticia, ya que para su eficacia debe ser puesta en conocimiento del apoderado.

El poderdante ha de tener la capacidad jurídica general y el poder de disposición necesarios para ser parte en el negocio que se pretende celebrar a través del apoderado. En cambio, el apoderado sólo ha de tener, en principio, la capacidad jurídica general.

El apoderamiento puede referirse a todos los actos que puede realizar por sí el representado, salvo que tengan carácter personalísimo y con la excepción del matrimonio, ya que el artículo 55 del Código Civil permite contraerlo por poder sujeto a ciertos requisitos. El poder puede facultar para realizar, además de negocios jurídicos, actos no negociales, como la interrupción de la prescripción.

En cualquier caso, la autorización de la actuación del representante no priva al representado de sus posibilidades de intervención, sino que produce una acumulación de legitimaciones.

En la representación voluntaria existen dos voluntades relevantes, la del poderdante y la del apoderado, por lo que las circunstancias que afecten a cualquiera de ellos pueden incidir sobre la eficacia del acto representativo en lo relativo a vicios del consentimiento, buena o mala fe, etcétera.

En cuanto a la forma, el apoderamiento no está sometido a especiales requisitos de forma, y conforme al artículo 1710 del Código Civil puede ser expreso o tácito. No obstante, el apoderado puede exigir que se otorgue en escritura pública en los casos señalados por el artículo 1280.5º del Código Civil (“el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”), y también el tercero que contrate con el apoderado puede exigir su exhibición, siendo práctica habitualmente en el tráfico que el apoderamiento conste en escritura pública.

Respecto de su ámbito, el apoderamiento puede ser para actos de administración o incluir también los de disposición, requiriendo en este último caso el artículo 1713 del Código Civil que sea expreso; puede ser unipersonal o pluripersonal y, en este último caso, puede ser solidario o mancomunado.

Por otro lado, el ejercicio por el apoderado de su poder plantea tres cuestiones básicas, a saber:

1. La posibilidad de sustitución del apoderado, ya que, si bien el apoderamiento es, en principio, *intuitu personae*, por razones prácticas el ordenamiento admite, como regla, la posibilidad de que el apoderado pueda, por su propia iniciativa y sin estar expresamente autorizado para ello, autorizar a otro sujeto que le sustituya, tal y como hacen los artículos 1721 y 1722 del Código Civil, que se estudian en el tema del programa relativos al mandato.
2. La distinción entre límites del poder, es decir, de las facultades que puede ejercer el apoderado, y las instrucciones del poderdante, esto es, la manera concreta en que el apoderado debe ejercer tales facultades.
3. Las consecuencias del abuso de poder o del conflicto de intereses, lo que plantea fundamentalmente la cuestión del autocontrato, que será examinada posteriormente.

Para concluir el análisis de la representación voluntaria hay que referirse al caso del *falsus procutaror* o representante sin poder, con poder caducado o que actúa excediendo los límites del mismo.

El supuesto está previsto en el artículo 1259.2 del Código Civil, que establece que “el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”, si bien el término nulo es utilizado impropiamente, ya que los actos viciados de nulidad radical no son susceptibles de ratificación.

En consonancia con esta regla, el artículo 1727 del Código Civil dispone que “en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente”.

**La representación legal.**

La representación legal es la establecida por la ley para la protección de los intereses de cierta persona. Por ello, las facultades del representante son las que determine la propia ley o una decisión judicial conforme a la misma.

La representación legal implica la sustitución del representado por el representante, por lo que la única voluntad relevante es la del representante a efectos de vicios del consentimiento o buena o mala fe.

En cualquier caso, debe separarse la representación legal de las situaciones en las que simplemente se desempeña una función de complemento o apoyo, como los actos que el sujeto a tutela o curatela puede realizar por sí mismo con la mera asistencia del tutor o curador.

En el ordenamiento jurídico español no existe una disciplina unitaria de la representación legal, sino que las situaciones que engloba la misma son plurales y heterogéneas.

Los casos más importantes, estudiados detenidamente en otros temas de esta parte del programa, son los siguientes:

1. La de los padres que ostentan la patria potestad respecto de sus hijos menores no emancipados, conforme al artículo 162 del Código Civil.
2. La del tutor respecto de los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad, conforme al artículo 225 del Código Civil.
3. La del curador respecto de la persona con discapacidad y para aquellos actos determinados en resolución judicial, conforme al artículo 269 del Código Civil.
4. La del defensor judicial del menor o de la persona con discapacidad, conforme a los artículos 235 y 295 del Código Civil.
5. La del defensor del desaparecido y representante del ausente, regulada por los artículos 181 y 185 del Código Civil.
6. La del administrador concursal en los casos de concurso con suspensión, conforme al artículo 106 del texto refundido de la Ley Concursal de 5 de mayo de 2020.
7. La del albacea testamentario, conforme a los artículos 901 y 902 del Código Civil.
8. La del administrador de la herencia, conforme al artículo 1026 del Código Civil.

**EL PODER IRREVOCABLE.**

Aunque el poder de representación se otorga, como regla general, en interés del representado, existen casos en la práctica en los que el representante actúa también en su propio interés, como ocurre con el copropietario que representa la copropiedad o el poder conferido a uno de los socios para administrar en la escritura social conforme al artículo 1692 del Código Civil.

En estos casos se plantea si poderdante y apoderado pueden pactar la irrevocabilidad del poder, el cual, en principio, se extingue por la revocación, que el poderdante puede hacer a su voluntad, conforme a los artículos 1732 y 1733 del Código Civil.

El Tribunal Supremo admite el pacto de irrevocabilidad si bien para ello exige que exista una exista además causa específica, extraña y fuera del mandato representativo, que justifique tal irrevocabilidad.

Este pacto de irrevocabilidad ex expresamente admitido por la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973.

**EL NEGOCIO CONSIGO MISMO (AUTOCONTRATO).**

El autocontrato o negocio del representante consigo mismo es la figura jurídica que surge cuando una persona celebra un negocio jurídico en el que actúa, de un lado, como representante de otra persona y, de otro lado, en nombre e interés propio, o bien celebra el negocio como representante de las dos partes que intervienen en el mismo.

Nuestro derecho positivo no regula el autocontrato, sino que se limita a referirse a determinados supuestos concretos para prohibirlo, somo son los siguientes:

1. El artículo 1459 del Código Civil prohíbe a quienes desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo comprar los bienes de la persona a quienes representen, a los mandatarios los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, y a los albaceas los bienes confiados a su cargo.
2. El artículo 162.2º del Código Civil excluye de la representación legal de los padres los actos en que exista conflicto de intereses con sus hijos.
3. El artículo 226.2º prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses-
4. El artículo 283 del Código Civil prevé el nombramiento de defensor judicial que sustituya al curador cuando exista conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo.
5. El artículo 28 de la Ley de Fundaciones de 26 de diciembre de 2002 admite la autocontratación si existe previa autorización del Protectorado.

Partiendo de estos preceptos, la jurisprudencia admite el autocontrato siempre que no exista colisión de intereses que ponga en peligro la imparcialidad o rectitud del apoderado o el poderdante lo haya autorizado.

**LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO.**

Dado que el poder generalmente descansa en otro contrato como el mandato o el arrendamiento de servicios, desaparecido éste desaparece aquél, no siendo válidos los negocios representativos que desde ese momento realice el apoderado. Sin embargo, esta vinculación quiebra en aquellos casos en que se hace necesario proteger a los terceros de buena fe.

El Código Civil consagra esta protección en dos artículos, de los que resulta la ultraactividad o subsistencia del poder no obstante haberse extinguido el contrato que le sirve de fundamento:

1. El artículo 1734, según el cual “cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber”.
2. El artículo 1738, a cuyo tenor “lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

**BASTANTEO DE PODERES POR EL ABOGADO DEL ESTADO.**

Para que lo hecho por el apoderado surta efectos respecto del poderdante, es preciso que el poder sea bastante para otorgar el acto de que se trate.

Precisamente para asegurar la suficiencia de un poder que deba surtir efectos en actuaciones administrativas, el artículo 29 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado de 25 de julio de 2003 atribuye específicas competencias a los abogados del Estado., ya que a ellos corresponde “bastantear, con el carácter de acto administrativo, los documentos justificativos de la personalidad de los administrados y, en general, todos los poderes, expresando de modo concreto su eficacia en relación con el fin para el que hayan sido presentados, así como las facultades de quienes en nombre de otro presten avales y otras garantías exigidas por las disposiciones vigentes o requeridas por el órgano administrativo competente”.

Este precepto es aplicado por la Instrucción de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 21 de junio de 2006

Son las Abogacías del Estado de los departamentos ministeriales o las periféricas las que deben bastantear los documentos o poderes que hayan de surtir efecto, respectivamente, ante los órganos centrales o territoriales de la Administración del Estado o de sus organismos y entidades.

El bastanteo es un acto administrativo si lo solicita un particular, y la decisión negativa de la Abogacía del Estado competente es recurrible en alzada ante el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.

En cambio, si el bastanteo es solicitado por un órgano administrativo es, en realidad, un informe que forma parte del procedimiento administrativo instruido por el órgano actuante. No obstante, si el sentido del informe es negativo, se trataría de un acto de trámite cualificado por imposibilitar la continuación del procedimiento, por lo que es recurrible en alzada ante el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, de lo que se deberá informar al interesado.

No obstante, cuando el bastanteo se realiza en el seno de un procedimiento de contratación por el abogado del Estado integrante de la mesa de contratación, y siendo negativo la oferta del licitador es excluida, el régimen de recursos es el propio de los contratos de sector público pudiendo ser objeto de recurso especial en materia de contratación conforme a la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017.

A la hora de determinar la suficiencia o insuficiencia del poder, el abogado del Estado habrá de comprobar los límites funcionales, subjetivos, cuantitativos y territoriales del poder.

El bastanteo se efectúa a la vista de copia autorizada del instrumento público en que se hubiera formalizado el poder o copia debidamente compulsada.

En el caso de que se trate de poderes generales del empresario individual o de poderes generales o delegación de facultades de sociedades mercantiles, como la normativa mercantil exige su inscripción, el bastanteo se extiende también a la constancia registral.

El desconocimiento por la Administración de la revocación del poder presentado para el bastanteo, o la revocación del poder con posterioridad a su bastanteo, no dan lugar a responsabilidad de la Administración.

José Marí Olano

12 de julio de 2021